

# El recurso extraordinario por arbitrariedad y la responsabilidad del Estado por errores judiciales

(Un dilema para la nueva Corte Suprema)

Por HORACIO M. LYNCH

SUMARIO: I. Introducción. — II. Lo negativo de haber acordado carta de ciudadanía a este recurso. — III. Las soluciones convencionales. — IV. Nuevas soluciones para viejos problemas. — V. El error judicial como responsabilidad del Estado. — VI. Conclusiones.

## I. Introducción

1.1 Una anomalía

Las modificaciones recientemente produ-

sumamente extraño, es decir, con una institución que dedica el 80 % o más de su organización a algo ajeno a sus fines primarios (esto es lo que ocurre en la CS con los recursos extraordinarios [RE] por arbitrariedad de sentencia).

En este trabajo desarrollaré una idea esbozada en una investigación realizada en 1986/7 y concretada en el estudio Reformas en la Corte Suprema que realicé junto con Silvana M. Stanga (2) donde, para remediar este fenómeno, planteamos dos caminos convergentes:

# EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR ARBITRARIEDAD Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERRORES JUDICIALES

( UN DILEMA PARA LA NUEVA CORTE  
SUPREMA )

Por Horacio M. Lynch

Citar: LL, 1990-D, 719

También en [www.lynch-abogados.com.ar/Publicaciones/Law\\_Economics/RERespEstado\\_Ago90.pdf](http://www.lynch-abogados.com.ar/Publicaciones/Law_Economics/RERespEstado_Ago90.pdf)

Buenos Aires, Argentina  
1990

# EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR ARBITRARIEDAD Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERRORES JUDICIALES

( UN DILEMA PARA LA NUEVA CORTE  
SUPREMA )

Por HORACIO M. LYNCH

SUMARIO: I. Introducción. - II. Lo negativo de haber acordado carta de ciudadanía a este recurso. - III. Las soluciones convencionales. - IV. Nuevas soluciones para viejos problemas -V. El error judicial como responsabilidad del Estado. -. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1,1 Una Anomalía

Las modificaciones recientemente producidas<sup>1</sup> en la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) permiten abrigar esperanzas de cambios. Es que sus nuevos integrantes se encontrarán con algo sumamente extraño, es decir con una institución que dedica el 80% o más de su organización a algo ajeno a sus fines primarios (esto es lo que ocurre en la CS con los recursos extraordinarios [RE] por arbitrariedad de sentencia).

En este trabajo desarrollaré una idea esbozada en una investigación realizada en 1986/7 y concretada en el estudio Reformas en la Corte Suprema que realicé junto con Silvana M. STANGA<sup>2</sup> donde para remediar este fenómeno planteamos dos caminos convergentes:

El primero que la CS asuma plenamente una de las dos principales funciones que tiene de acuerdo con la Constitución: gobernar el Poder Judicial<sup>3</sup> y que, en cumplimiento de ella se dedique a atacar la causa de los errores. Si la nueva CS reacciona como sería de esperar, aprovechará la mayor cantidad de ministros para corregir la causa de esos errores judiciales. Con este objetivo Fores también ha preparado un Diagnóstico de la Justicia Argentina en base a lo que indican los fallos de la propia CS cuando anulan una sentencia por

---

1 La sanción de la ley 23.744 en abril de 1990 (Adla, XLIX-D, 3716) aumenta el número de integrantes de la CS de cinco a nueve e introduce otros cambios.

2 Ver LYNCH, Horacio M. y STANGA, Silvana M.: "Reformas en la Corte Suprema" Ed. Fores, Buenos Aires 1987; ver también comentario por del CARRIL, Enrique V. en Rev. LA LEY, t. 1990-B, p. 1237. Una síntesis de los argumentos a favor y en contra del aumento se incluyeron en un folleto preparado por Fores titulado "El proyecto sobre la Corte Suprema - Apuntes para un debate", distribuido en marzo de 1990 entre los legisladores con anticipación al debate que procedió a la sanción de la ley 23.744.

3 Esto es lo que esperamos quienes, en el trabajo citado en la nota anterior, antes de los proyectos de la administración radical de 1987 y del recientemente sancionado del gobierno justicialista, habíamos recomendado la ampliación, como un mal menor, para resolver distintos problemas funcionales de la actuación del alto tribunal, que repercutían en su función judicial. En el mismo trabajo se sugiere un "plan de acción" que podría cumplir la CS en esta función (ver p 105 y en general el cap. IV). Considero importante que se distingan bien estas dos funciones: la de dirigir el PJ, y la de actuar como tribunal de justicia. CARRIÓ, en cambio, habla de una *policía de la administración de justicia*, incluyéndola dentro de la función de juzgar, obligación que, a su juicio, podría desatender si no se ocupa de la misma en sus sentencias (ver CARRIO, Genaro, "Don Quijote en el Palacio de Justicia", nota 1, en Rev. LA LEY, suplemento diario, 6/4/90).

arbitrariedad<sup>4</sup>. Pero aún cuando se ponga en marcha nunca los resultados serán inmediatos: algunos pueden lograrse enseguida, otros demandarán más tiempo y otros, en fin, quizá nunca se alcancen. La subsistencia de las sentencias arbitrarias obliga a pensar una solución que atienda la injusticia y ello nos lleva a analizar una segunda alternativa.

Esta sería el segundo camino propuesto: que las injusticias se solucionen recreando la responsabilidad del Estado por los errores judiciales. Hoy me concentraré en el planteo de esta propuesta (facilitada, en uno de sus aspectos por el por el exhaustivo trabajo de Guido S. TAWIL sobre la responsabilidad del Estado<sup>5</sup> dejando para otra oportunidad el desarrollo de su implementación

## **1.2 Lo arbitrario como manifestación patológica de la justicia argentina.**

Es que en mi opinión, el recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia es una anomalía que con el correr de los años ha ido creciendo hasta convertirse en un peligroso tumor maligno muy difícil de ser eliminado ya del tribunal, y que le absorbe el 80 o el 90% de su capacidad de trabajo. No se discute que la arbitrariedad importa una grosera anomalía. Sin embargo, es poco lo que se ha profundizado sobre lo patológico de esta situación<sup>6</sup>. Como tantas otras cosas que ocurren en nuestro país se ha ido aceptando lo anormal como normal procurando adaptarnos a la situación antes que solucionarla.

Frente a un fenómeno parecido es interesante analizar cómo han tenido diferentes reacciones la CS norteamericana y argentina. Ante la evidencia de un descenso de la calidad de los fallos de la justicia estadual, la CS norteamericana respondió creando el National Judicial College<sup>7</sup>, es decir, en ejercicio de su función de gobierno, buscó solucionar la causa de los problemas. La nuestra, por el contrario, sólo atinó a revocar los malos fallos dejando subsistentes sus causas.

## **II. LO NEGATIVO DE HABER ACORDADO CARTA DE CIUDADANÍA A ESTE RECURSO**

### **2.1 Distintas formas de ver el problema**

Podría decirse que hay dos formas de ver el problema. Desde un punto de vista muy bien fundado y analizado por notables juristas, se rescata que en el país se haya encontrado una forma de resolver las injusticias que produce la justicia humana, y, en parte, se celebra que la CS haya ampliado la esfera de sus atribuciones para poder -a través de sus sentencias opinar sobre trascendentes temas involucrados en los conflictos que llegan a su conocimiento (posición activista)<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre la base de lo que muestran las mismas sentencias de la CS que anulan fallos de tribunales inferiores hemos hecho un diagnóstico de los males de la Justicia Argentina. La investigación se sintetizó en el citado estudio Diagnóstico de la justicia argentina, Ed. FORES, Buenos Aires febrero/diciembre 1988, donde también se sugiere la forma cómo se puede comenzar a trabajar.

<sup>5</sup> TAWIL, Guido S., "La responsabilidad del Estado y de los magistrados judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia". Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.

<sup>6</sup> Los numerosos y excelentes estudios sobre el "recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia" en general no profundizan sobre este aspecto, concentrándose en el recurso en sí mismo.

<sup>7</sup> Ver del CARRIL Enrique en "La justicia de los Estados Unidos de Norteamérica", Rev. LA LEY, t. 1980-D, p. 1136, punto 6.

<sup>8</sup> Ver entre los más recientes el libro del profesor MORELLO, Augusto, "La Corte Suprema en acción", Ed. Platense, Abeledo Perrot, La Plata, Buenos Aires 1989. Es imposible sintetizar los planteos del distinguido jurista que menciona en su 1ª parte "La ola de cambios y ajustes", especialmente su 2ª parte "La nueva presencia del 1to tribunal" con capítulos sobre el activismo de la CS y aun un punto sobre "Los riesgos del activismo".

Otro punto de vista, en el que nos ubicamos, repara en lo negativo e intenta respetar el concepto clásico de la institución político- institucional -judicial Corte Suprema, estimando que, antes que nada, debe cumplir su misión constitucional. Esto significa que no puede distraerse con otros problemas que no son de su cometido, que debe asumir el rol de una CS y, además, que el modelo constitucional no acepta este activismo (que tiene consecuencias positivas pero también muchas negativas)<sup>9</sup>. Esta posición se encuentra sintetizada muy bien en la frase de Clodomiro Zavalía que no nos cansamos de reiterar “... es más importante, sin duda, que el tribunal, por lo mismo que son altas sus funciones, no se salga del rol estricto que tiene establecido, a que un particular soporte las consecuencias de una resolución definitiva, por más equivocada que esté...”<sup>10</sup>.

Quizá podría distinguirse una tercera forma de ver las cosas (Sagües) que, aunque lo considera negativo, con toda razón propugna que, al menos, se defina qué tipo de CS queremos<sup>11</sup>.

Aunque no puede negarse que este recurso ha tenido, desde algún aspecto, consecuencias positivas, en mi concepto las negativas las superan ampliamente, pues casi ha anulado la verdadera función que debe cumplir el alto tribunal, y, sin duda, le ha restado tiempo valioso, ha sido una de las causas de que creciera la arbitrariedad en los tribunales inferiores (pues aparecía como una solución a los errores), provocó inseguridad en los litigantes, contribuyó a la dilación de las soluciones, dividió el trabajo en un cuerpo colegiado<sup>12</sup> y tuvo otras consecuencias de similar gravedad. Llegó hasta a desfigurar la misma razón de este recurso (donde la arbitrariedad lo justificaba) para que el tribunal entrara en cuestiones opinables de derecho, configurando una suerte de casación que nada tenía que ver con la génesis del RE por arbitrariedad.

Y en verdad ha ocurrido lo que temía Zavalía: por intentar corregir (por la vía del recurso extraordinario) las consecuencias de errores judiciales en los casos particulares, el país ha perdido el poder al que nuestros constituyentes habían asignado tanta importancia, lo que ha sido trágico<sup>13</sup>.

Ante consecuencias positivas y negativas (estas últimas aclaro que tampoco pasan desapercibidas aun a quienes propugnan este activismo)<sup>14</sup> la cuestión está en determinar qué es lo que debe prevalecer. Ahora bien, como sobre las consecuencias positivas de la actitud de la CS existen excelentes trabajos, procuraré concentrarme en las que considero negativas.

---

<sup>9</sup> Ver CARRIO, Genaro en su trabajo citado en nota 3. Aquí el destacado jurista comienza a advertir el problema, pero confiesa no hallar otra solución que restringir por vía del *certiorari*.

<sup>10</sup> ZAVALIA, Clodomiro en su “Historia de la Corte Suprema” p. 81, Ed. Peuser, Buenos Aires, 1920.

<sup>11</sup> Ver SAGÜES Néstor P., “Recurso extraordinario: ¿Ampliación o reducción?” en E.D. t. 155, p. 960, especialmente en sus conclusiones.

<sup>12</sup> Ver declaraciones del ex Presidente de la CS, doctor José S. Caballero ante la Comisión de Juicio Político de la Excm. Cámara de Diputados de la Nación reproducidas en El Informador Público del 27/4/90.

<sup>13</sup> Zavalía en la obra citada en la nota 10, preveía que -por el rumbo que la CS había tomado a la época en que escribe su libro (1920)- nunca alcanzaría el rol que le correspondía como Poder del Estado y que ello tendría consecuencias que lamentaríamos. La inestabilidad política de las últimas décadas, producto en mi opinión de una excesiva preponderancia del Poder Ejecutivo sobre los otros dos poderes del Estado, parecería darle la razón.

<sup>14</sup> Así por ej. BERIZONCE, Roberto O. en su valioso trabajo “Protección procesal de los derechos humanos en la Argentina” (La más reciente evolución de los instrumentos de tutela) en J. A. del 16/5/90, p. 5 punto 2; ídem MORELLO, Augusto M. en su op. cit. en nota 8 donde incluye un punto especial sobre “Los riesgos del activismo”; ya he citado la opinión de Carrió, para mencionar nada más que algunos.

## **2,2 Principal consecuencia: perder una institución.**

La más negativa ha sido, sin duda, haber perdido la República a la CS que imaginaron los Constituyentes. La arbitrariedad ha sido la principal causa del abarrotamiento de trabajo en el alto tribunal. Esto - además de actuar como círculo vicioso que le resta tiempo para ocuparse del Poder Judicial- le ha quitado tiempo para ejercer su principal función judicial-institucional (control de la constitucionalidad de leyes y de decretos y de actos del Poder Ejecutivo).

## **2,3 Ha hecho que se descuidaran las causas, al dar una solución imperfecta a las consecuencias**

En los años 50 comenzaron a evidenciarse las injusticias que provocaba el mal funcionamiento de nuestra justicia. Aun procurando remediar las consecuencias, la solución correcta debió haber sido corregir las causas, pues no debía dejarse avanzar al problema. Sin embargo, la CS sólo se ocupó de las primeras y descuidó las causas: ni siquiera procuró analizar los errores y eventualmente sancionar a los responsables cuando se reiteraban.

## **2,4 Ha sido la fuente (no deseada) de nuevas justicias y problemas**

En el ejercicio práctico profesional -más que en el reflexivo trabajo de gabinete- se advierten muchas otras consecuencias negativas:

### *a) Deja en suspenso a las sentencias de todo el país.*

En primer término se debilita seriamente la seguridad jurídica, al dejar en suspenso a todas las sentencias dictadas por los tribunales de apelación del país y aun por los tribunales superiores de nuestras provincias.

Nunca puede decirse que un juicio termina por el agotamiento de los recursos procesales normales, es decir, los que la ley procesal ha previsto como la forma natural de terminación de los conflictos judiciales: al agotarse los mismos (generalmente la sentencia de la Cámara de Apelación o, en algunos casos, de los Tribunales Superiores de provincias) se entra en una nueva etapa deliberativa de consecuencias imprevisibles que comienza al intentarse un RE por arbitrariedad y subsiste - aun cuando no se termina totalmente como veremos - hasta que la CS dicta la nueva sentencia o la queja es rechazada.

Esto supone un período de tiempo que en algunos casos es sumamente prolongado donde todo queda indefinido y donde es imposible para los abogados asegurar a nuestros clientes que es lo que va a pasar (si la sentencia es revocada, comienza todo de nuevo, pues el tribunal apelado debe dictar otra nueva, susceptible a su vez de llegar nuevamente a la CS).

### *b) Encarece los procesos*

Agrava los ya altos costos judiciales, agregando los de una nueva instancia que alguien deberá soportar. El litigante a quien ha beneficiado la sentencia que luego es revocada en la CS, no es responsable del error judicial. Sin embargo, está obligado a defender la sentencia y no puede recurrirla porque teóricamente no tiene agravio<sup>15</sup>.

### *c) No termina definitivamente los conflictos*

Y lo peor es que las causas no se terminan con la sentencia de la CS. Es errado pensar que es el último recurso pues en la mayor parte de los casos la CS no dicta la sentencia definitiva sino solamente indica las pautas para que otro tribunal dicte una nueva sentencia

---

<sup>15</sup> El litigante quien beneficia una resolución arbitraria que más tarde es anulada por la CS tiene un perjuicio adicional que no le es imputable. La tramitación del RE provoca demoras y mayores gastos atribuibles al error judicial.

con arreglo a ellas. Esto genera problemas, y en una alta proporción obliga al expediente a volver a la CS<sup>16</sup>.

*d) Alarga los procesos*

Esta situación ha hecho que nuestro sistema procesal de doble instancia quede convertido en un sistema de 3, 4 y hasta 5 instancias, lo cual es un despropósito. Desde las provincias, luego de haber recorrido tres o hasta cuatro instancias (tres provinciales y una federal), el fallo de la CS muchas veces, por lo que decía antes, no termina definitivamente la cuestión, y así se hace necesario volver al tribunal inferior y regresar a la CS con nuevas apelaciones. Un sistema Judicial debe ser suficiente con dos instancias como máximo: hay sistemas procesales de países desarrollados estructurados sobre una única instancia con una apelación excepcional. Crear más instancias para obtener mayor seguridad sólo significa que hay latente un problema grave.

*e) No elimina las injusticias*

Lamentablemente no podría decirse, que este recurso haya eliminado las injusticias, pues la CS no es infalible. El abrumador trabajo que provoca obliga delegar en los Secretarios y ayudantes del alto tribunal, en una intensidad inconstitucional, aunque justificada por la situación, y todo esto ocasiona errores. Además, el alto tribunal se ve obligado a seleccionar las cuestiones más importantes, con el resultado que las que no son tan importantes, en el criterio de quien las revisa (aunque son vitales para los litigantes) son delegadas a funcionarios inferiores, de altísima capacidad jurídica sin duda, pero quizás menor a la de las Cámaras de Apelaciones o Tribunales Superiores que han dictado los fallos que ellos anulan.

Así se cumple una “ley de Parkinson” de la justicia: cuanto más alta es la instancia, más baja -dentro del tribunal- es la categoría de la persona que resuelve y más lejos del problema está quién intenta resolver en definitiva la cuestión<sup>17</sup>. Ello induce a errores que implican nuevas injusticias<sup>18</sup>.

## **2,5 Otras consecuencias negativas**

*a) Afecta las autonomías provinciales*

El sistema constitucional ha previsto el control de la CS sobre todos los fallos del país en materias constitucionales, pero no para la interpretación de cuestiones de derecho común. Lo que ha hecho la CS importa un avance indebido sobre las autonomías provinciales (que

---

<sup>16</sup> Aunque parezca esto increíble, hay una gran cantidad de casos en que esto ocurre y, en mi experiencia profesional, si no es mayor se debe simplemente a que los litigantes ya están extenuados y procuran por todos los medios buscar un arreglo antes que tener que volver a la CS. En ocasiones, la propia CS ha considerado que la interpretación de sus fallos es cuestión federal suficiente, con lo que los alienta.

<sup>17</sup> Conf. RODRIGUEZ VILLAFANE, Miguel J. en “Inflación recursiva (Reflexiones con motivo de los proyectos de reforma del recurso extraordinario federal)” en E. D., t. 116, p. 766. Bajo el subtítulo de “Desdibujamiento de las instancias” dice “... Sin contar que la cantidad de trabajo genera, en los tribunales de alzada, una gran delegación de hecho de las funciones jurisdiccionales en relatores, funcionarios varios y hasta en inidoneos. La verdad sea dicha, en este momento, cuando más superior es el tribunal, más difícil resulta que cada caso pueda tener la presencia personalizada y directa del funcionario que la Constitución y la ley han querido que esté, para el aporte de las soluciones que la ley quiere que sean particulares, para el caso concreto...”.

<sup>18</sup> Cuando se advierte un error en la sentencia apelada, en la CS existe una tendencia a anular el fallo y resolverlo en sentido contrario, es decir, dando la razón al apelante, cuando quizás correspondiera confirmar el fallo sobre la base de otros fundamentos. Esto ocurre a mi juicio porque la CS no se pone en la posición de dictar el fallo, sino que se queda en el papel de quien señala errores.

lamentablemente se combina con lo que ha ocurrido en otras áreas, especialmente en cuestiones económicas).

*b) Desprestigia a los magistrados apelados*

Esta práctica desprestigia a los magistrados. Uno de los principios básicos de algunos sistemas judiciales (v. gr. el de Inglaterra) es afirmar su prestigio y autoridad, reduciendo, al mínimo las cuestiones apelables considerando que afectan su investidura y responsabilidad y, lo que es peor, hacen que no medite cuidadosamente las resoluciones que dicta, en la idea que, de todas formas, “alguien las revisará”<sup>19</sup>.

*c) Y también desprestigia a la CS*

Los malos fallos de la CS a los que hice referencia también la han desprestigiado ante los tribunales apelados: aquí quizá pueda encontrarse una de las causas del fenómeno de los últimos años de la pérdida de autoridad de los fallos de la CS, que en muchas ocasiones no son seguidos por los tribunales inferiores.

## **2,6 La arbitrariedad en la instrumentación. del certiorari (la injusticia en el umbral de la CS)**

Una cuestión muy seria a mi juicio, y que empeora con el certiorari, es la arbitrariedad que se comete al abrir o rechazar recursos que revisten idéntica gravedad. Desde hace muchos años he observado, en el profesional y en investigaciones científicas, cómo la CS no es pareja en la apertura del recurso, (aunque sí ha sido bastante equilibrada en la apreciación de lo que es arbitrario)<sup>20</sup>. La injusticia reside entonces en no dar oportunidad de que se les escuche.

Indagar las razones de este fenómeno excedería los límites de este trabajo; quizá pueda originarse en que es difícil saber bien qué es arbitrario. Pero a mi juicio, el mayor problema está en los diferentes criterios de las personas que intervienen en la selección. No se puede negar que la CS está efectivamente dividida “en salas” lo que significa que el estudio de las cuestiones se hacen en lugares diferentes con sus propios criterios, y así algo que es fundamental para uno de los revisores, no lo es para otro. De esta forma se produce una injusticia en las puertas mismas de la CS.

## **III. LAS SOLUCIONES CONVENCIONALES**

### **3,1 La tesis de restringir**

Conjuntamente con la ampliación del número de ministros de la CS, la ley 23.774 incorporó legislativamente el certiorari que ya estaba siendo aplicada por la CS por vía pretoriana. Entonces una salida convencional sería restringir mucho más el acceso, con lo que quedarían muchas más injusticias sin solución.

### **3,2 Otras soluciones propuestas**

Para la arbitrariedad se han propuesto otras soluciones<sup>21</sup>. Una de ellas es la creación de una Corte de Casación a nivel nacional. Pero como la arbitrariedad sólo en mínima

---

<sup>19</sup> Ver COUTURE, Eduardo J., su conocida conferencia sobre La justicia inglesa.

<sup>20</sup> Ver, op. cit. “Diagnóstico de la Justicia argentina”, donde se demuestra que, en general, la CS has sido relativamente pareja en la apreciación de lo arbitrario (se evaluaron por ej., dos períodos diferentes de la CS). Se efectuó sobre la revisión de sentencias dictadas por la CS en un período de ocho meses distribuidos durante ocho años diferentes y que implicó la revisión de más de 3000 sentencias.

<sup>21</sup> Explicadas por MORELLO, Augusto M. en “La casación nacional. Estado de la cuestión (La creación de un tribunal intermedio)” en Rev. LA LEY, t. 1989-C, p. 970.

proporción ocurre por errores de derecho<sup>22</sup> y en su mayoría obedece a errores de otro tipo (mala confección de sentencias, defectuosa apreciación de la prueba, etc.), en principio no encajaría dentro del concepto clásico de la casación.

Además está discutida la bondad de la casación, pues en realidad los constituyentes han creído oportuno dejar la interpretación de los códigos de fondo para que se adapten a la modalidad de cada provincia. La uniformidad no tiene que ser vista siempre como un beneficio y muchas veces la adaptación a las particularidades de cada lugar no es mala sino buena. Y se levantan objeciones de tipo constitucional, aunque hay proyectos (VANOSSI) que la han sorteado por la vía de acuerdos interprovinciales.

De todos modos esto no soslaya lo que a mi juicio es la principal objeción: que se crean más instancias que demoran nuestra ya lenta administración de justicia.

Este mismo reparo es aplicable a otra solución propuesta en los últimos años, consistente en la creación de un Tribunal Intermedio (Bianchi<sup>23</sup>, Belluscio). En la propuesta de la casación, aparece la nota de la uniformidad considerada buena por muchos; en ésta podría no tener ni las ventajas ni los inconvenientes de la casación pero implica agregar más instancias a un sistema que funciona mal, por lo que se agregan posibilidades de errores.

### **3,3 Qué puede pasar sí no pasa nada**

La mayor cantidad de ministros contribuirá a aliviar el problema de las arbitrariedades encarándolo en la forma como se lo ha hecho hasta ahora; los nueve ministros trabajarán en forma más desahogada, aplicarán como mayor o menor rigor el certiorari para seleccionar las causas, y la CS estará más aliviada en su trabajo aceptando como natural lo que es anormal, y procurando hacer lo mejor posible dentro del esquema tradicional.

El alto tribunal podrá restringir aún más el acceso (dejando sin solución las injusticias que provoca la mala calidad de la justicia: es que la denegación discrecional del recurso no significa que la CS no advierta fallas, sino que no las considera de extrema gravedad).

Ajustándose a su práctica, seguirá sin tornar medida alguna ante los graves incumplimientos de la función judicial que implica la sentencia arbitraria, no creará oportuno actuar frente a la reiteración de estos casos, y seguirá sin considerar causal de juicio político una reincidencia inusitada de estos casos.

Aplicará la doctrina del caso "Strada", y hasta podrá concebir nuevas vallas para las causas que llegan desde las provincias (en rigor de verdad, todo lo que ha hecho esta doctrina es crear nuevas instancias y desalentar a los litigantes, pero una vez más reitero que no es una real solución). En cuanto a su efectividad, hasta hace poco tiempo se comentaba en la CS que no había producido la descongestión esperada.

Si esto ocurre, muchas de las consecuencias negativas seguirán produciéndose y la causa de la situación -la mala situación en que se encuentra la Justicia- subsistirá.

---

<sup>22</sup> Ver Diagnóstico de la justicia Argentina" cit. p. 3/17.

<sup>23</sup> Ver BIANCHI, Alberto en "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", en E.D., t. 99, p. 835. En este interesante y completo trabajo el autor propone algunas soluciones, pero termina alertando sobre el problema de fondo "... veremos que, como dije al iniciar este trabajo, la cuestión de las sentencias arbitrarias no atañe tan solo al Poder Judicial, a los abogados que deben sufrirlas junto con sus clientes sino a todos los argentinos pues es un renglón más de la crisis por la que atravesamos desde hace tiempo. No se solucionará con buscar remedios procesales, con dictar nuevas normas que detallen perfectamente los requisitos que deben ser cumplidos en orden a la tramitación de un proceso regular. Ello soluciona el problema de forma. El problema de fondo subsiste ...".



## IV. NUEVAS SOLUCIONES PARA VIEJOS PROBLEMAS

### 4,1 Lo anormal nunca puede producir nada bueno

Si se parte de esta premisa se advertirá que el RE por arbitrariedad no puede constituir nunca -al margen de la postura que se adopte más o menos restringida frente al tema- una solución más que pasajera y circunstancial. Esto fue considerado en su génesis, pero luego lamentablemente se ha olvidado. Algo patológico no puede nunca producir nada bueno, ni aun el activismo de la CS. Si la arbitrariedad es una patología en cualquier sistema judicial del mundo en la Argentina esta grosera anomalía está arraigada aun cuando nuestra CS no tiene funciones de casación, es de jurisdicción restringida y reservada para cuestiones constitucionales.

### 4,2 Nuevos conceptos

La tarea a mi juicio podría encararse:

- a) Ocupándose la CS del Poder Judicial;
- b) Mejorando el tratamiento del RE por arbitrariedad y
- c) Buscando otras soluciones fuera de la CS.

#### *a) Ocuparse del Poder Judicial*

La nueva CS tiene que tomar el gobierno del Poder Judicial y ser responsable de su buen funcionamiento. Esto es lo que a mi juicio justificaba la ampliación de la CS. No quiero ampliar este tema porque me aparta del propósito de este trabajo -estudiar la arbitrariedad y sus remedios- pero la importancia que tiene obliga a recordarlo aunque sea con unas pocas palabras<sup>24</sup>.

#### *b) Mejorar el tratamiento del RE por arbitrariedad*

En tanto se estructuran las verdaderas soluciones, la misma CS puede comenzar a trabajar en la consideración del RE por arbitrariedad de sentencia, en forma de orientarlo hacia los verdaderos fines. Por un lado tiene que trabajar mucho para tornar pareja la aplicación del certiorari: es indispensable asegurar un sistema para que la revisión de las cuestiones sea pareja. Esto se puede hacer con una revisión en común de todas las cuestiones, una selección inicial, una revisión por las mismas personas, en todas las cuestiones cualquiera sea la materia que traten y tabular y comparar constantemente los criterios.

Además debe procurar terminar definitivamente con las cuestiones en lugar de limitarse a dar las pautas y deferir el tema a nuevo fallo, que no siempre las interpreta correctamente.

Finalmente, tiene que comenzar a registrar dónde se producen las arbitrariedades y en qué consisten, de forma tal de procurar remediar las causas que las provocan.

Con relación a la división en salas en otro trabajo ya opiné sobre su conveniencia circunstancial<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Insisto en que, en relación con lo que la CS podría hacer, en reformas en la Corte Suprema, cap. IV, se sugiere un plan de acción y en el diagnóstico de la Justicia Argentina se señalan las principales falencias de nuestro sistema.

<sup>25</sup> Solución recomendada --como algo no ideal sino circunstancial- en nuestro trabajo citado en nota 2, y explicada en el folleto citado en la misma nota. En una 1ª instancia la CS ha resuelto no dividirse en salas, lo cual parece en principio correcto pues debe previamente estudiarse el funcionamiento del tribunal con muchos miembros, su capacidad de trabajo y si debería también, a nuestro juicio, ensayar otras soluciones - como las que este trabajo analiza- antes de intentarse ésta.

### 4,3 Otras soluciones y sus características

Las medidas antes propuestas significan entrar a trabajar directamente en las causas en el primer caso, y en mejorar lo actual en el segundo.

Pero como me preocupan profundamente las consecuencias de las sentencias injustas considero que hay que buscar otras soluciones alternativas del RE por arbitrariedad. Para obtener un resultado adecuado, resulta conveniente reflexionar sobre las pautas de estas soluciones. A mi juicio podrían ser las siguientes:

#### *a) Deben brindar seguridad jurídica*

Si la seguridad jurídica y la regularidad de los procesos se ve afectada por su prolongación sin términos debe procurarse que terminen en las instancias procesales normales, sin etapas extraordinarias.

#### *b) Deben solucionar los conflictos*

Se debe apuntar a solucionar efectivamente los conflictos: no pueden quedar en estado latente ni dejar temas pendientes de resolución para otros tribunales, como ahora ocurre con el RE en la forma como lo resuelve la CS.

#### *c) No pueden volverse contra los litigantes*

Los malos fallos no son culpa de los litigantes sino del sistema judicial del Estado. Las consecuencias no tienen que revertir sobre ellos, salvo en casos excepcionales.

#### *d) Deben recaer sobre los verdaderos responsables*

Si el verdadero responsable del sistema judicial que comete errores es el Estado, éste es quien debe indemnizar al damnificado.

#### *e) Tienen que ser rápidas*

Las soluciones no pueden eternizarse. Tienen que ser relativamente rápidas y demorar mucho menos que el juicio donde se han originado.

#### *f) Deben ser de fácil acceso, asumiendo un riesgo*

Todos deben poder reclamar y no, como ahora ocurre, sólo aquellos afortunados a quienes la CS accede a revisar su problema. Todos deben poder arriesgarse, con las consecuencias que corresponda<sup>26</sup>. Aquí no estamos ante un capricho, sino ante graves errores judiciales.

#### *g) Pero a la vez deben ser excepcionales*

Pero también tienen que ser extraordinarias para no convertirlas en un paliativo o aliciente para todo aquel que pierde un juicio. Tienen que tener un margen de riesgo para desalentar a los litigantes crónicos quienes cargarán con las costas y eventualmente con los daños provocados. En síntesis, tiene que ser fácil y abierta la posibilidad de discusión (en el sistema actual en muchos casos se le da un portazo en la cara) pero no inocua.

---

26 SAGÜES, Néstor P. se interroga sobre la legitimidad de restringir el acceso a la CS, concluyendo que será muy difícil de convencer a quienes se les denieguen por considerarlo intrascendente sin fundarlo ... "que el sistema es legítimo y compatible con los principios de igualdad y debido proceso que emanan de los arts. 16, 18 y 33 de la CN" en el "Writ of certiorari" argentino (Las reformas de la ley 23.774 respecto al recurso extraordinario) en Rev. LA LEY, suplemento diario del 18/5/90. En verdad, si no hay otra solución para quien padece una injusticia, la queja sería justificada.

*h) No es necesario que sean uniformes para todo el país*

Habría que preocuparse fundamentalmente de la situación del Poder Judicial de la Nación procurando que los sistemas provinciales implementen soluciones parecidas.

*i) Deben apuntar a solucionar el problema de fondo*

De alguna forma las soluciones tienen también que apuntar a solucionar los problemas de fondo, no simplemente a paliarlos.

*j) Tienen que contribuir a afirmar el sistema*

Tienen que contribuir a afirmar la autoridad de los fallos, la confianza en el sistema y evitar el desprestigio y los conflictos entre tribunales.

*k) Deben dar oportunidad a los tribunales responsables a dar explicaciones.*

En la situación actual los tribunales apelados ven anulados sus fallos por decisión de la CS, sin oportunidad de defensa. Esto no es correcto. La anulación de un fallo es algo muy grave y los tribunales deberían tener oportunidad de explicar y justificar su proceder.

## **V. El error judicial como responsabilidad del Estado**

### **5,1 El principio**

Si el error judicial, es responsabilidad del Estado, parece justo que sea éste quien soporte las consecuencias. En mi concepto, podría instrumentarse una solución creando un procedimiento que, ante un error judicial, permita al litigante perjudicado reclamar su reparación. El estudio del doctor TAWIL mencionado al comienzo, demuestra inapelablemente la posibilidad de responsabilizar al Estado. Otros trabajos y análisis que lo tratan contribuyen también a afirmarme en la idea<sup>27</sup>.

Se trata entonces de reflexionar si esta vía puede ser una solución tanto para “las injusticias de la Justicia” como para aliviar el tema de la arbitrariedad en la CS.

Anticipé empero, al comienzo del trabajo, que quedaría adeudando el desarrollo de la instrumentación de esta idea para otro trabajo. Considero importante analizar aquí una viabilidad del planteo.

### **5,2 Organizar un sistema**

Coincido con el doctor TAWIL y con otros autores<sup>28</sup> en que no se necesita ley alguna para hacer efectiva la responsabilidad del Estado. Por lo demás, muchas constituciones provinciales han incorporado el principio.

Sin embargo, y a los efectos de esta idea, considero que habría que dar estructura legislativa a un procedimiento para reparar las injusticias, creando un tribunal especial. Me imagino un tribunal de instancia única (del tipo del “tribunal intermedio” propuesto por BIANCHI destinado a analizar la eventualidad de injusticias y su reparación.

Queda claro que, salvo excepciones, el fallo dictado en la causa origen de la responsabilidad quedaría firme y sin posibilidad alguna de revisión; se trata de analizar las consecuencias

---

27 Ver IZQUIERDO, Florentino V., “La responsabilidad del Estado por errores judiciales” Ed. LA LEY (Primer Premio del Concurso 50º Aniversario), Buenos Aires 1986, ver también entre otros MAIORANO, Jorge Luis, “Responsabilidad del Estado por errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos”, en Rev. LA LEY, t. 1984-D, ps. 983 y sigtes.

28 Ver MARIENHOFF, Miguel S. en su tratado de derecho administrativos, t. IV, p. 759 y sigtes., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

desfavorables de un fallo errado. Es por ello que este sistema no afecta ni implica una excepción a la cosa juzgada<sup>29</sup>.

Aquí se presenta la cuestión de la limitación de la reparación. En algunos casos la misma ley puede limitar los supuestos de reparación como ocurre en Francia, para los casos de grave error o denegación de justicia<sup>30</sup>. Al mismo tiempo, no en todos los casos importará colocar al accionante en la situación que si hubiera vencido en el juicio, sino que entraría a jugar el concepto de la “pérdida de la chance”.

Este tribunal funcionaría en el ámbito del Poder Judicial de la Nación y no comprendería a los sistemas provinciales. Para las provincias CS o el Poder Judicial alentarían la creación de instituciones similares (en aquellas provincias cuyas Constituciones contemplan la reparación por los errores judiciales, sólo debe pedirse que se lo instrumente).

Considero que esta solución reúne casi todas las características que he señalado en la sección anterior: garantiza la seguridad jurídica al terminar los pleitos en las instancias normales: no se vuelve contra los litigantes (sólo situaciones excepcionales autorizarían a recomponer la situación), y, por ello, afectan al verdadero responsable: terminaría definitivamente con el conflicto e implicaría hacer realidad la obligación más esencial del Estado: asegurar un servicio de Justicia.

En la forma propuesta ofrecería una solución aceptablemente rápida: existiría un fallo en instancia única y prácticamente sin nueva prueba.

Todos deben tener acceso al sistema, pero debe existir un riesgo cierto de costas ejemplares.

La solución no es uniforme para todo el país: esto ocurriría en el orden federal únicamente. Apunta a solucionar el problema de fondo: en la medida en que el Estado pierda muchos juicios procurará solucionar los problemas de la justicia. De alguna forma tiende a afirmar el sistema: dejar subsistentes las sentencias, evita roces entre los tribunales inferiores y la CS, y evitaría el desprestigio ya mencionado. Y además ofrecería oportunidad de dar explicaciones a los tribunales responsables. Finalmente, en casos excepcionales, podría determinar la responsabilidad de los magistrados.

Esto podría funcionar, empero, en aquellas cuestiones susceptibles de reparación, generalmente patrimoniales, y no abarcaría aquellas cuestiones -como los casos penales con condenas a cumplir o algunas situaciones extremas en derecho de familia- donde subsistiría el RE por arbitrariedad para evitar el daño.

---

29 Se sostiene que un principio de congruencia exige la revisión del fallo, como paso previo a la indemnización pues “el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica; pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley...” Ver PARELLADA, Carlos Alberto en su “La prescripción de la acción indemnizatoria y la responsabilidad del Estado por error judicial” en J.A. 1988-111, p. 71. El argumento es atendible, aunque suena demasiado lógico. Razones de política judicial y seguridad jurídica exigen que la sentencia se mantenga firme, aunque determine respecto de un tercero, el Estado, algunas consecuencias. En realidad, no se trata de un recurso contra una sentencia firme sino de una responsabilidad surgida a partir de lo que la sentencia firme ha producido. La acción de responsabilidad se genera precisamente a partir de lo que la sentencia ha hecho. En el caso mas típico de una condena penal cumplida, la revisión de la sentencia se convierte en una formalidad. Se trata justamente de respetar conceptualmente la cosa juzgada, es decir, algo formal en beneficio de la seguridad jurídica. Eventualmente, una ley especial habría de contemplar esto.

30 En cuanto al sistema francés, con especial enfoque sobre la responsabilidad de los magistrados ver PERROT, Mireille (Jueza de Instrucción de Toulon, Francia) *Complaints against judges*, su ponencia en la Conferencia de la Internacional Bar Association realizada en Estrasburgo en septiembre de 1989. En un fallo se definió el grave error como aquel “Incurrido por el juez que pierde su normal sentido de justicia”

Lo mejor de esta solución es a mi juicio que el Estado, en vista de las responsabilidades que le acarrea, podría gran interés en mejorar el funcionamiento de la justicia<sup>31</sup>.

## VI. Conclusiones

Este planteo explica nuestra propuesta en aquel trabajo reformas en la Corte Suprema para que ante el problema de la arbitrariedad, no se siga más con la solución de este híbrido RE, proponiendo sustituirlo por una acción Judicial contra el Estado con miras a la reparación de los daños causados por los alegados errores judiciales. Esto nos enfrenta con una última cuestión.

### 6,1 Si es sustituible el RE por arbitrariedad por un reclamo contra el Estado

El RE por arbitrariedad fue justificado en que se estaba frente a una lesión constitucional que autorizaba el remedio federal<sup>32</sup>. Podría alegarse entonces que canalizar los reclamos por la vía de demandas contra el Estado en la búsqueda de la reparación de errores judiciales, no elimina la tacha constitucional. Para contestar esto, se me ocurre que si el argumento para admitir el RE por arbitrariedad ha sido la inexistencia de otra solución, cuando se ha implementado una solución viable, la CS podrá rechazar los recursos con esta invocación. Por otro lado, la admisión de la constitucionalidad del certiorari (que importa la denegación de recursos contra arbitrariedades) está poniendo límites a aquella argumentación.

También podría decirse que, en el sistema que propongo, ante los fallos adversos siempre quedaría el RE como apelación última con lo que estaría proponiendo agregar una instancia más inútil. La cuestión evidentemente depende de que la CS rechace estos planteos considerando que se han creado suficientes remedios a situaciones hipotéticamente injustas.

### 6,2 Recuperar a la Corte Suprema para su función constitucional

Toda esta construcción parte de la base de que el país necesita que su CS se aboque plenamente a los fines para los que ha sido creada: para servir de un supremo control de constitucionalidad, y para dirigir y gobernar al PJ

Ningún Poder del Estado que dedique la mayor parte de su capacidad de trabajo a temas ajenos a su competencia o que no constituyen su función esencial, puede cumplir cabalmente sus funciones institucionales. La República necesita a su Corte Suprema.

---

<sup>31</sup> Conf TAWIL, Guido S. en op. cit. en nota 5 p. 124.

<sup>32</sup> Ver especialmente el profundo trabajo en VANOSSO, Jorge Reinaldo “La sentencia arbitraria: un acto de lesión inconstitucional (La arbitrariedad como inconstitucionalidad)” en E.D., t. 91, p. 105.