

**XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA**  
Azul, 23 y 24 de Octubre de 2014  
**DÉCIMA MESA PANEL – TEMA 3**  
**TEMA: LA APERTURA DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS**  
**A LA CUESTIÓN PROBATORIA**

**LA INTRODUCCIÓN DE LAS CUESTIONES FÁCTICAS Y PROBATORIAS**  
**EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL ARGENTINO A PARTIR**  
**DE LA DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD**

**Por GUSTAVO CALVINHO**

**SUMARIO**

1. Exordio. — 2. Los recursos extraordinarios en general. — 3. El Recurso Extraordinario Federal como medio para mantener la supremacía de la Constitución. — 4. El ámbito normal y el ámbito excepcional del Recurso Extraordinario Federal. — 5. Evolución y expansión de la doctrina de la arbitrariedad. — 6. Tratamiento de cuestiones fácticas y probatorias en el Recurso Extraordinario Federal. — 7. Conclusión: las consecuencias de la desnaturalización del Recurso Extraordinario Federal. — Bibliografía.

**1. EXORDIO**

Los problemas que exhibe desde hace tiempo el sistema de justicia argentino —de los que no escapan la mayoría de los países de Latinoamérica— son materia de debate y de variados intentos de solución que se van dando sobre la marcha y a la medida de cada acontecimiento. Una de las respuestas más importantes y sostenida en el tiempo que la Corte Suprema argentina ha brindado, con el fin de superar algunos casos de injusticia notoria que llegaban a sus manos, fue dada —y se sigue dando— a través de la vía del Recurso Extraordinario Federal. Este remedio federal, previsto con precisión en el art. 14 de la ley 48, ha sufrido una mutación notable y permanente desde la casuística para ponerlo al servicio de objetivos coyunturales.

Como el tema general que nos ocupa, dentro de este panel, es la apertura de los recursos extraordinarios a la cuestión probatoria, hemos seleccionado un aspecto más específico relacionado a la expansión del Recurso Extraordinario Federal a partir de la *doctrina de la arbitrariedad* de la Corte Suprema de

Justicia de la Nación, y cómo ella sirvió de cauce para la introducción de cuestiones de hecho y prueba.

## 2. LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN GENERAL

La clásica distinción entre recursos ordinarios y extraordinarios<sup>1</sup> —que confinaba a éstos exclusivamente a cuestiones de derecho— si bien mantiene su utilidad en el plano teórico y docente, se ha ido desdibujando en la *praxis* de los últimos tiempos. Porque los atributos peculiares del medio extraordinario de impugnación terminan —muchas veces— extraviados en los dominios de la casuística. De este modo, *la ordinarización de los recursos extraordinarios* se ha erigido en uno de los tantos remiendos con los que se intenta mejorar la respuesta de un sistema de justicia que poco ofrece.

De por sí, la doctrina no puede apartarse de lo obvio cuando explica que son extraordinarios los recursos que la ley concede en casos excepcionales y en condiciones expresamente determinadas<sup>2</sup>. En rigor, como lo subraya ALVARADO VELLOSO, los recursos extraordinarios son de naturaleza casatoria, tanto de derecho constitucional cuanto de derecho común, lo que hace que su procedencia sea necesariamente restringida<sup>3</sup>. Para DEVIS ECHANDÍA, generalmente están limitados a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza los justifica, y haciendo referencia al recurso de casación deja en claro que por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión general del juicio<sup>4</sup>. De allí que, más allá de su denominación legal, su interposición implica la existencia de un control judicial puramente jurídico, que excluiría todo nuevo planteo y la pretensión de control

---

<sup>1</sup> Al respecto, v. PASCUARELLI, Jorge, “El análisis de la prueba en la sentencia: su impugnación extraordinaria”, VV.AA., *Confirmación procesal II*, Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli (dir.), Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 269-273.

<sup>2</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1961, t. IV, p. 189.

<sup>3</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. II, p. 403.

<sup>4</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 677.

de los hechos discutidos y sentenciados por los jueces de grado inferior de conocimiento<sup>5</sup>.

Los caracteres de excepcionalidad, concesión restringida y limitación a cuestiones de derecho que lucen los recursos extraordinarios en el plano especulativo conducen inexorablemente a la exclusión de toda posibilidad de ofrecimiento, producción y valoración de la prueba. Y así se lo entendía antaño, al extremo que el gran procedimentalista puntano Tomás JOFRÉ<sup>6</sup>, citando a GLASSON, remarcaba la excepcionalidad del recurso extraordinario sosteniendo que, en caso de duda, debía ser denegado<sup>7</sup>.

Lo expuesto —que hace las veces de lo que podríamos denominar la *teoría pura del recurso extraordinario* que respeta su esencia— con el correr del tiempo se fue alterando en ciertos aspectos decisivos en la Argentina. En lo que aquí interesa, importa analizar dentro de estas modificaciones la apertura de los recursos extraordinarios a cuestiones relacionadas con la prueba y los hechos. A tales fines, nos centraremos en el Recurso Extraordinario Federal por tratarse, entre nosotros, del recurso extraordinario por antonomasia<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de derecho procesal civil, compendio del libro Sistema procesal. Garantía de la libertad adaptado a la legislación procesal de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 747.

<sup>6</sup> Se cree que Tomás JOFRÉ (1868-1930) es el primer autor que cita a CHIOVENDA en Latinoamérica —en un artículo que publica en *Jurisprudencia Argentina* allá por 1918— (v., además, LEVAGGI, Abelardo, “Tomás Jofré, introductor de Giuseppe Chiovenda en el derecho argentino”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, Año III, Número 4, 2009, pp. 98-106, en [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulo\\_esp\\_old.php?ided=4&idsec=2&art=71](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulo_esp_old.php?ided=4&idsec=2&art=71), 17 de octubre de 2014). Aunque vale recordar que JOFRÉ defendía el sistema acusatorio puro al estilo inglés. Transcribimos, como muestra, una frase que lo pinta de cuerpo entero, donde se refiere a la legislación argentina, y que pese a ser publicada hace casi un siglo, sigue vigente: “En derecho político adoptamos, al organizarnos en nación, las instituciones anglo-americanas; en derecho civil, penal y comercial, nos inspiramos en las ideas que la revolución francesa propagó por el mundo; y en materia procesal, nos encontramos donde nos dejó la colonia. El derecho público argentino es de tradición sajona, liberal, republicano, con excepción del derecho procesal, que es monárquico, inquisitivo y despótico” (JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 2ª ed. corregida y aumentada, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1920, t. II, pp. 20-21).

<sup>7</sup> JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 5a. edición anotada y puesta al día, con la jurisprudencia, bibliografía y legislación por el Dr. I. Halperín, La Ley, Buenos Aires, 1943, t. IV, p. 208.

<sup>8</sup> Si bien los problemas sistémicos de la justicia argentina hacen que cada vez cueste más entender y respetar el carácter extraordinario de ciertos medios de impugnación, en otras latitudes este atributo se observa a rajatabla. Basta recordar que la Suprema Corte de los

### 3. EL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL COMO MEDIO PARA MANTENER LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

El carácter basal y primario de la Constitución nacional en nuestro ordenamiento jurídico está consagrado en su art. 31, que recoge el postulado de supremacía constitucional<sup>9</sup> y que se hace extensivo al ámbito nacional y provincial. Consecuentemente, puede invalidarse toda norma o acto de los poderes constituidos al margen de la competencia y de los principios trazados por el poder constituyente<sup>10</sup>. Y es allí donde anida la idea del *control de constitucionalidad*, relativo a la determinación del órgano competente para preservar la efectiva vigencia de la supremacía de la Ley Eminente.

El encargado de llevar a cabo ese control de constitucionalidad puede ser un órgano político —poder ejecutivo, legislativo o dependientes de éstos<sup>11</sup>— o judicial —quedando en cabeza del propio Poder Judicial o de un órgano dotado de estructura análoga pero fuera de su órbita<sup>12</sup>—. Sabido es que dentro de los sistemas judiciales puede establecerse un control de constitucionalidad concentrado —encomendado a jueces especializados en materia constitucional— o difuso, que atañe a todos los jueces—. E, incluso, hay casos de control mixto, ejercido tanto por tribunales especializados como por la justicia ordinaria.

---

Estados Unidos, un país con casi ocho veces más de habitantes y un PIB treinta y tres veces superior al argentino, recibe unos 6.500 casos en cada período de sesiones, de los cuales concede una revisión plenaria, con comparecencia de abogados, únicamente a un promedio de 120 a 150 casos. Se emiten dictámenes escritos en unos 115 a 130 casos, mientras que entre 75 y 100 casos se consideran sin otorgar revisión plenaria (información obtenida de la página web oficial de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos el 18/10/2014; puede consultarse en español en <http://www.supremecourt.gov/visiting/foreigntranslations/spanishtranslation.pdf>).

<sup>9</sup> Sobre el problema de la supremacía constitucional a partir de la incorporación de los once instrumentos internacionales que enumera el art 75, inc. 22 de la Constitución nacional, v. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI, pp. 581-590.

<sup>10</sup> PALACIO, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal, teoría y técnica, segunda edición actualizada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 13-14.

<sup>11</sup> Caso del *Presidium* del Soviet Supremo de la URSS, que dependía del poder legislativo.

<sup>12</sup> V. gr., los tribunales constitucionales de Austria y España.

La Argentina, siguiendo el modelo constitucional norteamericano<sup>13</sup>, se ha inclinado por un control de constitucionalidad difuso que, día tras día, se empeña en reforzar nuestro convencimiento de que es el apropiado. Por consiguiente, todos los jueces del país —ya sean nacionales o provinciales— tienen la potestad de declarar la invalidez de normas o actos administrativos que no observen la Constitución nacional en los casos concretos sometidos a su decisión<sup>14</sup>. Pero además, la supremacía de nuestra Carta Magna es asegurada con la posibilidad de interponer un *Recurso Extraordinario Federal* ante la Corte Suprema, que se erige así en su último centinela y titular de la palabra final como intérprete, al ejercer el más importante y trascendente control de constitucionalidad. Este Recurso Extraordinario Federal, que hunde sus raíces en la *judiciary act* de los Estados Unidos del 24 de septiembre de 1789, emana del conocido art. 14 de la ley 48 del 14 de septiembre de 1863 que se apoya, a su turno, en el art. 116 de la Constitución nacional<sup>15</sup>.

#### **4. EL ÁMBITO NORMAL Y EL ÁMBITO EXCEPCIONAL DEL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL**

Con agudeza, se sostiene que existe un *ámbito normal* en la aplicación del recurso extraordinario y un *ámbito excepcional*<sup>16</sup>. El primero surge de los tres

---

<sup>13</sup> Al respecto, basta recordar que GOROSTIAGA, miembro informante de la comisión al presentar el proyecto de la Constitución nacional, no dejaba lugar a dudas al exponer que “estaba vaciado en el molde de la constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existen en el mundo”. A su vez GUTIÉRREZ, en otra oportunidad, casi que repitió lo precedente, cuando dijo que “La constitución es eminentemente federal, está vaciada en el molde de la de Estados Unidos, única federación que existe en el mundo digna de ser copiada” (v. PADILLA, Alberto, *La Constitución de Estados Unidos como precedente argentino*, Jesús Menéndez Librero Editor, Buenos Aires, 1921, p. 104; además sobre la “copia a la letra de la constitución de los Estados Unidos en el capítulo correspondiente al poder judicial”, v. p. 119).

<sup>14</sup> Aquí se presentan dos temas delicados que, por su entidad, exceden el marco de esta ponencia y bien merecen ser objeto de un profundo estudio: la posibilidad de ejercer de oficio el control de constitucionalidad y la necesidad tan básica como elemental de que exista un caso —presupuesto básico para el ejercicio de la jurisdicción, tal como acertadamente lo establece la antigua ley 27 de 1863, recientemente omitido por la misma Corte Suprema en algún expediente que se aprovechó para fijar su posición sobre aborto no punible—.

<sup>15</sup> Similar al art. 100 de la Constitución de 1853-1860.

<sup>16</sup> V. CARRIÓ, Genaro R. y CARRIÓ, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, 3ª ed. actualizada, 3ª reimp., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 21.

incisos del art. 14 de la ley 48<sup>17</sup>, que refieren tres situaciones para concederlo<sup>18</sup> conformando lo que se conoce como *cuestión federal*:

1°) Cuando se cuestiona la validez de un acto federal (tratado, ley nacional o de una autoridad nacional) y la decisión haya sido contra su validez.

2°) Cuando se cuestiona la validez de un acto local (ley o decreto provincial, o acto de autoridad de Provincia) por ser repugnante a la Constitución Nacional, a las leyes federales o los tratados, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3°) Cuando se cuestiona la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución nacional, tratado o ley federal, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

Fuera de estas tres variantes de cuestión federal<sup>19</sup>, toda decisión dictada por jueces con competencia provincial o nacional no podría ser revisada por la Corte Suprema. Aunque este Tribunal, a veces apegado a la casuística, impuso otros requisitos en algunos asuntos donde había cuestión federal o allá por

---

<sup>17</sup> Que se complementa con el aún hoy vigente art. 6 de la ley 4055 del año de 1902.

<sup>18</sup> Art. 14 de la Ley 48: "Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio".

<sup>19</sup> Vale recordar que el art. 15 de la ley 48 limita al artículo precedente en cuanto impide que el recurso extraordinario federal sea utilizado como una herramienta para imponer el criterio a los tribunales locales sobre su interpretación o aplicación de los códigos de fondo. Dicha norma expresa: "Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo, que su fundamento aparezca de los autos y tenga una resolución directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, Tratados o comisiones en disputa, quedando entendido, que la interpretación o aplicaciones que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 11, artículo 67 de la Constitución".

1960, invocó un interés institucional suficiente para dispensar algún requisito formal haciéndose presente la figura de *gravedad institucional*<sup>20</sup>.

A esta altura, ya se aprecia un primer dato trascendente: las cuestiones federales a las que alude el art. 14 de la ley 48 son todas *cuestiones de derecho*<sup>21</sup>. Lo que encuadra perfectamente en la propia naturaleza de un recurso extraordinario, muy distinto a una apelación ordinaria.

Pero aún falta ver en qué consiste el aludido *ámbito excepcional*. Es aquí donde comienza a tallar la conocida *doctrina de la arbitrariedad*, haciendo la Corte Suprema mención a la sentencia *arbitraria, insostenible, anómala, irregular, carente de fundamentos suficientes, desprovista de todo apoyo legal y fundada tan sólo en la voluntad de los jueces que la suscriben*, y otras por el estilo<sup>22</sup>.

## 5. EVOLUCIÓN Y EXPANSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD

El 2 de diciembre de 1909<sup>23</sup>, al pronunciarse en la causa “Don Celestino M. Rey contra don Alfredo y don Eduardo Rocha, por falsificación de mercaderías y de marca de fábrica”<sup>24</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación comienza a transitar el largo sendero de la doctrina de la arbitrariedad. Aunque en este caso pionero nuestro Máximo Tribunal fue muy cauteloso y hasta premonitorio, pues sostuvo:

---

<sup>20</sup> En “Recurso de Hecho deducido por la Comisión Liquidadora Decreto-Ley 8124/57 en la causa Antonio, Jorge s/ interdicción” (Fallos 248:189), con fecha 21 de octubre de 1960 se manifiesta la idea de gravedad institucional de la siguiente manera: “Lo mismo que la ausencia de interés institucional que la jurisprudencia contempla, por regla general, con el nombre de “cuestiones federales insustanciales”, autoriza el rechazo de plano de la apelación extraordinaria [...] así también la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención del Tribunal superando los ápices procesales frustratorios del control de constitucionalidad de esta Corte. Se trata, en efecto, de condiciones pertinentes para la eficiencia del control de constitucionalidad y de la casación federal que esta Corte debe cumplir, cuya consideración ha guiado tradicionalmente la interpretación de las normas que gobiernan la jurisdicción que ha sido acordada al Tribunal por ley formal del Congreso, a saber, el art. 14 de la que lleva el número 48 y 6 de la ley 4055” (Fallos 248:195-196)

<sup>21</sup> Cfr. CARRIÓ, Genaro R. y CARRIÓ, Alejandro D., *op. cit.*, t. I, p. 24.

<sup>22</sup> *Ibidem*, t. I, p. 25.

<sup>23</sup> El presidente de la República era entonces José FIGUEROA ALCORTA.

<sup>24</sup> Fallos 112:384.

“[...] Que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar á recursos ante esta corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, á juicio de los litigantes, porque si así no fuera, la suprema corte podría encontrarse en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren los arts. 100 y 101 de la constitución nacional, y 3 y 6 de la ley núm. 4055”<sup>25</sup>.

Puede observarse que en su origen, la doctrina de la arbitrariedad constituyó una reacción de la Corte Suprema contra lo que luego se conocería como *decisionismo judicial*, es decir la emisión de una resolución apoyada en el mero voluntarismo de la autoridad jurisdiccional, a pesar de la ley y la razón<sup>26</sup>. Lo que hasta coincide con el significado de arbitrariedad de la 22ª edición del Diccionario de la lengua española: acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.

Si bien esta idea se siguió reiterando en otros fallos posteriores, tuvo que esperar casi treinta años su aplicación para revocar una sentencia<sup>27</sup>. Y como destaca PALACIO, a partir de entonces se sucedieron numerosos precedentes que reafirmaron la admisibilidad del Recurso Extraordinario Federal en presencia de sentencias arbitrarias, aunque algunos de ellos eludieron el calificativo y justificaron la intervención del Tribunal para examinar cuestiones de hecho o de derecho común o local en la garantía constitucional de la defensa en juicio, la cual supone, elementalmente, la posibilidad de obtener el amparo judicial de los derechos lesionados<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> La transcripción es textual de *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la relación de sus respectivas causas, vol. CXII*, Otero & Co. Impresores, Buenos Aires, 1910, pp. 386-387.

<sup>26</sup> Sobre el decisionismo judicial, v. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003, pp. 220-221 y CALVINHO, Gustavo, *El proceso con Derechos Humanos, método de debate y garantía frente al poder*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012, pp. 173-176.

<sup>27</sup> La aplicación efectiva se verificó en la causa “Storani de Boidanich” (Fallos 184:137), resuelta el 26 de junio de 1939. La presidencia de la República estaba bajo el mando de Roberto M. ORTIZ.

<sup>28</sup> PALACIO, Lino Enrique, *op. cit.*, p. 226.



En la época en la que la doctrina de la arbitrariedad se gestó —enseña ALVARADO VELLOSO— el país no tuvo en general buenos jueces; por la razón que fuere —capricho, interés político o desconocimiento de la ley— sometieron a los sujetos justiciables a insólitas situaciones de *injusticia notoria*<sup>29</sup>. En su extenso derrotero posterior, la doctrina de la arbitrariedad se fue abriendo paso de manera creciente, aunque sin exhibir un denominador común. Un empleo más intensivo del recurso extraordinario por sentencia arbitraria se observa a partir de octubre de 1955<sup>30</sup>, cuando asume la Corte de la Revolución Libertadora.

Con acierto, se señala que mientras la expresión *procedural due process* empleada por la Corte norteamericana es *excluidora* de una serie de anomalías que pueden afectar a un pronunciamiento judicial, el sintagma *sentencia arbitraria* que ofrece nuestro Máximo Tribunal es una expresión *descalificadora* de pronunciamientos concretos, que efectivamente están afectados por una o más anomalías. Por consiguiente, el empleo afirmativo de la expresión *sentencia arbitraria* ha permitido a nuestra Corte cumplir con una función de policía del servicio de administración de justicia, estableciendo cánones mínimos para su adecuada prestación<sup>31</sup>.

En resumidas cuentas, cuando se está en presencia de una sentencia arbitraria ya no importan las limitaciones legales para la concesión de un recurso que es extraordinario, y por lo tanto la Corte Suprema puede —o, como se enfatiza en alguna obra, debe<sup>32</sup>— revisar el pronunciamiento introduciéndose ya en cuestiones de hecho o en la inteligencia otorgada a códigos de fondo y a normas locales y/o procesales. Por eso se subraya que la Corte Suprema ha creado una suerte de *cuarto inciso* del art. 14 de la ley 48, que no está escrito en su texto pero que ha sido añadido por la jurisprudencia, y que diría que hay

---

<sup>29</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal...*, op. cit., t. II, p. 405.

<sup>30</sup> Como sostienen CARRIÓ, Genaro R. y CARRIÓ, Alejandro D., op. cit., t. I, p. 198.

<sup>31</sup> *Ibidem*, t. I, pp. 50-51.

<sup>32</sup> *Ibidem*, t. I, p. 25.

cuestión federal cuando el pronunciamiento que pone fin al pleito es una sentencia arbitraria<sup>33</sup>.

Entonces, podemos arriesgar como idea preliminar que la expansión de la intervención de la Corte Suprema a otros casos, generada a partir de la doctrina de la arbitrariedad —y de la también vacua figura de la gravedad institucional— utiliza como canal un recurso extraordinario del que apenas deja vestigios, pues se lo pone al servicio de la casuística aun a costa de desnaturalizarlo en numerosas ocasiones. Y ello sin perjuicio de otras decisiones tomadas ulteriormente que tienden a cerrar el grifo, y que denotan un tránsito en sentido contrario —aunque siempre dentro del terreno de la discrecionalidad— como la puntillosa Acordada 4/2007<sup>34</sup>.

## **6. TRATAMIENTO DE CUESTIONES FÁCTICAS Y PROBATORIAS EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL**

En el variopinto catálogo de causales de arbitrariedad que habilitan el Recurso Extraordinario Federal, como no podría ser de otra manera, se encuentran algunas que lo trasladan a las cuestiones de hecho y de prueba, lo que directamente implica —*stricto sensu*— la pérdida de la típica *extraordinariedad*.

En defensa del apartamiento del principio que veda el tratamiento de aspectos fácticos y probatorios en los recursos extraordinarios, se ha expresado que —con frecuencia— aparecen tan íntimamente vinculados a los temas jurídicos que resulta en la práctica imposible una clara demarcación entre unos y otros a fin de obtener una decisión separada<sup>35</sup>. Además, en algunas hipótesis de sentencias arbitrarias es necesario pronunciarse sobre cuestiones fácticas en casos donde la tacha se funda en el desconocimiento o interpretación

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, t. I, pp. 26-27.

<sup>34</sup> Es por ello que se ha observado que la Corte puede abrir recursos con sólo imaginar supuestos de gravedad o de arbitrariedad y, una vez abiertos, puede cerrarlos mediante la invocación de requisitos creados también imaginativamente por su propia jurisprudencia, consolidada durante su reiteración durante muchos años (ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal...*, *op. cit.*, t. II, p. 414).

<sup>35</sup> PALACIO, Lino Enrique, *op. cit.*, p. 197.

irrazonable de los hechos o de la prueba, en la prescindencia de elementos esenciales para resolver y en aristas del exceso ritual<sup>36</sup>. De allí que SAGÜÉS haga alusión a la *arbitrariedad fáctica*<sup>37</sup>.

En sucinto *racconto*, advertimos que la Corte Suprema ha considerado causal que habilita el Recurso Extraordinario Federal la prescindencia de elementos de prueba relevantes para resolver, agregados al expediente<sup>38</sup>. Al supuesto de la prescindencia en la consideración del acervo probatorio, que se vincula con el aspecto fáctico del caso, se le añade otra hipótesis más ligada a lo jurídico: la interpretación irrazonable de la prueba. Esta alternativa, indica PALACIO<sup>39</sup>, toca lo atinente a la inobservancia de normas que regulan la apreciación<sup>40</sup> y la carga de la prueba<sup>41</sup>. Aquí, el escollo para ingresar por la vía normal del art. 14 de la ley 48 es que se apoya en leyes procesales que competen a las legislaturas locales y, por tanto, se lo hace por el ámbito excepcional invocando arbitrariedad. En otras ocasiones, se han considerado supuestos donde la sentencia se fundaba en pruebas inexistentes porque no constaban en el proceso<sup>42</sup> —lo que se relaciona con el vicio de incongruencia— o que se habían incorporado irregularmente, o en el que el fallo sólo se basaba en afirmaciones dogmáticas de hecho<sup>43</sup> o, al mismo tiempo, de derecho y hecho<sup>44</sup>. Cabe también agregar la causal del exceso ritual manifiesto, que cobra vida a partir del famoso caso “Colalillo c/ Compañía de Seguros España y Río de la Plata”<sup>45</sup> y que muchas veces roza fundamentos fácticos.

El desarrollo de la doctrina de la arbitrariedad se fue dando, pues, de manera asistemática —por no decir caótica— y a medida que la Corte estudiaba un caso en el que detectaba lo que, según su criterio del momento, era una

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>37</sup> SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 2, p. 255.

<sup>38</sup> Fallos 268:48, 270:330, 274:60, 276:162, 300:772, entre muchos otros.

<sup>39</sup> PALACIO, Lino Enrique, *op. cit.*, p. 238.

<sup>40</sup> V. gr., Fallos 302:349.

<sup>41</sup> V. gr., Fallos 303:1141.

<sup>42</sup> En “Carlozzi c/ Ballesteros” (Fallos 207:72), la Corte resolvió el 14 de febrero de 1947 que hay arbitrariedad si se prescinde de pruebas fehacientes regularmente traídas al juicio o si se hace remisión a las que no constan en él. V., además, Fallos 235:387 y 256:101.

<sup>43</sup> V. gr., Fallos 240:160.

<sup>44</sup> V. gr., Fallos 237:292.

<sup>45</sup> Fallos 238:250, sentencia del 18 de septiembre de 1957.

falencia con entidad suficiente para *descalificar la sentencia como acto jurisdiccional válido*<sup>46</sup>. Por ende, el Recurso Extraordinario Federal queda trastocado en un doble sentido: mientras excede los límites de su función primordial, que es el control de constitucionalidad —al entremeterse hasta en cuestiones de derecho común— pierde su esencia extraordinaria al inmiscuirse en aspectos fácticos y probatorios.

Las afirmaciones precedentes se realizan con ánimo meramente descriptivo, a fin de mostrar una realidad: la Corte Suprema, desde hace un siglo, viene ampliando su competencia por decisión propia, a la par que también generó anticuerpos para cerrarla. Lo que tiene sus causas y consecuencias.

Las causas pueden explicarse a partir de varios factores con notable influencia, algunos propios del contexto político-social y otros debidos al sistema jurídico y de justicia.

Entre los primeros se destacan fundamentalmente los constantes quiebres institucionales que exhibe la historia argentina desde 1930 y la falta de conciencia y defensa de los valores democráticos y republicanos —aun durante gobiernos elegidos popularmente—.

Los factores que merecen destacarse del segundo grupo tienen que ver con las fricciones —previsibles y constantes— que se dan entre la Constitución nacional y nuestros sistemas de justicia —nacionales y locales— todavía hoy basados predominantemente en modelos inquisitivos. El experimento argentino, que a nivel constitucional se inspiró en el norteamericano, quedó trunco en el nivel inferior, pues aquél aloja un sistema de enjuiciamiento acusatorio-dispositivo, que nosotros no supimos —o no quisimos— instrumentar. Y todo parece indicar que no lo haremos por mucho tiempo<sup>47</sup>. De tal suerte que el sistema de justicia, sobre todo en los últimos tiempos, no da las respuestas que la sociedad requiere. Y la Corte Suprema, al conocer ciertos

---

<sup>46</sup> Frase de frecuente uso en nuestro Máximo Tribunal.

<sup>47</sup> Basta cotejar el marcado autoritarismo que contiene el Código Civil y Comercial recién aprobado cuando, por ejemplo, se refiere a algo que denomina “procesos de familia” (v. arts. 705 a 723).

*productos* de jueces inferiores para casos concretos, asumió una tarea enmendadora. Con lo cual, todo este enorme esfuerzo eminentemente casuístico, deja incólume el problema sistémico.

## **7. CONCLUSIÓN: LAS CONSECUENCIAS DE LA DESNATURALIZACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL**

Este constante reforzamiento de una *justicia para el caso concreto* —que hasta puede explicarse en términos de acumulación de poder para los jueces— y que se muestra como algo, para muchos, aceptable y aceptado, en verdad también tiene facetas perniciosas que van de la mano: a la par que se aumentan exponencialmente los márgenes de discrecionalidad, se instala la impredecibilidad e inseguridad jurídica. Lo que conforma un contrasentido en cuanto la sociedad necesita a los jueces para dar certeza a las relaciones jurídicas y, a cambio, obtiene de parte de su sistema de justicia una dosis importante de incertidumbre.

Los caracteres esenciales de todo recurso extraordinario —excepcionalidad, concesión restringida y limitación a cuestiones de derecho— han pasado a segundo plano, pues la Corte Suprema se ha embarcado hace décadas en una ardua e interminable misión al ritmo de su propia doctrina de la arbitrariedad — y de la gravedad institucional—: intentar poner las cosas en su lugar, siguiendo su criterio coyuntural, cuando se decidía a actuar ya a discreción en un caso de injusticia notoria. De tal modo que, de la abrumadora cantidad de resoluciones donde a tales efectos se han habilitado y hasta ordinarizado recursos deducidos como Extraordinarios Federales, los estudiosos no llegan a inferir pautas claras de comportamiento. Apenas pistas o indicios de lo que puede ocurrir al atacar una decisión ante la Corte Suprema. En lo que no tenemos dudas es que desde una óptica de estricta técnica procesal, de recurso extraordinario sólo queda la denominación. Se lo ha convertido en algo maleable según las circunstancias, pues mientras puede llegar a abarcar

cuestiones de hecho y prueba en algunos casos, se torna inasequible en muchos otros.

La situación derivada de esta problemática no ha quedado exenta de críticas. Con vehemencia se enfatiza que, al privilegiarse un subjetivo sentido de justicia y emplearlo en cada caso concreto al margen de los límites de la competencia funcional de la Corte —fijados con absoluta precisión en el art. 14 de la ley 48— resulta evidente que se ha cambiado jurisprudencialmente el texto y sentido restringido de la norma. Y ello apuntaba —al igual que la Constitución— a un tribunal que no interviniera en cuestiones de derecho común sino en excepcionales casos de conflictos constitucionales entre poderes del Estado y entre Nación y Provincias. En consecuencia, el máximo órgano de control de constitucionalidad, se convirtió a la postre en juez ordinario común. Lo que no es concebible si observamos nuestro modelo y paradigma, la Corte de los Estados Unidos<sup>48</sup>.

Sin dudas, la ampliación de la competencia de la Corte que se ha autoimpuesto con esta política de enmendar caso por caso extremos de injusticia notoria, ha generado una gran demora. Por lo que, como se ha visto, pronto se tuvieron que tomar ciertas medidas en sentido opuesto, muchas de las cuales atentan contra el pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio<sup>49</sup>.

Aunque, a esta altura, ya comprendemos que ni las mejores intenciones y el máximo esfuerzo son suficientes para dar solución definitiva a un problema sistémico profundo cuando ello se lo pretende hacer desde la casuística.

---

<sup>48</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal...*, op. cit., t. II, pp. 408-409.

<sup>49</sup> En el año de 2012, un 32 % de los Recursos Extraordinarios Federales y Recursos de Queja deducidos ante la Corte Suprema fueron rechazados por aplicación de la Acordada 4/2007, y un 48 % por el art. 280 CPCCN. Ese mismo año, la Corte ha revocado o anulado unas 680 sentencias que fueron objeto del Recurso Extraordinario, lo que representa algo más del 7 % dentro de los más de 9000 fallos que carga en su base (v. el trabajo de Gustavo ARBALLO publicado en <http://www.saberderecho.com/2013/01/la-corte-en-2012-vision-estadistica-de.html#morefuente>, 20 de octubre de 2014).

## BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1961.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.

—*Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

—*Lecciones de derecho procesal civil, compendio del libro Sistema procesal. Garantía de la libertad adaptado a la legislación procesal de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino*, La Ley, Buenos Aires, 2010.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

CALVINHO, Gustavo, *El proceso con Derechos Humanos, método de debate y garantía frente al poder*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.

CARRIÓ, Genaro R. y CARRIÓ, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, 3ª ed. actualizada, 3ª reimp., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Aguilar, Madrid, 1966.

JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 2ª ed. corregida y aumentada, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1920.

—*Manual de procedimiento (civil y penal)*, 5a. edición anotada y puesta al día, con la jurisprudencia, bibliografía y legislación por el Dr. I. Halperín, La Ley, Buenos Aires, 1943.

LEVAGGI, Abelardo, "Tomás Jofré, introductor de Giuseppe Chiovenda en el derecho argentino", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, Año III, Número 4, 2009, pp. 98-106.

PADILLA, Alberto, *La Constitución de Estados Unidos como precedente argentino*, Jesús Menéndez Librero Editor, Buenos Aires, 1921.

PALACIO, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal, teoría y técnica, segunda edición actualizada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

PASCUARELLI, Jorge, “El análisis de la prueba en la sentencia: su impugnación extraordinaria”, VV.AA., *Confirmación procesal II*, Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli (dir.), Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 261-285.

SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, 2002.