

Título: Quórum y mayoría en la Corte Suprema**Autores:** Rivera (h.), Julio César - Legarre, Santiago**Publicado en:****Cita Online:** 0003/014196

SUMARIO:

I. La manzana de la discordia.- II. Introducción: la toma de decisiones en los tribunales colegiados.- III. El tamaño de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- IV. El régimen de toma de decisiones de la Corte Suprema argentina: a) Una historia imprescindible para entender el quórum en la Corte: 1. Reglas de quórum en la ley 27; 2. Los antecedentes del quórum en la Corte: la Judiciary Act de 1789; 3. Quórum y mayoría absoluta; 4. La legislación temprana y la práctica interpretativa de la Corte confirman la lectura en clave de quórum; b) Quórum y mayoría para decidir: 1. Reglas de mayoría en la ley 27; 2. El Reglamento para la Justicia Federal de 1948; 3. La ley 13998, de 1950, y el Reglamento de 1952; 4. El decreto ley 1285/1958 y la nueva organización de la Justicia Nacional; 5. La ley 15271 y la posibilidad de división en salas; 6. La ley 23498 y el número legal para fallar.- V. La ley 26183, y lo que deja vigente: a) Las cláusulas transitorias; b) Las normas "definitivas".- VI. La asignatura pendiente

I. LA MANZANA DE LA DISCORDIA

El art. 23 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 15271 , establece la siguiente regla para la Corte Suprema:

"...las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones..." (1).

La mayoría de los autores que se han ocupado de este art. 23 han derivado de su tenor la exigencia -según algunos de ellos (2)- o la conveniencia -según otros (3)- de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación decida todos los casos que se le someten por una mayoría de votos que coincidan no solamente en el resultado sino también en los fundamentos. Se ha sostenido que ello es un requisito impuesto por el uso del verbo "concordaren" (4), en la primera oración que compone la norma transcripta; o que la imposición proviene de la segunda oración, cuando se refiere a la mayoría absoluta de "opiniones", entendiendo que ello alude a "fundamentos" (5).

Así, se ha usado la norma para censurar el modo en que fueron resueltos casos sonados de los últimos tiempos, como "Arancibia Clavel" (6), "Bustos" (7) y "Massa" (8) -pero también otros-, concluyendo que en el dictado de aquellas sentencias no se dio satisfacción al art. 23 del decreto ley. De esta circunstancia se han extraído, a su vez, efectos que van desde la nulidad de dichos fallos hasta su falta de autoridad como precedentes.

Por nuestra parte, pensamos que el art. 23 es una norma asaz enigmática: no resulta en absoluto fácil desentrañar su significado. Al mismo tiempo, es de crucial importancia hacerlo, entre otras cosas, para determinar si su interpretación prevaleciente -con sus graves y evidentes consecuencias- es plausible. Además, el develamiento de la incógnita hermenéutica permitirá contestar la tan trillada pregunta relacionada con una situación que en nuestro país, lamentablemente, no es infrecuente: ¿qué pasa con los lapsos durante los cuales, por la razón que sea, la Corte no está integrada plenamente? En esos supuestos la "mayoría absoluta" a la que se refiere el art. 23 del decreto ley ¿debe contarse sobre el total de los jueces que, según la ley, componen el tribunal, o sobre el total de los que la integran de hecho?

Por otra parte, la exégesis del precepto en cuestión requerirá valorar cuáles han sido los efectos de la ley 26183 -la última norma en reajustar el tamaño de la Corte Suprema, impulsada por la actual presidente de la República cuando era senadora- sobre el régimen de mayorías en el alto tribunal.

El viaje que vamos a emprender con esta investigación está plagado de dudas y oscuridades -y además,

seguramente, de omisiones-. A veces, a falta de respuestas, sólo pudimos dejar planteadas preguntas que antes no habían sido formuladas con claridad. Hemos llegado, con todo, a una conclusión que responde a nuestra inquietud principal, a la vez que difiere significativamente de la doctrina prevaleciente. Vamos a adelantarla: el sentido del art. 23 , decreto ley 1285/1958 sólo sale a la luz si se devuelve a la escena un concepto que, aplicado a la Corte Suprema, cayó en un olvido notable: el quórum. Y sólo es posible rescatarlo del olvido y ponerlo al servicio de una razonable interpretación de nuestra manzana de la discordia si se desempolva -y mucho- la historia de la organización judicial federal argentina y, en particular, de la Corte Suprema.

II. INTRODUCCIÓN: LA TOMA DE DECISIONES EN LOS TRIBUNALES COLEGIADOS

Los tribunales de justicia integrados por más de una persona -ordinariamente llamados "tribunales colegiados" (9)- son grupos constituidos para resolver ciertos problemas de coordinación: los problemas de los litigantes. En tanto grupos, pueden actuar, y, de hecho, si se negara la posibilidad de su actuación grupal se negaría simultáneamente su capacidad de resolver los problemas de los litigantes y, junto con ello, su razón de ser (10).

El grupo-tribunal tiene, a su vez, problemas internos de coordinación; por ejemplo: cuándo se reunirá, dónde se reunirá, si lo encabezará un presidente y, en su caso, cómo será elegido. Por sobre todas las cosas, tiene el problema de qué regla gobernará la toma de sus decisiones o, dicho distinto, qué decisiones de qué miembros del grupo contarán como decisiones del tribunal. La regla en cuestión podrá eventualmente incluir disposiciones sobre quórum, como, asimismo, exigir un menor o mayor grado de concordia entre los votantes, vgr., requerir acuerdo solamente acerca del resultado del caso o también acerca de los fundamentos de la resolución.

Estos problemas internos de coordinación pueden ser resueltos mediante una norma "constitucional", dictada por quien tiene el poder para crear el grupo-tribunal (11). O puede darse que dicha norma deje en manos del propio tribunal colegiado la sanción de su reglamento funcional; o que guarde silencio sobre el tema, en cuyo caso será también el propio tribunal quien resuelva sus problemas de coordinación, ya que de lo contrario se encontraría incapacitado para cumplir su misión (12). Esta alternativa tiene la dificultad propia de los momentos constitucionales originarios: el grupo-tribunal resolverá sus problemas de coordinación mediante una regla fundacional, careciendo de una norma previa que establezca la regla para la adopción de la regla inicial misma.

Consideremos ahora, en particular, la adopción de la regla que gobernará la toma de decisiones del tribunal colegiado. Sea que la adopte quien tiene el poder para crear el grupo-tribunal, sea que se la otorgue a sí mismo el propio tribunal, las posibilidades se reducen en la práctica a dos, como en todos los grupos: o las decisiones del tribunal colegiado se toman por unanimidad, o mediante lo que llamaremos "autoridad".

Si se opta por la primera, se contarán como decisiones del tribunal solamente aquellas en las que estén de acuerdo todos sus integrantes. La unanimidad, sin embargo, es una regla problemática. Como explica Finnis, "no hay necesidad de insistir en que la unanimidad sobre la solución deseable a un problema de coordinación específico no puede lograrse en la práctica en ninguna comunidad con un bien común complejo y con miembros inteligentes" (13). Los integrantes de los tribunales colegiados -o al menos muchos de ellos- son personas inteligentes, y no cabe duda de que los problemas que llegan a sus estrados son, tantas veces, complejos y pasibles de soluciones diversas. Ello nos invita a considerar la otra alternativa para resolver el problema en cuestión: la autoridad (14).

Si se opta por la regla de autoridad, se considerarán como "del tribunal" decisiones adoptadas por un número inferior a la totalidad de sus integrantes. La regla de autoridad más razonable -y la más frecuente- en esta materia es la de mayoría, que lleva a contar como decisiones del tribunal aquellas en las que están de acuerdo la mayor parte de sus miembros. No hace falta profundizar aquí la razón de ser de los tribunales colegiados para entender que todas las explicaciones disponibles (15) caerían si se contasen como decisiones del tribunal las favorecidas por una minoría (16). Si en un tribunal de tres, por ejemplo, se considerasen decisiones del tribunal las adoptadas por uno de sus integrantes, ¿para qué habrían de designarse tres? Daría igual en ese caso un tribunal unipersonal. Sólo la unanimidad y la mayoría se condicen con la idea de colegio (17). Dadas las

dificultades prácticas de la primera, no debe sorprender que la regla de mayoría sea la más común (18).

III. EL TAMAÑO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el grupo-tribunal por antonomasia en la República Argentina, y es la propia Constitución Nacional la que, desde su versión inicial de 1853, regula su existencia (19). El art. 108 dispone que "El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación". La Carta Magna define también la competencia de la Corte (20), y establece las condiciones para ser miembro de ella (21). En cambio, no determina el número de integrantes del tribunal ni la regla de acuerdo con la cual el grupo "Corte Suprema" adoptará sus decisiones. Dado que, como veremos, existe cierta relación entre esta última cuestión de la regla - que es la que nos interesa más- y el tamaño que la Corte ha tenido a lo largo de los años, nos detendremos primero brevemente en este asunto.

La determinación del número de jueces (22) de la Corte sufrió diversos avatares a lo largo de la historia constitucional argentina (23). En los primeros ensayos organizativos la Constitución misma se hacía cargo del problema. Así, la Constitución de 1819 fijaba el número en siete (24); y la de 1826, en nueve (25). La Constitución de 1853 mantuvo esta tendencia y estableció que la Corte Suprema estaría compuesta por nueve jueces (26). Como es sabido, esta Constitución se distinguió de las dos anteriores por su efectiva vigencia; mas el intento de establecer la Corte por parte del gobierno de la Confederación fracasó, a pesar de que los nueve jueces llegaron a ser designados (27). Así las cosas, la Convención bonaerense de 1860, que precedió la primera reforma constitucional, consideró exorbitante aquel número de magistrados y propuso el de cuatro. Si bien la Convención Nacional del mismo año rechazó esta propuesta, de alguna manera se hizo cargo de la inquietud subyacente al quitar del texto constitucional el número de miembros (28), dejando implícitamente su determinación en manos del Congreso (29).

Y el Congreso legisló, en 1862. La ley 27 de Organización de la Justicia Nacional fijó en cinco el número de "ministros" de la Corte (30). Durante casi 100 años esta composición se mantuvo intacta, siendo ratificada por la nueva "Organización de la Justicia Nacional", llevada a cabo en 1950 mediante la ley 13998 (31), y también por la establecida ocho años más tarde en virtud del decreto ley 1285/1958 (32).

En 1960 se sancionó la ley 15271, que aumentó el número de jueces a siete (33). Esta reforma tuvo corta vida: en 1966 la ley 16895 retrotrajo la composición a cinco miembros (34). Y en 1990 la ley 23774 la aumentó a nueve (35).

A mediados de la década siguiente, renuncias y juicios políticos -sumados a la omisión por parte de los poderes políticos de llenar las vacantes generadas- dejaron al tribunal con siete miembros. Entonces el Congreso legisló otra vez, y la ley 26183 volvió a fijar el número de jueces en cinco (36), generando así una discordancia entre la cantidad legal y la cantidad real de magistrados. Esta situación fue abordada mediante la inclusión en la ley de una inusual disposición que redujo transitoriamente el número a siete, hasta la producción de una "vacante definitiva" (37). Ésta dejaría el número real en seis, que es convertido por la misma cláusula transitoria en número legal hasta que una nueva vacante definitiva produzca la equiparación entre el número real y el ahora querido por el Congreso: cinco.

IV. EL RÉGIMEN DE TOMA DE DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Recordemos, para empezar, que la Constitución Nacional no determina la regla de acuerdo con la cual el grupo "Corte Suprema" adoptará sus decisiones. El art. 113 pareciera dejar esta definición en manos del propio tribunal, cuando ordena que "La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados" (38). Como afirma Bielsa, se trata de un reglamento "funcional", que no requiere para su dictado de una atribución legal expresa (39). De su carácter funcional se sigue también, a nuestro juicio, que dicho reglamento interno es un modo posible, reconocido por la propia Constitución, para que el grupo "Corte Suprema" decida cuál regla gobernará sus decisiones. La cuestión no es trivial, pues, como vimos, puede optarse por la

unanimidad o por la mayoría. Sabemos también que si se adopta una regla de mayoría se puede requerir una mayoría que coincida en los fundamentos o una que tan sólo coincida en la resolución del caso. También debe resolverse sobre qué número se computa la mayoría: si sobre el número fijado por ley para la composición del tribunal o sobre el número real de jueces -que en un determinado momento puede no coincidir con el número legal (40)-, o sobre el número de jueces que concurren efectivamente a un determinado acuerdo. El asunto es, por tanto, más complejo de lo que parece; y con el transcurrir de nuestro estudio probó ser más complejo todavía, en parte por la anomia que caracterizó la materia durante mucho tiempo, en parte por la oscuridad de las pocas regulaciones y en parte porque existe una gran confusión cuando se usa la palabra "mayoría" con referencia a los votos que se emiten en la Corte Suprema.

a) Una historia imprescindible para entender el quórum en la Corte

1.- Reglas de quórum en la ley 27

Cuando la Corte Suprema se estableció en 1863, lo primero que hizo fue "preparar el Reglamento que por el art. 99 [hoy art. 113], Constitución Nacional se manda a esta Corte dictar para su régimen interior" (41). Lo realizó mediante la acordada 1, titulada "Reglamento para el orden interior de la Suprema Corte, y organización de sus oficinas" (42).

Hubiera podido pensarse, como ya insinuamos, que este Reglamento contendría normas concernientes al régimen de toma de decisiones de la Corte. Nada de eso se encuentra, sin embargo, a lo largo de sus veintiocho artículos. Seguramente se deba a que el año antes de que la Corte se estableciese, la ley 27 -sancionada en 1862- se había ocupado del asunto, en los términos que explicaremos a continuación. La competencia que, por lo visto, la Constitución reconocía y reconoce a la Corte en esta materia invita a especular acerca de la constitucionalidad de esta intervención del Congreso. En la práctica, la emergencia del problema requeriría ya sea la resistencia del tribunal a seguir la regla fijada por la ley 27 -algo que no ocurrió-, ya sea el dictado por parte de la Corte de una norma reglamentaria contraria, o al menos distinta, sobre el mismo asunto. Esto último recién sucedió muchos años más tarde, en 1948, por lo que abordaremos el problema en cuestión cuando examinemos el Reglamento sancionado ese año (43).

El art. 9 , ley 27 dispone:

"La Corte no podrá expedir sentencia ni auto alguno que no sea de simple sustanciación, sin la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros" (44).

Una primera pregunta que plantea la redacción de esta norma es: ¿estamos ante una regla de mayoría o ante una regla de quórum? Recordemos que, aunque a veces se confunden (45), el quórum y la mayoría para decidir son cosas distintas. Las reglas de quórum fijan el número de miembros necesarios para que un órgano colegiado pueda funcionar y adoptar decisiones (46); por definición, el quórum se calcula siempre sobre el total de los miembros que componen el órgano, nunca sobre los miembros presentes, pues este cálculo quitaría todo sentido al quórum. Las reglas de mayoría, en cambio, presuponen un órgano constituido de acuerdo con las reglas de quórum (47) y fijan el número de miembros necesarios para que ese órgano, que ya goza de quórum, pueda decidir válidamente una cuestión de su competencia.

El lenguaje del art. 9 , ley 27 nos parece suficientemente claro: la "asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros" dice referencia a su presencia física o participación en el acuerdo; sin ella la Corte "no podrá expedir sentencia", que es tanto como decir: sin la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros la Corte no tendrá quórum -el número de "asistentes" necesarios y suficientes- para resolver casos. Joaquín V. González, con toda su autoridad, también se inclina por esta interpretación -aunque no use la palabra "quórum"- cuando afirma, al comentar el art. 9 , ley 27, que los miembros de la Corte "no pueden expedir sentencia ni auto alguno que no sea de simple trámite, sin la concurrencia de la mayoría absoluta" (48).

2.- Los antecedentes del quórum en la Corte: la Judiciary Act de 1789

Acostumbrado a pensar en el quórum en el contexto del Congreso, alguien podría juzgar inaudito o acaso

excéntrico el establecimiento de una regla de quórum para un órgano tan pequeño como la Corte Suprema, lo cual llevaría a descartar de plano la interpretación que hemos propuesto. Pero el legislador de 1862 sabía lo que hacía. Por un lado tenía a la vista la Ley de Organización de la Justicia Federal de 1858 (49), sancionada por el Congreso de la Confederación en Paraná, cuyo art. 12, después de declarar que la Corte estaría compuesta de nueve jueces -tal como lo disponía la Constitución de 1853-, aclaraba que "[s]ólo con este número hará tribunal" (50). Se impedía así a la Corte sesionar con un número de jueces inferior al total, y mediante otra norma (51) se ordenaba llamar a "jueces suplentes" para suplir una eventual deficiencia en la integración, aunque fuera mínima.

Por otro lado, el autor de la ley 27 conocía la Ley de Organización del Poder Judicial Federal de los Estados Unidos (52), que establecía expresamente un quórum para la Corte Suprema, permitiéndole actuar con un número de jueces menor al total. Nos resulta claro, por tanto, que en lo referente al quórum el legislador argentino se inclinó por la variante norteamericana, dejando de lado el antecedente nacional inmediato de 1858.

Conviene detenernos un poco en la ley estadounidense para comprender mejor nuestro régimen, al advertir hasta qué punto se le acerca y dónde, en cambio, difiere. Éste es, dicho sea de paso, uno de los frutos saludables del Derecho Constitucional comparado, con el cual ocurre lo que cuando estudiamos una lengua extranjera: entendemos así mejor la nuestra, al contrastar semejanzas y diferencias.

La ley que, con sus sucesivas reformas, organiza el Poder Judicial Federal de los Estados Unidos desde 1789 es conocida como "Judiciary Act". En su redacción original esta norma dispone que la Corte Suprema tendrá seis miembros, "cuatro cualesquiera de los cuales constituirán quórum" (53). Nada dice esta ley, en cambio, sobre la mayoría para decidir; tampoco prevé la institución de los conjueces.

Con el correr del tiempo, reformas legislativas disminuyeron o ampliaron el tamaño de la Corte estadounidense, haciendo a veces referencia al tema del quórum, pero nunca al de la mayoría para decidir. La reforma de 1801 reitera indirectamente la aludida provisión de quórum aunque, al igual que nuestra ley 27, no usa esa palabra (54). Conviene notar que aquella ley es precursora de la técnica legislativa que, como vimos, usó el legislador argentino al sancionar en 2006 la ley 26183 -aunque, según nos parece, el Congreso estadounidense fue un poco más claro y sencillo en la manera de expresar la idea-. En efecto, la Judiciary Act de 1801 preveía que "a partir de la producción de una vacancia en la Corte, ésta consistirá, en lo sucesivo, solamente de cinco jueces" (55). No obstante, el tribunal conservó su tamaño de seis miembros, pues la norma fue derogada al año siguiente (56), antes de que se produjera vacante alguna (57).

Al crearse por ley en 1807 el Séptimo Circuito, se mandó nombrar un nuevo juez para que integrase la Corte Suprema, al tiempo que se aumentó de seis a siete el número de miembros (58). La norma nada dice sobre quórum, con lo cual sigue vigente el régimen de 1789 que lo fijaba en cuatro. Esto es interesante, pues nos permitirá en la sección siguiente trazar un paralelismo con nuestra Corte, que tanto en el régimen de la ley 27 como en el actual tiene un número impar de integrantes.

Al tiempo que el país crece (59), en 1837 se ordena nombrar dos jueces más, y la Corte pasa a tener nueve integrantes. Retorna aquí la referencia expresa al quórum, que a partir de ahora será de cinco (60). Cuando en 1863 se aumenta el número de miembros a diez -otra vez un número par-, el quórum se fija en seis jueces (61). Sin embargo, tres años más tarde el Congreso dispuso la reducción de diez a siete miembros, fijando el quórum en cuatro (como en 1789, y, por lo visto, en 1807) (62). Con esta finalidad se usó, al igual que en 1801, una técnica parecida a la que años más tarde emplearía el legislador argentino (63).

Finalmente, en 1869 el número de jueces quedó definido en nueve y el quórum en seis (64). Este régimen perduró, y sigue vigente en la actualidad (65).

Podemos resumir lo dicho hasta aquí con la siguiente tabla, que muestra la relación entre número legal de integrantes -en orden creciente, no cronológico- y quórum en la Judiciary Act y sus sucesivas reformas:

6 integrantes = quórum de 4 (período 1789-1807)

7 integrantes = quórum de 4 (periodos 1807-1837 y 1866-1869)

9 integrantes = quórum de 5 (periodo 1837-1863)

9 integrantes = quórum de 6 (periodo 1869-hasta la actualidad)

10 integrantes = quórum de 6 (periodo 1863-1866)

Comparemos ahora la regulación del quórum en la Judiciary Act y en la ley 27. Notamos, primero, la semejanza ya señalada que, nos parece, ha pasado inadvertida: al igual que la norma estadounidense, nuestra ley de organización judicial de 1862 fija un quórum para la Corte Suprema. No importa que la ley argentina no use la palabra quórum, pues, como ya indicamos, el lenguaje de su art. 9 es bastante claro. Por lo demás, hemos mostrado que, en algunas de sus versiones, la Judiciary Act también omite el vocablo pero, al igual que la ley 27, conserva el concepto.

Empiezan aquí las diferencias. La ley estadounidense brinda expresamente un número para indicar en cada caso el quórum. No así la ley argentina, que habla de "mayoría absoluta de sus miembros", término ajeno a la tradición estadounidense, que será analizado en la sección siguiente.

En segundo lugar, ya adelantamos que la Judiciary Act no regula el tema de la mayoría para decidir. El propio Tribunal Supremo ha reconocido que si bien "el Congreso ha prescripto un quórum de seis jueces para esta Corte...", no ha proveído cuántos de los jueces que conforman el quórum pueden actuar en representación de la Corte" (66). Sabemos que, en la práctica, las reglas sobre toma de decisiones en un tribunal colegiado se reducen a dos: unanimidad y mayoría. En Estados Unidos, al menos a nivel de la Corte Suprema, el derecho consuetudinario ha descartado la unanimidad (67), no debiendo confundirse ésta con la práctica según la cual los jueces que disiden de la mayoría no hacen pública su disidencia -práctica prevaleciente en la Corte Suprema estadounidense durante el período del chief Justice John Marshall (68)-. Si se mira con cuidado, es fácil darse cuenta de que, en ese supuesto de aparente unanimidad, la regla sigue siendo la de mayoría.

Aunque al parecer ningún precepto escrito lo dispone así (69), la Corte toma sus decisiones por mayoría en virtud de una norma implícita cuya existencia parece incuestionable. El propio tribunal alguna vez ha indicado que esta regla mayoritaria proviene de viejas costumbres arraigadas en el common law:

"La regla de common law casi universalmente aceptada es... que, en ausencia de una provisión legislativa en sentido contrario, la mayoría de un quórum constituido de la mayoría simple de un órgano colegiado tiene el poder de actuar en representación del órgano" (70).

De la oscura expresión "mayoría de un quórum constituido de la mayoría simple de un órgano colegiado" ("a majority of a quorum constituted of a simple majority of a collective body") surge que el common law dispone tres cosas: primero, en orden lógico, que el propio quórum es regido por una regla de mayoría: ausente una disposición en sentido contrario, una mayoría simple de los miembros de la Corte constituye quórum. Segundo, que la regla de la mayoría es el principio general que rige la toma de decisiones en los órganos colegiados, incluida la Corte Suprema de los Estados Unidos. Tercero, que esta mayoría para decidir se calcula sobre el quórum, y no sobre el número total de los jueces que, según la ley, integran el tribunal (71).

Tanto la práctica legislativa como la jurisprudencial confirman la vigencia de la aludida norma del common law en lo concerniente a la Corte Suprema. Por un lado, las sucesivas regulaciones del quórum en la Judiciary Act examinadas en las páginas precedentes evidencian un respeto por el principio general de que una mayoría simple basta para constituir quórum, con la salvedad de que en el período que va de 1869 hasta la actualidad se exigió -y se exige- un quórum de seis sobre un total de nueve miembros, siendo que la "mayoría simple" sería cinco (72). Nótese, sin embargo, que en el período 1837-1863 la Corte también tenía nueve integrantes, pero el quórum era de cinco jueces.

Por otra parte, el modo en que la Corte decide los casos confirma las otras dos derivaciones que hemos extraído de la norma del common law (73). Así, si en la decisión de un caso intervienen los nueve jueces, como

es habitual, cinco constituyen mayoría (74). Si por alguna razón uno no participa, la mayoría sobre un total de ocho sigue siendo igualmente cinco. En cambio, si intervienen siete o seis, la mayoría será en ambos supuestos cuatro (75). Así lo confirman varios casos en los que participaron solamente siete o seis jueces, resueltos, respectivamente, por cuatro votos contra tres (4-3) (76) y cuatro votos contra dos (4-2) (77).

Como veremos al tratar las reglas de mayoría para decidir y la institución de los conjuces en la ley 27, como así también en sus sucesivas reformas, el legislador argentino se apartó crucialmente del derecho estadounidense en este punto. En nuestro país las implicancias prácticas de este apartamiento son de importancia suma, pues, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, diversas circunstancias -incluido el manoseo de la Corte Suprema por los poderes políticos- han dejado al tribunal desintegrado o, más propiamente, subintegrado durante meses, e incluso por más de un año. Por citar el ejemplo más reciente, entre septiembre de 2005 y diciembre de 2006 la Corte funcionó con siete miembros, a pesar de que por ley debía estar integrada por nueve. Dado que a raíz de la señalada divergencia de política legislativa en nuestro país la mayoría no se computa sobre los miembros presentes que constituyen quórum -a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos-, el tribunal siguió decidiendo todos los casos por mayoría de cinco, con los evidentes inconvenientes prácticos que ello suscita. Volveremos sobre este tema en la parte b.1 de esta secc. IV.

Finalmente, recordemos que en algunos períodos históricos la Judiciary Act determinó que la Corte Suprema tendría un número par de jueces. Por otra parte, sabemos que hubo varias etapas en las que también el quórum venía dado por otro número par, incluido el período que va desde 1869 hasta la actualidad, en el cual seis jueces constituyen quórum. ¿Cómo resuelve la ley estadounidense las situaciones de empate que previsiblemente pueden darse en virtud de lo expuesto? En ausencia de un precepto escrito, encontramos una vez más una norma consuetudinaria, según la cual en caso de empate queda firme la sentencia de la instancia inferior (78). Salta a la vista que el derecho argentino no ha seguido esta solución. Como veremos, la institución de los conjuces -notablemente ausente en la Judiciary Act- tiene, entre otras finalidades, evitar empates en la Corte argentina.

3.- Quórum y mayoría absoluta

Ya dijimos que el art. 9, ley 27 define el quórum usando -sin definirla- una expresión ausente en la Judiciary Act: "mayoría absoluta". Ésta tiene un pedigree antiguo en el ordenamiento jurídico argentino y, en particular, en el ordenamiento constitucional. Para referirse a este concepto los primeros experimentos constitucionales usan términos como "mayoría de un voto sobre la mitad" (79), "mayoría de un voto al menos sobre la mitad de sufragios" (80) o "mayoría de uno sobre la mitad de los presentes" (81). Siempre en el contexto de la regulación del Poder Legislativo, la Constitución de 1853 usa una vez la expresión "mayoría de uno sobre la mitad de los presentes" (82), pero prefiere en general el término "mayoría absoluta". Así, emplea estas palabras al regular el quórum para sesionar de las Cámaras del Congreso, y también a efectos de precisar la mayoría para decidir en un caso especial de formación y sanción de las leyes (83). El reformador de 1994 retuvo en esos casos el término "mayoría absoluta" y lo utilizó, además, en muchas otras ocasiones (84).

Con relación al quórum, entendemos que no hay diferencia alguna entre los conceptos de "mayoría" y "mayoría absoluta", por lo que el calificativo "absoluta" es superfluo e irrelevante cuando acompaña al término "mayoría" en este contexto. Un indicio preliminar a favor de esta posición es la comparación entre el art. 64, CN. y su equivalente estadounidense, el art. I, secc. 5, párr. 1º de la Constitución respectiva. Mientras que el primero, al referirse a las Cámaras del Congreso, establece que "[n]inguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros", el segundo dispone que "una mayoría de cada Cámara constituirá quórum para sesionar". A pesar de que las palabras difieren ligeramente, la proposición normativa no puede ser sino la misma, como veremos a continuación.

En efecto, el calificativo de "absoluta" sólo aporta algo al sustantivo "mayoría" cuando un cuerpo colegiado está llamado a decidir una cuestión que admite más de dos soluciones. Si, por ejemplo, un cuerpo legislativo integrado por 100 miembros debe elegir entre tres maneras de solucionar un determinado problema de coordinación, puede ocurrir que 40 voten la alternativa A, 35 la alternativa B y 25 la alternativa C. En este caso

la mayoría votó A, pues A obtuvo el mayor número de votos conformes en la votación (85). La Real Academia Española llama a este tipo de mayoría "mayoría relativa", definiéndola como la "formada por el mayor número de votos, no con relación al total de éstos, sino al número que obtiene cada una de las personas o cuestiones que se votan a la vez" (86). El calificativo "relativa" permite contrastarla con la mayoría "absoluta", a la que define como "la que consta de más de la mitad de los votos" (87). Volviendo a nuestro ejemplo, si el cuerpo legislativo aludido tuviera una exigencia de decidir por mayoría absoluta, no habría adoptado una decisión válida en el caso planteado, pues sobre 100 miembros se requerirían al menos 51 votos.

En suma, la mayoría absoluta se diferencia de la relativa -o, como la llama Sagüés, "mayoría simple"- "en que aquélla requiere más de la mitad de los votos emitidos para elegir una autoridad o aprobar una resolución, mientras que en la mayoría simple basta triunfar de modo relativo sobre los restantes candidatos o mociones" (88). Este contraste, plenamente inteligible cuando se trata de reglas de "mayoría para decidir", carece de sentido en el contexto del quórum, en el que se trata sólo de fijar, sobre el total de miembros de un órgano colegiado, el número necesario para que el órgano pueda funcionar. En este caso exigir la asistencia de la mayoría de los miembros o de "la mayoría absoluta" -como hace el art. 9, ley 27- llevará al mismo resultado.

Pareciera, sin embargo, que este "mismo resultado" puede ser distinto, en algunos casos, según que por "mayoría absoluta" se entienda "la mitad más uno" o "más de la mitad". Veamos.

El caso más fácil es cuando la Corte -o cualquier otro órgano colegiado- tiene un número par de integrantes (89). En el ejemplo de una Corte de 6 miembros la exigencia de un quórum de mayoría absoluta (o mayoría simple, da igual) implica 4. La mitad de 6 es 3, y, respecto de 3, 4 es tanto la mitad más uno como más de la mitad.

El caso aparentemente más difícil se da cuando el número a dividir -o sea, el número de integrantes del tribunal- es impar, como ocurre con la Corte de 5 miembros prevista por la ley 27 : la mitad es 2,5 así que la mitad más uno sería 3,5.

En contra de esta interpretación de la frase "mayoría absoluta", Germán Bidart Campos sostuvo una posición que pasó a ser de cita obligada:

"Mayoría absoluta no es, como vulgarmente se sostiene, la 'mitad más uno', sino 'más de la mitad' de los miembros, que es cosa distinta, porque si -por ej.- suponemos [5 jueces], más de la mitad son [3], mientras que la mitad más uno son [4]" (90).

Del argumento del maestro Bidart Campos rescatamos que el problema interpretativo suscitado se disuelve si se entiende por "mayoría absoluta" más de la mitad. Sin llegar a ser la mitad más uno, 3 es más de la mitad de 5. Así las cosas, nos parece claro que debe preferirse esta interpretación, pues evita el absurdo al cual conduce la imposibilidad física que conllevaría la lectura alternativa en los "casos impares": no existen "3,5 jueces" (que serían, estrictamente hablando, la mitad más uno) (91).

No obstante, Bidart Campos rechaza la interpretación alternativa -la que sostiene que "mayoría absoluta" es la mitad más uno- por una razón distinta de la nuestra, que supone, a nuestro juicio, una asunción arbitraria. En efecto, para Bidart Campos la imposibilidad física que plantean los "casos impares" se resuelve redondeando para arriba. Entonces, siguiendo con el ejemplo de la ley 27, la mitad más uno sería 4, mientras que más de la mitad sería 3. Pero si de redondear se trata, no nos resulta nada claro por qué debe redondearse 3,5 hacia arriba y no hacia abajo: sobre un total de 5, 3 está tan cerca de 3,5 como 4.

Nótese, de paso, que si bien nuestra posición torna abstracto el problema en torno del redondeo cuando de lo que se trata es de interpretar la expresión "mayoría absoluta" -sea en la ley 27 o en los muchos usos que la Constitución hace de dicho término, sin definirlo-, la dificultad en sí misma subsiste cuando en lugar de la mentada expresión el legislador o el constituyente exigen expresamente "la mitad más uno" de los votos (92). En estos supuestos renace el problema de si en los "casos impares" (93) se debe redondear hacia arriba o hacia abajo, y se evidencia al mismo tiempo la arbitrariedad implícita en la conclusión de Bidart Campos de redondear

hacia arriba, que puede tener consecuencias cruciales, ya que la diferencia de un voto puede significar en la práctica que una ley se apruebe o no.

El desarrollo precedente nos permite, ahora sí, dar pleno sentido al art. 9 , ley 27: cuando la norma exige la asistencia de la "mayoría absoluta" de los miembros de la Corte para la expedición válida de cualquier tipo de sentencia, requiere la firma de (al menos) 3 jueces sobre el total de 5. La interpretación alternativa -que llevaría a exigir la presencia de 4 ministros- debe descartarse, por las razones que hemos dado.

Finalmente, es interesante hacer notar, en refuerzo de nuestra conclusión, que la versión vigente de la Judiciary Act al tiempo de sancionarse la ley 27 fijaba un quórum de 4 para una Corte con el número impar de 7: nuevamente, 4 no es la mitad más uno respecto de 7, pero sí es más de la mitad (94).

4.- La legislación temprana y la práctica interpretativa de la Corte confirman la lectura en clave de quórum

La legislación inmediatamente posterior a la ley 27 confirma también nuestra interpretación del art. 9. Para empezar, la ley 48 de Jurisdicción de los Tribunales Nacionales se autodefine "como adicional y correctiva de la ley 27 " (95). No obstante, el articulado de la ley 48 nada dispone, siquiera implícitamente, sobre el quórum en la Corte, por lo que el art. 9 , ley 27 mantiene su vigencia.

Por otra parte, la ley 50 de Procedimiento ante los Tribunales Nacionales tiene una importancia capital en refuerzo de nuestra conclusión. Al regular la recusación de los miembros de la Corte Suprema el art. 22 establece:

"Toda vez que a consecuencia de la recusación queden separados dos de los miembros de la Corte, los tres restantes conocerán del pleito, pero si se inhabilitase mayor número se nombrarán abogados que integren el de tres, no debiendo completarse el de cinco sino cuando los interesados lo pidan a su costa" (96).

Esta norma, que permite a la Corte de cinco jueces sesionar con tres (97), debe ser entendida en armonía con la alusión que el art. 9 , ley 27 hace a la mayoría absoluta de los miembros: tres jueces, nos viene a confirmar y explicitar la ley 50 , son la mayoría absoluta referida en el art. 9 , Ley de Organización de la Justicia Nacional. Por tanto, si por recusación -o "impedimento", como agrega el art. 23 , ley 50 (98)- el tribunal pierde alguno de sus cinco miembros, ello no obsta a que pueda conocer en un pleito, pero con un límite: no puede fallar sin al menos tres jueces; o, en palabras de la ley 27 , debe asistir la mayoría absoluta. Y es para asegurarla que se establece el sistema de conjueces (99).

Llegamos luego de este derrotero un tanto tortuoso a la ansiada confirmación de la respuesta adelantada antes: cuando el art. 9 , ley 27 dispone que "[l]a Corte no podrá expedir sentencia ni auto alguno que no sea de simple sustanciación sin la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros", fija de tal manera un quórum de tres jueces sobre un total de cinco (100). El tribunal mismo así lo entendió durante la vigencia de la ley 27 , en lo que podríamos llamar una práctica interpretativa. Prueba de ello son las numerosas sentencias de esa época firmadas solamente por tres magistrados (101), y la afirmación tajante de la Corte, durante la vigencia de las leyes 27 y 50 (102):

"...como lo establece el art. 9 , ley federal 27, con el cual concuerda precisamente el art. 22 , ley 50, la Corte Suprema puede entender y resolver en los pleitos sometidos a su conocimiento, con la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros, y la actora pudo solicitar -pero no lo hizo- que el pleito fuera fallado por el tribunal íntegro" (103).

Más aún. Dado que -conviene adelantarlo ya, para animar al lector a no dejar caer las páginas de este trabajo- la norma de quórum de la ley 27 está todavía hoy contenida, de un modo disfrazado, en el art. 23 , decreto ley 1285/1958, vale la pena dejar constancia aquí de que la Corte Suprema se ha inclinado expresamente por esta interpretación, al afirmar que tres jueces constituyen mayoría absoluta en los términos de aquella provisión legal, entendiéndola así en clave de quórum. En una sentencia de 1955 se confirmó que tres magistrados configuraban "en abstracto" el requisito de la participación de "la mayoría absoluta de los jueces que componen el tribunal" (104), y se introdujo simultáneamente una interesantísima salvedad, dadas las

peculiaridades del caso (105): si bien una sentencia suscripta por tres ministros es, en general, válida, ello presupone "que todos los miembros del tribunal hayan sido debidamente citados al acuerdo, y que hayan estado en la posibilidad de participar del mismo y emitir su voto" (106). Visto que el ministro Casares no había participado del acuerdo, habiendo sido excluido (por razones políticas) de la convocatoria, la Corte declaró nula la sentencia respectiva.

De todo lo dicho surge que "tres" es el "número legal para fallar". Usamos comillas porque con esta expresión se designará al quórum a partir de la ley 4162 de Integración de Tribunales, sancionada en 1903:

"En los casos de recusación, impedimento, vacancia o licencia de alguno de los ministros de la Suprema Corte, se integrará ese tribunal, hasta completar el número legal para fallar, en el orden siguiente: ..." (107).

Esta norma presupone la determinación previa del "número legal para fallar", llevada a cabo por las leyes 27 y 50, como sabemos. Quórum y número legal para fallar quedan así indisolublemente unidos, y, como veremos, lo siguen estando en la actualidad.

b) Quórum y mayoría para decidir

1.- Reglas de mayoría en la ley 27

Hemos mostrado que el art. 9, ley 27, con su referencia a "la asistencia de la mayoría absoluta" de los miembros de la Corte Suprema, no impone una regla de mayoría para decidir sino de quórum. Ello deja irresuelto el problema de si en los casos decididos con el quórum mínimo de tres jueces puede darse un fallo dividido (2-1). Ya hemos visto que en Estados Unidos esto sería posible pues, de acuerdo con el common law, la mayoría se computa sobre el quórum, y es así que en una Corte de nueve jueces hay casos decididos 4-3 y 4-2. También adelantamos la especial relevancia de este problema en nuestro país habida cuenta de la reiterada subintegración del Tribunal Supremo. Por ejemplo, si la mayoría se contara sobre el quórum, en la Argentina de 2005-2006 -cuando la Corte, que debía tener por ley nueve integrantes, tenía en realidad siete- el tribunal podría haber resuelto casos con el voto mayoritario de cuatro jueces (vgr., 4-3), ya que el quórum habría estado satisfecho -5 jueces (y, a fortiori, 7) son "mayoría absoluta" sobre el total legal de 9-. Sin embargo, sabemos que el tribunal nunca lo hizo, contra las exhortaciones de ciertas ONG (108) y algunos pronunciamientos de la doctrina (109), a pesar de que esto significaba dejar sin solución casos de suma trascendencia, como los de la "pesificación", en los que no había cinco jueces que estuvieran de acuerdo (110).

Más generalmente, cabe preguntarse -al igual que lo hicimos con la Corte estadounidense- cuál es el régimen para la toma de decisiones de la Corte argentina en los casos normales en los que el tribunal cuenta con todos sus integrantes. Sabiendo que las alternativas son la unanimidad y la mayoría, pasemos a hurgar la respuesta en la propia ley fundacional de Organización de la Justicia Nacional.

¿Contiene la ley 27 alguna regla sobre mayoría para decidir? Si uno buscara una regulación del asunto a continuación de la determinación legal del quórum, como parecen indicarlo la lógica y el sentido común, llegaría rápidamente a la conclusión de que el texto legal guarda silencio sobre el punto -y, confesamos al lector, ésta fue nuestra primera y apresurada conclusión-; pues el art. 10 y los demás que siguen a continuación nada dicen sobre mayorías.

Repárese, sin embargo, en el art. 8, ley 27, que precede la norma sobre quórum:

"En caso de discordia, o bien de impedimento o de recusación o excusación justificadas, de uno o más miembros de la Corte Suprema, será integrada por abogados particulares, que ella nombrará y cuyo honorario será de cuenta del tesoro público" (111).

Entendemos que de esta manera la ley 27, apartándose de su antecedente estadounidense, ha querido evitar que en supuestos en los que existe el quórum mínimo de tres jueces, un caso pueda ser resuelto por el voto de dos de ellos. Para ello establece conjueces en caso de discordia de uno o más miembros de la Corte Suprema. De esta manera la ley de 1862 introduce, indirectamente, una regla de mayoría para decidir. Además, al admitir

expresamente la discordia (112) -sinónimo de "disidencia", palabra preferida últimamente en nuestro país-, la norma descarta la unanimidad.

Hay una interpretación alternativa: que el "caso de discordia" no se refiera a supuestos de quórum mínimo sino a casos en los que la Corte está integrada por sus cinco miembros, uno o dos de los cuales disienten de la mayoría. Así interpretada, la norma dispondría el llamado a conjuces para reemplazar a los magistrados disidentes, imponiendo efectivamente la unanimidad. Si bien la letra del art. 8 y su desconcertante ubicación antes de la norma de quórum del art. 9 permiten esta lectura, es del todo irrazonable: si el legislador hubiera querido ordenar algo tan excepcional como la unanimidad lo habría dicho con claridad. Nuevamente, la práctica interpretativa de la Corte ha ratificado el que consideramos el entendimiento adecuado del artículo en cuestión, pues desde los albores el tribunal admitió las disidencias o discordias (113).

Así las cosas, los arts. 8 y 9 leídos conjuntamente -y en el orden más razonable, que es el inverso al numérico (114)- establecen una regla de mayoría absoluta para decidir, que se calcula sobre el número total de integrantes del tribunal y no, como en Estados Unidos, sobre el número suficiente para que haya quórum. Por tanto, en la Corte de cinco miembros prevista por la ley 27 todo caso debe ser resuelto por el voto mayoritario de al menos tres jueces (115).

Pues que, como hemos de ver, la sustancia de esta regla se mantuvo (e incluso se acentuó) en la legislación posterior, estamos ya en condiciones de adelantar que en una Corte de nueve miembros -como la prevista por la ley 23774, vigente durante la referida situación anómala de 2005-2006, en que sólo contaba con siete- los casos debían ser decididos por el voto mayoritario de al menos cinco jueces: habría sido contrario a la ley, por tanto, que el tribunal hubiera resuelto casos por una mayoría de cuatro votos (vgr., 4-3). Aunque esta conclusión no importa abrir juicio acerca de la delicada cuestión de si, en virtud de las facultades reglamentarias que le otorga el art. 113, CN., la Corte Suprema no tiene acaso el poder constitucional de ir precisamente en contra de la ley. Más bien, la conclusión es condición de posibilidad de la pregunta misma, pues si la ley no dispusiera nada sobre el tema, no tendría sentido plantearse si el tribunal estaría actuando en contra de ella, y al decidir si resolver o no por el voto mayoritario de cuatro de sus jueces, la Corte simplemente habría llenado un vacío legal. Creemos haber demostrado que tal vacío legal no existía -ni existe, como veremos-.

Para concluir con el análisis de la ley 27, notemos que el art. 8 dispone una solución semejante a la del caso de discordia para el supuesto en que el "impedimento o la recusación o excusación justificadas" de uno o más jueces prevengan la satisfacción del quórum fijado por el art. 9: también en este supuesto se llamará a conjuces hasta asegurar que al menos tres jueces estén de acuerdo con la decisión. Se sigue indirectamente de esta provisión que si, mediando impedimento, recusación o excusación, se satisfacen, sin embargo, la doble exigencia de quórum y mayoría para decidir, no procede el llamado a conjuces (116). Sería el ejemplo en que dos jueces estuviesen impedidos, recusados o excusados pero los otros tres prestasen el quórum y coincidiesen en la resolución de la causa -ya que si esto último no ocurriera, entraríamos en el caso de discordia-. El ejemplo es legalmente inobjetable, ya que sabemos por el art. 9 que la Corte está autorizada a sesionar y dictar sentencia válida con la sola asistencia de tres jueces. La práctica interpretativa de la Corte de autorizar sentencias unánimes suscriptas solamente por tres magistrados, a la que ya hemos hecho referencia a propósito del quórum (117), ratifica también esta conclusión.

Finalmente, surge también implícitamente del conjunto normativo formado por los arts. 9 y 8, ley 27, como así también de la costumbre de la Corte Suprema, que cuando el "impedimento, recusación o excusación" provocan un empate -de 2-2 (118), o sus equivalentes con el correr de la historia-, procede también el llamado a conjuces. Ésta es, como sabemos, otra importante diferencia con el régimen de votación imperante en la Corte Suprema de los Estados Unidos, según el cual cuando hay empate queda firme la sentencia de la instancia anterior.

2.- El Reglamento para la Justicia Federal de 1948

El régimen de quórum y mayoría en la Corte Suprema se mantuvo sustancialmente intacto por casi 90 años,

a partir de su primera regulación legislativa en 1862. Recién en 1948 encontramos el siguiente eslabón significativo en esta materia, insertado en la cadena no mediante una ley sino por el propio tribunal, a través del ejercicio de su potestad reglamentaria.

A partir de la sanción de su primer reglamento interno en 1863, la Corte había dictado "numerosas acordadas reglamentarias cuyo conocimiento y aplicación no es fácil en la actualidad" (119). Así se expresaba el tribunal en 1948, alegando, entre otras razones, "la dificultad material de su consulta" (120). Pudimos comprobar personalmente este inconveniente cuando quisimos verificar si alguna acordada posterior a la primera había por caso tratado las cuestiones del quórum y la mayoría para decidir. El investigador está obligado a visitar la Biblioteca de la Corte Suprema y revisar una por una las acordadas en su versión manuscrita, ya que hasta hace pocos años solamente algunas pocas veían la luz del día en algún lugar variable y, por tanto, impredecible de la Colección de Fallos de la Corte Suprema (121).

Una búsqueda minuciosa permite concluir que entre los años 1863 y 1947 la Corte no aludió a las normas de quórum y mayoría de la ley 27 ni las reglamentó de modo alguno (122).

En 1948 el tribunal estimó necesario ordenar las normas más relevantes contenidas tanto en "las acordadas publicadas desde el tomo 1 hasta el 208 de la Colección de Fallos de la Corte Suprema" como en "aquellas existentes en los libros del tribunal y no publicadas en dicha colección" (123). Fruto de esta ordenación fue el llamado Reglamento para la Justicia Federal y Letrada de los Territorios Nacionales, cuyo cap. III incluye el siguiente artículo, titulado "Quórum", en la sección nominada "Corte Suprema":

"Art. 63. La Corte Suprema podrá decidir las causas con asistencia de la mayoría absoluta de sus ministros siempre que éstos concordaran en la solución del caso. Si hubiera discordia fallará con los ministros necesarios para obtener mayoría absoluta de opiniones" (124).

Nos parece que este precepto no hace otra cosa que clarificar el régimen de la ley 27, a la vez que lo interpreta en el mismo sentido que hemos propuesto en este trabajo. En efecto, el Reglamento de 1948 reitera el requisito de quórum del art. 9 de la ley de 1862: asistencia de la mayoría absoluta del total de jueces; es decir, tres sobre un total de cinco, como hemos demostrado. Con más lucidez que en la ley 27, se introduce aquí la aclaración de que este quórum será insuficiente si alguno de los tres jueces no concordara en la solución del caso. En este supuesto en que no hay "concordia" -llamado por el reglamento "discordia", al igual que lo hace la ley- se exige expresamente mayoría absoluta de opiniones, para lo cual se integrará el tribunal con alguno de los otros dos jueces o, si éstos estuvieran impedidos, procederá el llamado a conjueces. Esto último no lo dice el reglamento, pero se sigue de la lectura de su art. 63 a la luz del art. 8, ley 27.

O sea que bajo el título de "Quórum" se establece una regla de quórum propiamente dicho y una de mayoría para decidir, coincidentes ambas en exigir expresamente mayoría absoluta: asistencia de la mayoría absoluta de los jueces en un caso (quórum) y voto de la mayoría absoluta de los jueces en otro (mayoría para decidir). A esto último se refiere, según nuestro criterio, la palabra "opiniones" en la oración final del art. 63. Conviene retener todo esto ya que, como veremos, tiene gran importancia para evitar equívocos en la comprensión del futuro ordenamiento jurídico de esta materia. Por lo demás, esta interpretación armónica de la ley 27 y el Reglamento de 1948 responde adecuadamente a la manera en que la propia Corte, en la Exposición de Motivos de aquél, entiende sus propias acordadas, a las que asigna como principio general un "carácter complementario de la legislación vigente" (125). Quedan así a salvo las ya señaladas dificultades constitucionales que de otro modo podrían derivarse de la tensión entre las dos normas (126).

En otro orden de cosas, el art. 64, Reglamento de 1948 contiene una novedosa norma cuyo conocimiento también será de gran utilidad para entender los desarrollos normativos posteriores. Ubicada también en la secc. "Corte Suprema", se titula "Quórum para cuestiones de inconstitucionalidad" y dice:

"Art. 64. Para declarar por primera vez la inconstitucionalidad de leyes, decretos y demás normas nacionales o locales se requerirá la intervención de la totalidad de los ministros que formarán el tribunal en el momento de

dictar sentencia. En caso de impedimento legal prolongado de alguno de ellos la Corte Suprema podrá resolver con asistencia de la mayoría absoluta y concordante de los ministros" (127).

Este precepto introduce un supuesto de quórum agravado para declarar por primera vez la inconstitucionalidad de una norma, lo cual implica una excepción a lo dispuesto en el art. 9 , ley 27, pues se requiere en este caso la "intervención" -o sea, la "asistencia"- de todos los miembros del tribunal (128). No basta, por tanto, en este caso, con la asistencia de la mayoría absoluta. La excepción tiene a su vez una excepción para supuestos de impedimento legal o de hecho prolongado de alguno de los jueces. En este caso bastará con la asistencia de la mayoría absoluta de los ministros, descartándose implícitamente la procedencia de un llamamiento de conjuces (129). Sin embargo, acto seguido se introduce para este supuesto una regla de mayoría para decidir, exigiendo que la mayoría absoluta concuerde en la solución; es decir que la Corte podrá fallar sin la intervención de todos, vgr., con cuatro integrantes, pero (al menos) tres miembros del tribunal -nuevamente, no conjuces- deben estar de acuerdo con la declaración de inconstitucionalidad.

3.- La ley 13998 , de 1950, y el Reglamento de 1952

En el año 1950 se produjo la llamada "Organización de la Justicia Nacional", mediante la sanción de la ley 13998 , que, como sabemos, mantuvo el tamaño de la Corte Suprema legislado en 1862: cinco jueces.

El art. 23 , ley 13998 constituye un ostensible intento de dar rango legal a lo dispuesto por el art. 63, Reglamento para la Justicia Federal de 1948. Dice así:

"Las decisiones de la Corte suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso. Si hubiere desacuerdo se requerirán los votos necesarios para obtener mayoría absoluta de opiniones" (130).

Hay varias diferencias terminológicas menores que surgen del cotejo entre esta norma y el art. 63 del Reglamento (131). La más interesante es la nueva forma -más confusa- mediante la cual la ley de 1950 mantiene la regla de quórum del Reglamento, originada ésta a su vez, como sabemos, en la ley 27 . Ya no se requiere la "asistencia" sino el voto de la mayoría absoluta de los jueces que integran la Corte. Estamos, por tanto, frente a un precepto que es simultáneamente regla de quórum y de mayoría para decidir, pues la satisfacción de la exigencia de la mayoría absoluta del total de los votos presupone la asistencia de la mayoría absoluta de los jueces.

En el resto no hay grandes cambios: se reitera la posibilidad de discordia -ahora llamada "desacuerdo"-, como también el requisito de que en este caso haya una mayoría absoluta de votos ("opiniones") concordes. Ello se ve garantizado por la expresa provisión de la posibilidad de llamar a conjuces. A estos efectos, importa el art. 22 de la ley:

"Cuando por intermedio de sus miembros haya que integrar el tribunal, se hará por sorteo con los jueces que desempeñen la presidencia de las Cámaras Nacionales de Apelaciones, o con sus sustitutos legales, debiendo reunir el juez llamado a integrarla las condiciones exigidas para ser miembro de la Corte" (132).

Esta norma establece un sistema nuevo para la integración de la Corte mediante conjuces, distinto del que había previsto el art. 1 , ley 4162, el cual queda, entonces, derogado. Desaparece así -aunque sólo momentáneamente, como veremos- el uso de la expresión "número legal para fallar", contenido en la ley de 1903 (133). En su lugar se hace referencia a una hipótesis: "Cuando... haya que integrar el tribunal". En uno y otro caso las normas necesitan ser completadas por otra que responda cuándo se da la hipótesis o, en términos de la ley 4162 , cuándo no se cumple con el "número legal para fallar". Ya vimos que en el caso del régimen de la ley 13998 la respuesta la brinda su artículo siguiente, el art. 23 : hay que integrar el tribunal cuando falte la mayoría absoluta de sus jueces. Así lo interpretó la propia Corte durante la vigencia de esta ley, en una sentencia de 1955 a la que ya hemos hecho referencia, cuando confirmó que tres magistrados configuraban "en abstracto" el requisito de la participación de "la mayoría absoluta de los jueces que componen el tribunal" (134).

La ley 13998 dispone, como es rutinario, la derogación de "todas las disposiciones que se opongan a la

presente ley" (135). Este alcance incluye los arts. 8 y 9 , ley 27, y 63, Reglamento de 1948, con la salvedad de que el régimen de quórum y mayoría previsto en estas normas fue esencialmente preservado por la ley de 1950, por lo que la derogación de las normas no conlleva una real sustitución del sistema normativo original, pues - estrictamente hablando- éste no se opone "a la presente ley".

Dicho sea de paso, no es tarea fácil en nuestro país descubrir si una ley está vigente, salvo que haya sido expresamente derogada, cosa que no ocurre con la ley 27 ni con tantas otras leyes. Antes de llegar a la conclusión de que los arts. 8 y 9 , ley 27 habían sido derogados por la ley 13998 -dicho esto con el circunscripto alcance que venimos de explicar-, en la búsqueda de pistas hicimos el siguiente experimento, que no resistimos compartir con el lector. Como es sabido, el Ministerio de Economía y Producción de la Nación tiene desde hace algunos años un Centro de Documentación e Información, disponible en internet, llamado Infoleg (www.infoleg.gov.ar). Allí se publican los textos actualizados de todo tipo de normas, incluidas leyes. Si bien no es, ni tiene el objetivo de ser, una fuente oficial acerca de la vigencia de una ley, nos pareció un buen punto de partida ver qué se decía sobre la ley 27 . Aparece allí el "texto completo" de la norma y no, como en otros casos, el "texto actualizado". Ello nos movió a efectuar una consulta al organismo oficial para aclarar la situación. Se nos respondió con el envío de un documento adjunto conteniendo el texto de la ley 27 , y la indicación de que debajo de cada artículo figuraría si había sido modificado o derogado por una ley posterior. Para nuestro asombro, descubrimos que no figuraba nada debajo de ningún artículo. Frente a una nueva consulta se nos señaló que ello significaba que la ley estaba enteramente vigente... (136).

La respuesta recibida no es plausible, por razones en las que no podemos abundar aquí. Baste con señalar que de la sola lectura de la ley 27 surge con patencia que la mayor parte de lo dispuesto por su articulado para la organización del Poder Judicial Federal ha quedado desplazado normativamente en un momento u otro de la historia. También es ilustrativo constatar la absoluta contraposición de la respuesta de Infoleg con los Apéndices de los Códigos Procesales de conocidas editoriales jurídicas que al incluir la ley 27 , reproducen solamente sus primeros cinco artículos (137).

Volviendo a nuestro tema, en 1952 la Corte -integrada sustancialmente con los mismos jueces que habían acordado el Reglamento de 1948- consideró necesario adaptar este último a la ley 13998 , que había sido sancionada dos años antes (138). Ése fue el origen de la acordada del 17/12/1952 , que contiene un nuevo Reglamento para la Justicia Nacional, el cual rige, con modificaciones, hasta el momento en que escribimos estas líneas.

Al igual que el Reglamento de 1948, el de 1952 tiene una sección titulada "Corte Suprema" (139). Pero mientras que en el primero la sección comenzaba con las dos normas sobre quórum y mayoría examinadas oportunamente (140), el nuevo Reglamento carece en toda su extensión de precepto alguno sobre esta materia. En lo referente a la regla de quórum y mayoría que contenía el art. 63, Reglamento de 1948, el efecto del silencio del Reglamento de 1952 es nulo, pues aquélla había sido encapsulada, como vimos, en el art. 23 , ley 13998, que no fue afectada por la nueva disposición reglamentaria. Distinta es la situación del quórum agravado para casos de primera inconstitucionalidad, que había sido previsto por el art. 64 del primer Reglamento. Entendemos que, vista su finalidad, el Reglamento de 1952 sustituyó enteramente el de 1948, por lo que la norma del quórum agravado -al no haber sido retenida tampoco por la ley 13998 - perdió la efímera vigencia de la que había gozado.

4.- El decreto ley 1285/1958 y la nueva organización de la Justicia Nacional

Ocho años después de su sanción, la ley 13998 fue derogada por el decreto ley 1285/1958 , que estableció una nueva "Organización de la Justicia Nacional" (141), la cual rige, con modificaciones, al tiempo de elaborarse este trabajo. Las normas que nos interesan son los arts. 22 y 23 . El primero es una copia casi textual (142) del art. 1 , ley 4162:

"En los casos de recusación, excusación, vacancia o licencia de alguno de los miembros de la Corte Suprema, este tribunal se integrará, hasta el número legal para fallar, en el orden siguiente: ..." (143).

Se deroga, de este modo, el art. 22 , ley 13998, y se recupera, por tanto, el uso de la expresión "número legal para fallar", que implica una alusión clarísima al quórum. La norma no dice cuál es "el número legal para fallar", lo cual ha llevado a Garay a sostener, con cita del art. 22 del decreto ley, que "no existe norma que diga cuál es el número legal de la Corte para fallar" (144). Ya hemos mostrado, sin embargo, que desde 1862 en adelante el número legal para fallar -que no es ni más ni menos que el quórum- es la mayoría absoluta de los jueces que integran el tribunal (145). Más aún, el propio decreto ley 1285/1958 mantiene esta solución, pues su art. 23 reproduce palabra por palabra el art. 23 , ley 13998 (que, ya sabemos, a su vez, proviene del art. 63, Reglamento de 1948, y éste, del art. 9 , ley 27):

"Las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso. Si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener mayoría absoluta de opiniones" (146).

En suma, la llamada Ley Orgánica del Poder Judicial de la Nación, de 1958 , mantiene el régimen de quórum y mayoría para decidir de la ley 13998 , ratificando la continuidad del sistema iniciado en 1862 con la primera Ley de Organización de la Justicia Nacional . Así lo entendió la Corte Suprema en la causa "Iglesias" , al año siguiente del dictado del decreto ley, al reiterar algo que había sostenido durante la vigencia de la ley 13998 , en el ya analizado caso "Barrera" (147): "El tribunal está facultado por ley para dictar sentencia con el voto concordante de la mayoría absoluta de los jueces que lo integran" (148), es decir, tres (149).

Interesantemente, la Corte distinguió este nuevo caso del precedente "Barrera" , en el cual había mediado "exclusión arbitraria" (150) de un miembro de la Corte (151). En "Iglesias", en cambio, el pedido de nulidad de una sentencia firmada por tres magistrados fue rechazado, pues, de los otros dos, uno estaba "impedido para intervenir" (152) y el otro "en uso de licencia por razón de enfermedad" (153), lo cual tornaba el acuerdo en "totalmente regular y la cita del precedente recordado, por completo impertinente" (154).

5.- La ley 15271 y la posibilidad de división en salas

En 1960 se reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Nación con la finalidad, entre otras cosas, de facultar a la Corte Suprema a dividirse en salas. Para ello la ley 15271 modificó el art. 23 , decreto ley 1285/1958, que quedó redactado en los siguientes términos:

"Facúltase a la Corte Suprema de Justicia a dividirse en salas, de acuerdo con el reglamento que a tal efecto dicte. Hasta que el mismo no esté en vigencia, las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones. La Corte actuará en tribunal pleno en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad" (155).

Como puede verse, la norma conserva la determinación del "número legal para fallar" (156) que contenía el art. 23 original del decreto ley 1285/1958, reproducido casi textualmente por el art. 23 nuevo (157): la mayoría absoluta de los jueces que integran el tribunal constituye quórum. Pero esta norma viene ahora contenida en el mismo artículo que faculta a la Corte Suprema a dividirse en salas, y es como el jamón de un sándwich en el cual los trozos de pan que contienen al jamón tienen que ver solamente con la división en salas. Dado que el reglamento mediante el cual se ejercería la facultad nunca se dictó, la norma que estaba destinada a ser provisoria ("Hasta que...") pasó a ser definitiva.

De tal manera se mantuvo una total continuidad literal con el régimen de quórum y mayoría inaugurado legalmente en 1950 (y reglamentariamente en 1948), y una total continuidad conceptual con el régimen inaugurado en 1862 por la ley 27 . Así lo entendió la propia Corte a poco de sancionarse la ley 15271 , al rechazar pedidos de nulidad de sentencias unánimes firmadas por "la mayoría absoluta de los jueces" -es decir, no por todos-, sosteniendo que "el art. 23 , ley 15271... autoriza la decisión del recurso extraordinario con la mayoría absoluta de los jueces que integran la Corte Suprema" (158), y que ello coincide "con el régimen legal

y lo reiteradamente decidido con anterioridad -arts. 23 , decreto ley 1285/1958, y 22 , ley 50; Fallos 181:557 [sic] y otros-" (159). O sea: exactamente la misma doctrina que había sido afirmada bajo la vigencia del art. 23 , ley 13998 y del decreto ley 1285/1958 (160).

Al año siguiente, en 1961, se refrendaba esta doctrina -con las mismas palabras que acabamos de transcribir y cita de los precedentes correspondientes-, agregándose que "el agravio de la actora relacionado con la circunstancia de que la sentencia de fs. 139 no lleve la firma de todos los miembros del tribunal, importa desconocimiento de una firme y reiterada línea de jurisprudencia" (161).

Esta línea jurisprudencial de la Corte Suprema se mantuvo en años posteriores, y subsiste en la actualidad. Así lo demuestran varios casos en los que se volvió a plantear la nulidad de sentencias suyas "en razón de no haber sido firmada[s] por todos los jueces que integra[ban] el tribunal a la fecha de su dictado" (162). La categórica respuesta fue siempre ésta: "Es jurisprudencia constante que la actuación con la mayoría absoluta de los jueces de la Corte Suprema es pertinente en los términos del art. 23 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 15271 " (163).

Antes de cerrar esta sección, una referencia a la última proposición normativa introducida por el artículo transcrito de la ley de 1960. El lector familiarizado con el art. 64, Reglamento para la Justicia Federal de 1948 podría pensar que la exigencia de actuación del tribunal en pleno "en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad" (164) rige en todos los casos que traten sobre cuestiones de este tipo (165). Incluso, sin referirse al Reglamento de 1948, Garay llega a esta conclusión cuando afirma sin ambages que "[c]onforme el art. 23 , decreto ley 1285/1958, cuando la Corte es llamada a resolver sobre la constitucionalidad de una norma precisa actuar el tribunal en pleno" (166).

La desconcertante ubicación de esta parte de la norma dentro del nuevo art. 23 , separada de la referencia a la división en salas por varios renglones, invita a la lectura llevada a cabo por Garay. Sin embargo, nos parece claro, por el contexto, que la parte final del artículo sólo adquiere sentido en conexión con la primera. La idea subyacente es que la división en salas tiene un límite cuando se trata de cierto tipo de asuntos, a los que implícitamente se asigna más gravedad o importancia. El debate parlamentario que antecedió la ley 15271 ratifica este entendimiento (167). Y la propia Corte lo hizo suyo, apenas sancionada la norma, en un caso en que se solicitaba la nulidad de una sentencia en la que se había resuelto -negativamente- una "cuestión de inconstitucionalidad" (por usar la expresión de la ley 15271) con la sola firma de cuatro jueces, en fallo unánime (en un momento en que el tribunal estaba integrado por siete) (168). En su segunda intervención en la causa sostuvo, para rechazar la solicitud, que "la exigencia de tribunal plenario, allí prevista [en la ley 15271] rige para el supuesto, aún no ocurrido, de la división en salas de esta Corte" (169).

Este criterio se constituyó en un auténtico precedente, habiendo sido reiterado varias veces (170) -y confirmado recientemente, en 2007- en casos en que se planteaba la nulidad de sus sentencias "en razón de que no se ha cumplido con el procedimiento previo exigido por la normativa vigente, esto es, un acuerdo pleno que cuente con el voto de todos los integrantes de la Corte Suprema" (171). Frente a planteos de ese tipo, el tribunal sostuvo, acertadamente, que

"...la actuación con la mayoría absoluta de los jueces que integran esta Corte es pertinente en los términos del art. 23 , parte 2ª, decreto ley 1285/1958, texto según ley 15271 , pues la referencia al 'tribunal pleno' que se efectúa en la parte final de dicha norma se vincula con el hipotético supuesto de que el tribunal hubiese hecho uso de la facultad de dividirse en salas -lo que no ha ocurrido-, único caso en que aquella expresión tiene sentido" (172).

6.- La ley 23498 y el número legal para fallar

En 1987 el Congreso introdujo un nuevo sistema de designación de conjuces -el cual constituye el régimen vigente al momento de redactarse este trabajo-, para lo que sustituyó el art. 22 , decreto ley 1285/1958 por el siguiente texto nuevo:

"En los casos de recusación, excusación, vacancia o licencia de alguno de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, este tribunal se integrará, hasta el número legal para fallar, mediante sorteo entre los presidentes de las Cámaras Nacionales de Apelación en lo Federal de la Capital Federal y los de las Cámaras Federales con asiento en las provincias.

"Si el tribunal no pudiera integrarse mediante el procedimiento previsto en el párrafo anterior, se practicará un sorteo entre una lista de conjuces, hasta completar el número legal para fallar. Los conjuces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en número de diez, serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado..." (173).

Dos cosas nos interesan. En primer lugar, no solamente se retiene la expresión "número legal para fallar", sino que incluso se la usa dos veces, a falta de una. No hace falta abundar aquí sobre la continuidad terminológica y conceptual en materia de quórum y mayoría que esto supone una vez más. En segundo término, esta norma -al igual que sus versiones anteriores (174)- incluye entre los supuestos en que debe integrarse la Corte mediante conjuces (175) el de "vacancia de alguno de los miembros". Ello ratifica algo que ya hemos adelantado: cuando el Tribunal Supremo se encuentra subintegrado, la ley manda que llame a conjuces, sin que resulte una opción -desde el punto de vista legal- resolver casos por el voto de una mayoría calculada sobre el total de los miembros presentes que constituyen el quórum.

Dado que en la anteriormente referida situación anómala de 2005-2006 el art. 22 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 23498 , se encontraba vigente, la Corte actuó según la ley cuando se resistió a resolver casos por menos de la mayoría absoluta de los votos. Pero, llegó el momento de señalarlo, actuó contra la ley en la medida en que omitió proveer de manera diligente y oportuna su integración mediante conjuces, dilatando así ilegalmente la solución de numerosos casos (176). Puede no gustar la idea de que personas ajenas al tribunal -conjuces- tengan un voto acaso decisivo en causas cruciales (177). Mas ésta puede ser una razón para proponer la derogación o atenuación del sistema de conjuces, nunca para sabotearlo mientras la ley permanezca vigente.

V. LA LEY 26183, Y LO QUE DEJA VIGENTE

En parte con el objetivo de remediar la situación anómala referida al final del acápite anterior, a fines de 2006 se sancionó la ley 26183 , a la cual ya hemos hecho referencia al tratar en el pto. III el tamaño de la Corte Suprema. Volvemos ahora sobre ella, pues la norma regula no sólo la composición de la Corte sino también el tema de las mayorías.

La ley contiene siete proposiciones normativas, de las cuales dos son definitivas y cinco transitorias. La técnica legislativa elegida es bastante complicada; entre otras cosas, porque incluye una de las normas definitivas en un artículo titulado "Disposición transitoria" (178). Por ello nos pareció conveniente una explicación sistemática, que se aparta del orden seguido por el texto legal.

a) Las cláusulas transitorias

Empecemos por las normas transitorias contenidas en el art. 3 , ley 26183. La primera otorga transitoriamente estatus legal al actual número real de siete jueces. La segunda establece que mientras dure esta situación "las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro de sus miembros" (179). Ésta es la regla que rige en la actualidad la toma de decisiones en la Corte Suprema, por lo que vale la pena detenerse especialmente en ella y hacer las siguientes observaciones.

Primero, al igual que ocurría con el régimen inaugurado en 1950 mediante la ley 13998 (180) -y mantenido desde entonces (181)-, el nuevo precepto de la ley de 2006 establece simultáneamente una regla de quórum y de mayoría para decidir, pues la satisfacción de la exigencia de que las decisiones de la Corte se adopten "por el voto mayoritario de cuatro de sus miembros" presupone la asistencia de por lo menos cuatro jueces.

Segundo, a diferencia de todos los regímenes anteriores, esta cláusula transitoria de la ley 26183 fija el número concreto de jueces que constituyen quórum y mayoría: cuatro, para una Corte de siete (182). Como sabemos, todos los sistemas precedentes aludían a "la mayoría absoluta". De todas maneras, la diferente técnica

legislativa lleva al mismo resultado, pues cuatro es "la mayoría absoluta" de siete. En todo caso, rescatamos a favor del nuevo régimen transitorio el hecho de que despeja toda duda posible acerca de la interpretación de la expresión "mayoría absoluta".

Tercero, el nuevo régimen transitorio mantiene el criterio de que la mayoría no se computa sobre el quórum sino sobre el total de jueces que, según la ley, integran el tribunal. Si "las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro de sus miembros" (183), no cabe duda de que la Corte de siete jueces que tenemos hoy no podría resolver casos, vgr., por 3-2, cuando, por hipótesis, quedara desintegrada por "excusación, recusación o licencia" (184) de alguno de sus miembros. El precepto transitorio impone -y mantiene- el sistema de conjueces para estos casos (185).

Cuarto, el sistema hoy vigente de manera transitoria suspende -también de manera transitoria- la vigencia de parte del art. 23 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 15271 . Sin embargo, el contenido de esa parte de la norma (la referente a quórum y mayorías, o lo que hemos llamado "el jamón del sándwich" (nota)) ha quedado encapsulado, aunque sea con palabras distintas, en la nueva cláusula transitoria, por lo que podríamos decir, una vez más (187), que la suspensión del precepto no conlleva una real sustitución del sistema normativo original, pues -estrictamente hablando- éste no se opone a la nueva ley. Así lo ha entendido la propia Corte en casos en los que aplicó el art. 23 , decreto ley 1285/1958 encontrándose ya vigente el sistema de la ley 26183 . Frente a un planteo de nulidad de una de sus sentencias, fundado en que sólo habían intervenido cuatro de sus jueces (y no los siete), el tribunal rechazó el pedido porque:

"Además de que al tiempo de dictarse sentencia en el caso se encontraba vigente la ley 26183 , que redujo transitoriamente el número de jueces que integraban la Corte Suprema y dispuso que sus decisiones se adoptarían por el voto mayoritario de cuatro de sus miembros, el pronunciamiento ha sido dictado de conformidad con lo dispuesto en... [el art.] 23 , decreto ley 1285/1958, sin que se advierta que dicho procedimiento cause perjuicio a los derechos constitucionales invocados" (188).

A continuación la Corte reiteró una jurisprudencia acuñada a poco de la entrada en vigencia del art. 23 , decreto ley 1285/1958 (189), al afirmar que "la actuación con la mayoría absoluta de los jueces que integran esta Corte es pertinente en los términos del art. 23 , parte 2ª, decreto ley 1285/1958, texto según ley 15271 " (190). Y esto lo dijo, repetimos, a pesar de que ya se encontraba vigente la ley 26183 .

Quinto, y último, la otra parte del art. 23 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 15271 -la referente a la posibilidad de división en salas y a la exigencia de tribunal en pleno para ciertas materias, en caso de que la división se concretase-, no se ve afectada en nada por la cláusula transitoria de la ley 26183 .

Pasemos ahora a la tercera norma transitoria de la ley 26183 , que prevé una solución especial para el momento en que se produzca una "vacante definitiva" en la Corte actual de siete jueces, y el tribunal pase a estar integrado, en la realidad, por seis miembros. La cláusula transitoria 3ª prevé esta última situación y la blanquea, otorgando estatus legal al número de seis jueces. Queda desplazada así, excepcionalmente, la aplicación del art. 22 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 23498 , que dispone el llamado a conjueces para el caso de "vacancia", pues prevalecerá, por esta vez, la regla que se explica a continuación.

La cuarta norma transitoria también se refiere al escenario de seis jueces en el tribunal, y dispone que mientras dure "dicho período las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro de sus miembros". Este sistema, que debería regir en un futuro no muy lejano, mantiene para la Corte de seis jueces el mismo régimen de toma de decisiones previsto para la Corte de siete, por lo que vienen a cuento todas las observaciones formuladas respecto de este último.

La quinta y última norma transitoria regula la situación que se producirá cuando, después de una nueva vacante definitiva, la Corte tenga cinco jueces. Dado que la tercera cláusula aludida fijaba transitoriamente en seis el número de jueces, la quinta lo reduce a cinco (desplazándose, nuevamente, el llamado a conjueces previsto para la "vacancia" por el art. 22 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 23498). Podría cuestionarse la

transitoriedad de esta cláusula 5ª pues, como veremos a continuación, la ley 26183 dispone que cinco sea el número "definitivo" de miembros de la Corte. Pero lo transitorio de la cláusula 5ª, en realidad, es la reducción legal de seis a cinco, que viene a resolver una situación supuestamente excepcional. Compuesta ahora la Corte por cinco jueces, tanto en el sentido real como en el legal, entran a jugar las dos normas definitivas.

b) Las normas "definitivas"

La primera de estas cláusulas de la ley 26183 establece el nuevo "número legal definitivo" de jueces de la Corte, fijándolo en cinco (191). La segunda dispone que "[l]as decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros". Esta norma está incluida en el art. 3 , titulado "Disposición transitoria". Sin embargo, y aunque en ningún lado hay cosas definitivas, y mucho menos en nuestro querido país, lo cierto es que mientras dure la vigencia de la ley 26183 , la norma en cuestión será definitiva, por mucho que esté incluida en una disposición autodenominada "transitoria".

En otras palabras, una vez que la Corte que hoy tiene siete miembros pase a tener cinco -y siempre y cuando se respete, como es de anhelar, este número, convirtiéndolo realmente en el "número legal definitivo"-, ésta será la regla que gobierne la toma de decisiones del tribunal: "Las decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros".

Es decir: se vuelve a la referencia a "la mayoría absoluta", en lugar de un número concreto.

Gracias al desarrollo precedente sabemos, no obstante, que en la Corte de cinco miembros ese número será concretamente "tres".

Tres jueces, por tanto, constituirán quórum; y tres deberán concurrir para que exista mayoría para decidir, quedando excluidos, nuevamente, fallos 2-1.

El art. 3 , ley 26183 desplazará al art. 23 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 15271 . Pero, otra vez: como el régimen nuevo no se opone al anterior sino que lo reafirma, el precepto desplazado, toda su progenie y su tradición hermenéutica seguirán en pie y ayudarán a despejar cualquier tipo de duda que pueda suscitar la interpretación del régimen que sobrevendrá.

Si es que sobreviene, habría que agregar. Pues en este país nunca se sabe, y nadie está en condiciones de prometer o, mucho menos, asegurar que la norma "definitiva" de la ley 26183 alguna vez llegará siquiera a entrar en vigencia.

VI. LA ASIGNATURA PENDIENTE

Los trabajos que terminan con una serie de conclusiones prolijamente sistematizadas con letras o números provocan en el lector perezoso -o sin tiempo- la tentación de ahorrarse una larga lectura; en el lector ávido -y ahora fatigado, después del esfuerzo de haber leído más de 20.000 palabras-, la enumeración lineal de conclusiones en la última sección genera una ligera sensación de haber sido estafado; en el escritor responsable, el trillado punteo final suscita una mezcla de aburrimiento y resignación.

Si además de carecer de una lista de conclusiones un trabajo termina con una enunciación de asignaturas pendientes, el lector perezoso, o apurado, puede pensar que sus autores deben ser medio lelos si después de tantas páginas todavía tienen algo que estudiar o decir sobre un asunto que teóricamente debería estar ya agotado.

Pensamos que el objetivo principal fue cumplido, y la manzana de la discordia puede descansar en paz. No hay forma de fundar en el art. 23 , decreto ley 1285/1958, correctamente leído, la obligación de que los jueces de la Corte coincidan en los fundamentos para adoptar una decisión mayoritaria. Lo mismo cabe decir del "futuro" art. 3 , ley 26183, si es que ese futuro alguna vez arriba. Creemos haber demostrado que, más allá de las patentes falencias técnicas en la redacción de la norma, el art. 23 , sus antecesores y sus potenciales sucesores nada tienen que ver con aquel tema.

Pero el tema de si cabe exigir, por alguna otra razón, mayoría de fundamentos, y no sólo de resultado, es

importante; como lo es también explorar las virtualidades de la configuración de uno u otro tipo de mayoría a efectos de la teoría del precedente judicial; como también identificar los distintos tipos de votos que se dan en la Corte Suprema; como también resolver si el análisis ensayado en este artículo es aplicable, analógicamente, a otros tribunales colegiados en orden federal como las Cámaras Nacionales de Apelaciones... Asignaturas pendientes para un próximo trabajo.

NOTAS:

(*) Santiago Legarre es profesor de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina e investigador del CONICET. Julio C. Rivera (h) es profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina y de Derecho de la Información en la Facultad de Comunicación de la Universidad Austral. Un agradecimiento especial a Agustina Capponi. Gracias también a Carlos S. Maqueda, Ignacio Cofone, Mariana del Carril, Diego Dolabjian, Sebastián Elías, Martín Maschwitz, Margarita Muñoz L., Héctor Sabelli, Francisco J. Urbina, Gastón Vilela y a los miembros del Comité de Referato de este suplemento.

(1) Ya veremos que la norma contiene otras provisiones, pero la reproducida en el texto se sostiene por sí misma.

(2) Según Miguel Á. Sánchez Marincolo, el art. 23 citado exige la "coincidencia absoluta de opiniones", que no se ve satisfecha si se da sólo la "coincidencia de las decisiones finales en la parte resolutive del fallo plural" (Sánchez Marincolo, Miguel Á., "Las garantías re-firmadas en recientes fallos de la C. Nac. Cont. Adm. Fed. Su valorización constitucional", LL 2005-A-372/388). Miguel Á. Almeyra sostiene otro tanto, aunque con referencia al art. 26, decreto ley 1285/1958, que impone un régimen sustancialmente idéntico sobre mayorías para las Cámaras Nacionales de Apelaciones (Almeyra, Miguel Á., "Discordias y mayorías, o sobre los recaudos propios de las sentencias colegiadas", LL 2001-F-604/608). También, del mismo autor, "Sobre las sentencias colegiadas (en torno a un caso de evasión tributaria agravada)", LL 2004-A-207/208.

(3) Comentando la exigencia del art. 23, Alberto F. Garay anota: "Sin duda, las sentencias de los tribunales colegiados debieran poseer ciertas cualidades comunes. Yo no veo que se pueda imponer irracionalmente, por un ucase, el fundamento único... Sin duda que lo ideal es que exista coincidencia y no contradicción en todo. Pero si no se llega a ese acuerdo, la sentencia valdrá para resolver el caso, sólo ese caso. En cuanto a su valor como precedente, éste, sin duda, quedará fuertemente debilitado" (Garay, Alberto F., "El futuro de los decretos de necesidad y urgencia y las condiciones constitucionales de su validez", LL 2004-E-1281/1286, nota 17). Asimismo, Garay, Alberto F., "Pesificación de certificados de depósito y obligatoriedad vertical de los precedentes de la Corte Suprema", LL 2006-D-310/314.

(4) Héctor E. Sabelli afirma que "el art. 23, decreto ley 1285/1958 adopta el criterio de la 'mayoría absoluta' para considerar un pronunciamiento como sentencia válida", y agrega que "la misma norma establece que esta mayoría será válida en tanto y en cuanto los jueces que la integran 'concordaren' en la solución del caso. Vale decir que si los ministros del tribunal manifiestan su voluntad en votos separados y no hay entre éstos una unidad lógico-jurídica, no hay sentencia" (Sabelli, Héctor E., "El final de una etapa. Un panorama de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el año 2003", JA 2004-III-1369/1378).

(5) Así lo sostuvo, por ejemplo, la C. Fed. La Plata, sala 2ª: "Es obvio que la opinión común a la que se refiere el citado art. 23, decreto ley 1285/1958 es un conjunto conceptual argumentativo cuyo significado está en el campo del intelecto y no de la voluntad" (C. Fed. La Plata, sala 3ª, "G., I. G. y otra v. Poder Ejecutivo

Nacional s/acción de amparo" , sent. del 1/3/2007, del consid. III del voto concurrente del juez Schiffrin, JA 2007-II-220/227).

(6) Corte Sup., "Arancibia Clavel, Enrique L. y otros s/asociación ilícita", sent. del 24/8/2004, Fallos 327:3294 . Alfonso Santiago (h) y Héctor E. Sabelli consideran que la falta de coincidencia sustancial en los fundamentos de la sentencia en el caso "Arancibia Clavel" "le quita toda su fuerza como precedente para casos futuros. Vale decir, estas sentencias `defectuosas', en las que si bien la mayoría coincide en la parte resolutive no lo hace en los fundamentos, no tienen por sí mismas la fuerza necesaria para iniciar una línea jurisprudencial ni para ser citadas como un precedente autoritativo, dado que no surge de ellas una regla, un holding, aprobado por la mayoría de los miembros del tribunal" (Santiago, Alfonso [h] y Sabelli, Héctor E., "Tiempo, Constitución y ley penal", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, ps. 77/79). A su vez, María Angélica Gelli afirma: "Tal modo de dictar sentencias por parte de la Corte Suprema dificulta la formación de una doctrina consolidada sobre temas trascendentes, suscita dudas acerca de la extensión de las reglas elaboradas y el alcance de su posible aplicación en casos futuros y, desde luego, mantiene la incertidumbre acerca de qué doctrina y con cuáles efectos perdurará en el tiempo o será mudada. En ocasiones -lo que resulta más grave aún- puede poner en tela de juicio la existencia misma de la mayoría legal, exigida para sentenciar" (Gelli, María Angélica, "El alcance de la irretroactividad en materia penal y las fuentes del ordenamiento jurídico en el caso `Arancibia Clavel'" , LL 2004-F-906/907, nota 2).

(7) Corte Sup., "Bustos, Alberto R. v. Estado Nacional" , sent. del 26/10/2004, Fallos 327:4495. Sánchez Marincolo reputa que esta sentencia es formalmente inválida por incumplimiento del requisito impuesto por el art. 23 , decreto ley 1285/1958 (Sánchez Marincolo, Miguel Á., "Las garantías..." cit.). Sin ir tan lejos, Alberto B. Bianchi sostiene que, de acuerdo con el art. 23 , "nuestra Corte Suprema recién forma mayoría absoluta cuando cinco de sus jueces opinan en forma coincidente. No es éste exactamente el supuesto del fallo que comento, donde si bien se ha obtenido una mayoría absoluta de opiniones para decidir el caso `Bustos' en concreto, dicha mayoría no se ha obtenido todavía para decidir sobre la constitucionalidad de la pesificación en general" (Bianchi, Alberto B., "El caso `Bustos' y sus efectos por ahora", LL 2004-F-713).

(8) Corte Sup., "Massa, Juan Agustín v. Poder Ejecutivo Nacional" , sent. del 27/12/2006, Fallos 329:5913. Para descalificar el modo en que fue decidido "Massa", la sala 2ª de la C. Fed. La Plata se apoyó en una interpretación del tantas veces aludido art. 23 . Conf. el voto del juez Schiffrin en "G., I. G. y otra v. Poder Ejecutivo Nacional" cit.

(9) Martín D. Farrell los llama "tribunales colectivos" en "La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos", LL 2003-F-1161.

(10) En contra, Farrell: "...los grupos no son algo distinto de la suma de los individuos que lo [sic] integran"; la decisión colectiva es el "simple agregado de las decisiones individuales" (Farrell, "La argumentación..." cit., p. 1161; el destacado es propio). Nuestra posición, en cambio, presupone la existencia de grupos como entes parcial pero realmente distintos de los integrantes que los componen. Esto permite entender los actos de los grupos como parcial pero realmente distintos de los de sus integrantes, sin que ello necesariamente implique "comprometerse con ninguna actitud hegeliana" (como concede Farrell, sin perjuicio de su discrepancia). Más bien suscribimos lo que podría llamarse, con simplificación inevitable, un realismo moderado. Conf., vgr., Finnis, John, "Aquinas: Moral, Political and Legal Theory", Oxford University Press, Oxford, 1998, cap. II.2-4.

(11) Para referirse a este supuesto Farrell elige la expresión, gráfica, "normas exógenas" (Farrell, Martín D., "La argumentación..." cit., p. 1168).

(12) Farrell llama a esta alternativa, otra vez gráficamente, "solución endógena" (Farrell, Martín D., "La argumentación..." cit., p. 1168).

(13) Finnis, John, "Ley natural y derechos naturales", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 262.

(14) Sabelli considera que la sentencia ideal es la dictada por unanimidad, pero reconoce, con cita de Carnelutti, la dificultad habitual en obtener la unanimidad en los "órganos pluripersonales", que lleva a que la ley sustituya el principio de la unanimidad por el de la mayoría (Sabelli, Héctor E., "El final de una etapa..." cit., p. 1378).

(15) Véanse, por ejemplo, las que ofrece Farrell, con cita de Laplace ("...la bondad de las sentencias es tanto más probable cuanto más numerosos e ilustrados sean los jueces") y referencia al teorema de Condorcet (Farrell, Martín D., "La argumentación..." cit., p. 1167).

(16) En este sentido, Gargarella afirma que "la posibilidad de que las decisiones sean impuestas por la minoría es simplemente impensable" (Gargarella, Roberto, "Nueva mayoría en la Corte", diario La Nación, secc. Opinión, del 12/9/2006).

(17) En Estados Unidos la llamada "rule of four" parece una excepción al principio que descarta la regla de minoría, habiéndose sostenido, en efecto, que se trata de una regla "no mayoritaria" (conf. Revesz, Richard L. y Karlan, Pamela S., "Nonmajority Rules and the Supreme Court", 136, University of Pennsylvania Law Review, 1067, p. 1068 [1988]). En síntesis, la "rule of four" es una práctica consuetudinaria de la Corte Suprema estadounidense según la cual para la aceptación del certiorari bastan cuatro votos afirmativos sobre nueve -o sea, una minoría-. Sin embargo, la excepción es aparente, pues la aceptación del certiorari implica sólo la determinación de estudiar un determinado caso, mas no la decisión de la cuestión de fondo en él disputada, decisión sujeta a la regla de mayoría. Para una explicación vernácula del certiorari y del sentido de la "rule of four" véase Bianchi, Alberto B., "Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1994, ps. 169/209 y 262/264.

(18) Como explica Finnis, la regla de mayoría ordinariamente encuentra aceptación general como método para generar determinaciones autoritativas, porque "cualquier exigencia de unanimidad entre quienes ejercen la autoridad tiende a volver ineficiente la autoridad como sustituto de la unanimidad entre los miembros de la comunidad" (Finnis, John, "Ley natural y derechos naturales" cit., p. 280).

(19) Los proyectos y ensayos constitucionales llevados a cabo entre 1813 y 1853 también preveían una Corte Suprema para todo el país, asignándole distintos nombres, vgr., "Alta Corte de Justicia", "Tribunal Supremo de Justicia" (Baeza, Carlos R., "Exégesis de la Constitución argentina", t. 2, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2000, ps. 419/421; Vanossi, Jorge R., "La Corte Suprema. No es sólo cuestión de número", JA 2006-IV-1348/1349).

(20) Conf. arts. 116 y 117 , CN. Esta última norma dispone que la "jurisdicción por apelación" será ejercida por la Corte "según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso". Véase también el art. 127 .

(21) Art. 111 , CN.

(22) Para simplificar el argumento, y teniendo en cuenta que el problema es ajeno a la delimitación del concepto de mayoría en la Corte Suprema, reservaremos para las notas al pie las referencias normativas a los fiscales y al procurador general de la Nación, quienes en algunas épocas la integraron con voz pero sin voto. También dejaremos de lado en este trabajo las motivaciones políticas de las reformas legislativas que operaron cambios en el tribunal -a pesar de que pensamos que es imposible entender la historia de la Corte sin entender dichas motivaciones-.

(23) El profesor Baeza ha llevado a cabo un ordenado trabajo histórico y documental que facilita la comprensión de este tema (Baeza, Carlos R., "Exégesis..." cit., ps. 419/426).

(24) Art. XCII, Constitución de 1819: "Una Alta Corte de Justicia compuesta de siete Jueces y dos Fiscales ejercerá el Supremo Poder Judicial del Estado". Tomamos como fuente textual la voluminosa compilación de San Martino de Dromi, María Laura, "Documentos constitucionales argentinos", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 2329.

(25) Art. 111, Constitución de 1826: "Una corte de justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales, ejercerá el supremo poder judicial" (San Martino de Dromi, María Laura, "Documentos..." cit., p. 2426).

(26) Art. 91, Constitución de 1853: "El Poder Judicial de la conferación [sic] será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales..." (San Martino de Dromi, María Laura, "Documentos..." cit., p. 2549).

(27) Conf. Bianchi, Alberto B., "Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 200; Santiago (h), Alfonso, "Historia de la Corte Suprema argentina. Algunos lineamientos básicos y fuentes para su estudio", 2001, ED 194-966, ps. 970/971 y nota 21.

(28) La reforma de 1860 sustituyó el art. 91 , Constitución de 1853 por el siguiente, al que se le asignó en el texto constitucional modificado el número 94: "El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación". Después de la reforma constitucional de 1994 esta norma pasó a estar en el art. 108 .

(29) Se ha interpretado que del art. 108 , CN. se sigue que la fijación de la composición de la Corte es de competencia legal (Bidart Campos, Germán J., "Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino", t. II-B, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, nueva edición ampliada y actualizada a 2002-2004, p. 408; Sagüés, Néstor P., "Manual de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 396). En el mismo sentido, la entonces senadora Cristina Fernández de Kirchner, miembro informante del Proyecto de Ley 26183 , sostuvo durante el debate parlamentario que en 1860 prosperó el criterio "...de que no figurara en el texto constitucional un número cerrado y que, por lo tanto, fuera una ley posterior -la que reglamentara, por ejemplo, la organización de la justicia- la que determinara el número de integrantes de la Corte" ("Antecedentes Parlamentarios", t. A, Ed. La

Ley, Buenos Aires, 2007, p. 305).

(30) Art. 6 , ley 27: "La justicia nacional se ejercerá por medio de una Corte Suprema de Justicia, compuesta de cinco ministros y un procurador general". Salvo indicación distinta, los textos legales están tomados de "Anales de Legislación Argentina", Ed. La Ley, Buenos Aires. Esta práctica de llamar "ministros" a los integrantes de la Corte perdura hasta nuestros días (Sabelli, Héctor E., "Cómo trabaja la Corte", JA 2007-I-1163).

(31) Art. 21 , ley 13998: "La Corte Suprema de Justicia estará compuesta por cinco jueces y un procurador general".

(32) Art. 21 , decreto ley 1285/1958: "La Corte Suprema de Justicia estará compuesta por cinco jueces y un procurador general".

(33) El art. 1 , ley 15271 sustituyó el texto del art. 21 , decreto ley 1285/1958 por el siguiente: "La Corte Suprema de Justicia estará compuesta por siete jueces y un procurador general". Además, la ley 15271 facultó a la Corte a dividirse en salas, algo que nunca ocurrió.

(34) El art. 1 , ley 16895 sustituyó el texto entonces vigente del art. 21 , decreto ley 1285/1958 por el siguiente: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por cinco jueces y un procurador general".

(35) El art. 1 , ley 23774 sustituyó el texto entonces vigente del art. 21 , decreto ley 1285/1958 por el siguiente: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por nueve jueces. Ante ella actuarán el procurador general de la Nación y los procuradores fiscales".

(36) El art. 2 , ley 26183 sustituyó el texto entonces vigente del art. 21 , decreto ley 1285/1958 por el siguiente: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por cinco jueces. Ante ella actuarán el procurador general de la Nación y los procuradores fiscales".

(37) El art. 3 , ley 26183 establece en su parte pertinente: "Disposición transitoria. La reducción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuesta por el artículo anterior, operará del siguiente modo: desde la entrada en vigencia de la presente ley se reducirá transitoriamente a siete el número de jueces que la integran. A posteriori, en oportunidad de producirse una vacante definitiva se reducirá transitoriamente a seis el número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Producida una nueva vacante definitiva, se reducirá a cinco el número de jueces que la componen".

(38) El texto original de 1853 (art. 96), que se mantuvo intacto tras la reforma de 1860 (art. 99), se refería al dictado de un "reglamento interior y económico" (conf. San Martino de Dromi, María Laura, "Documentos..." cit., ps. 2525 y 2550, respectivamente).

(39) Bielsa, Rafael, "Lineamiento jurídico de la ley federal 48 y el recurso extraordinario con especial referencia a las leyes fiscales", "Anales de la Legislación Argentina", 1852-1880, Ed. La Ley, Buenos Aires,

1954, p. 366. Bielsa contrasta este reglamento funcional con los "reglamentos" a los que se refiere el art. 18 , ley 48 cuando establece que "[l]a Corte Suprema podrá establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal de que no sean repugnantes a las prescripciones de la Ley de Procedimientos".

(40) Las ONG firmantes de los documentos "Una Corte para la democracia" sostuvieron en una carta dirigida a la Corte Suprema con fecha 18/10/2006 que "la Corte podría reglamentar el mecanismo de toma de decisiones para supuestos como el analizado, disponiendo que cuando existan vacantes las sentencias deben resolverse con una mayoría de los miembros en funciones. Según creemos, el tribunal está facultado para hacerlo en este tipo de casos, dado que el art. 113 , CN. establece que la Corte Suprema tiene la atribución de dictar su `reglamento interior" (sic) (disponible en http://www.cels.org.ar/common/documentos/carta_foro_democracia_al%20poder_ejecutivo.pdf, visitado por última vez el 8/5/2008).

(41) Acordada 1 , fechada el 11/10/1863, Fallos 1:7-11, p. 7 (1863).

(42) Íd.

(43) Conf., infra, texto que acompaña a la nota 126.

(44) Art. 9 , ley 27.

(45) Ocasionalmente se usa la expresión "quórum" para designar tanto el quórum como la mayoría, aunque se retenga la importante distinción conceptual entre los dos, explicada en el texto. Este empleo laxo de la palabra se ve favorecido por el lenguaje coloquial convencionalmente aceptado (conf. "Diccionario de la lengua española", 22ª edición, s.v. "quórum", 2ª definición, www.rae.es, visitado por última vez el 6/3/2008). Veremos un ejemplo del uso ambivalente de la palabra "quórum" al analizar más adelante (IV.b.2) los arts. 63 y 64, Reglamento para la Justicia Federal de 1948.

(46) Bidart Campos, Germán J., "Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino", t. II-A, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, nueva edición ampliada y actualizada a 2002-2003, p. 535. Como explica allí Bidart Campos, la razón de ser del quórum es permitir que un órgano colegiado funcione "con número suficiente, pero inferior a la totalidad".

(47) Néstor P. Sagüés expresa esta idea afirmando gráficamente que "el quórum es condición de la mayoría para decidir" (Sagüés, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional", 3ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 1, p. 506; énfasis en el original).

(48) González, Joaquín V., "Manual de la Constitución argentina", 17ª edición, Ángel Estrada y Cía. Editores, Buenos Aires, sin fecha (1ª edición: 1897), ps. 597/598; el destacado es propio. Cuando este autor trata el quórum -usando ahora sí la palabra- en el contexto del Poder Legislativo, emplea el mismo término "conurrencia" (que en el texto transcrito supra hace referencia a los jueces de la Corte) para aludir a los legisladores (conf. González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina" cit., p. 380: "...no puede empezar a funcionar una Cámara... sin la conurrencia de la mitad más uno de la totalidad de sus miembros" (el destacado es propio).

(49) Acerca de la influencia en la ley 27 de la ley de Organización de la Justicia Federal de la Confederación -ley 182 , según la numeración anterior a 1860- véase Espil, Felipe A., "La Suprema Corte Federal y su jurisdicción extraordinaria", Imprenta de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1915, p. 23.

(50) Art. 12 , ley 182.

(51) Art. 43 , ley 182: "Cuando en alguna causa se hallen impedidos para conocer uno o más jueces de la Corte suprema, serán llamados por su orden, para reemplazarlos, el presidente y [los] vocales de la Corte de distrito de esta Capital, y, en el caso de que éstos estén impedidos, los abogados residentes en la Capital, por su orden de antigüedad".

(52) La ley 27 se originó en la Cámara de Senadores, cuya Comisión de Legislación acompañó el proyecto con el señalamiento de que en esta materia "sólo un modelo encontramos en la historia judicial de las Naciones, el de los Estados Unidos" (conf. Espil, Felipe A., "La Suprema Corte Federal..." cit., p. 32). Espil mismo anota que en la redacción de la ley de 1862 "se tuvo a la vista la ley americana de 24/9/1789" (Espil, Felipe A., "La Suprema Corte Federal..." cit., p. 31).

(53) Judiciary Act de 1789, secc. 1ª (1 Statutes at Large 73): "That the Supreme Court of the United States shall consist of a chief Justice and five associate justices, any four of whom shall be a quorum..." (el destacado es propio). Tomamos el texto de esta ley, y de las sucesivas reformas a las que iremos haciendo referencia, del sitio de internet "A Century of Law Making for a New Nation: U.S. Congressional Documents and Debates", que cuenta con reproducciones fotográficas de los documentos originales del Congreso (conf. <http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lawhome.html>, visitado por última vez el 31/3/2008).

(54) La secc. 1ª (2 Stat. 89) de la Judiciary Act de 1801 -también conocida como "Midnight Judges Act", a raíz de los famosos sucesos que dieron lugar al caso "Marbury v. Madison"- permite sesionar a la Corte Suprema "o a cuatro miembros de ella cualesquiera" ("...the said court shall be holden by the justices thereof, or any four of them"; el destacado es propio).

(55) Judiciary Act de 1801, secc. 3ª (2 Stat. 89): "That from and after the next vacancy that shall happen in the said court, it shall consist of five justices only...". Cabe aclarar que la ley omitió indicar el quórum para el nuevo tribunal de cinco miembros que infructuosamente intentó crear.

(56) Ley del 8/3/1802 (2 Stat. 132).

(57) Willoughby, Westel W., "The Constitutional Law of the United States", vol. II, Baker, Voorhis and Company, New York, 1929, p. 1255.

(58) Ley del 24/2/1807, secc. 5ª (2 Stat. 420-421).

(59) Amar explica que el crecimiento del tamaño de la Corte generalmente operó en función de la creación de nuevos circuitos judiciales, que respondía, a su vez, a la expansión de las fronteras estadounidenses en virtud

del ingreso de nuevos Estados a la Unión (Amar, Akhil Reed, "America's Constitution: A Biography", Random House, New York, 2005, p. 216).

(60) Ley del 3/3/1837, secc. 1ª (5 Stat. 176). Esta ley vuelve así a la técnica de la Judiciary Act de 1789, aunque aquí la palabra "quórum" va acompañada del verbo "constituir". Efectivamente, mientras que la Judiciary Act original decía "That the Supreme Court of the United States shall consist of a chief Justice and five associate justices, any four of whom shall be a quorum" (el destacado es propio), en la ley de 1837 se lee: "That the Supreme Court of the United States shall hereafter consist of a chief Justice, and eight associate judges, any five of whom shall constitute a quorum" (el destacado es propio).

(61) Ley del 3/3/1863, secc. 1ª (12 Stat. 794). Al igual que la ley de 1837 aludida en la nota precedente, esta norma utiliza la expresión "shall constitute a quorum".

(62) Ley del 23/7/1866 (14 Stat. 209). Se vuelve aquí a la frase "shall be a quorum".

(63) Conf. arts. 2 y 3 , ley 26183.

(64) Ley del 10/4/1869, secc. 1ª (16 Stat. 44). Retornamos aquí al verbo "shall constitute" para acompañar la palabra "quórum".

(65) United States Code (USC), tít. 28, parte I, cap. 1, § 1: Number of Justices; quorum: "The Supreme Court of the United States shall consist of a chief Justice of the United States and eight associate justices, any six of whom shall constitute a quorum". Las Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos, incluidas en un Apéndice al citado tít. 28 del USC, reiteran y reafirman la norma: "Six Members of the Court constitute a quorum", Rules of the Supreme Court of the United States, parte I, regla 4: Sessions and Quorum. Ambas provisiones se encuentran vigentes al 2/5/2008 (conf. <http://www.law.cornell.edu/uscode/>, visitado por última vez el 8/5/2008).

(66) "Federal Trade Comisión v. Flothill Products", 389 US 179, 184, nota 7 (1967). Hemos traducido "for the Court" como "en representación de la Corte", tomando la palabra "representación" en un sentido coloquial y amplio.

(67) Esto no quita, por supuesto, que de hecho pueda haber -y haya- algunas decisiones unánimes que, de derecho, son irreprochables, pues una sentencia unánime respeta a fortiori la regla de la mayoría.

(68) Amar, Akhil Reed, "America's Constitution..." cit., p. 214. Un recorrido por las sentencias de las primeras décadas de la historia de la Corte Suprema argentina muestra una práctica parecida. Como señala Garay, "[e]n los albores de nuestra organización nacional también puede constatarse que las disidencias o los votos concurrentes eran raros" (Garay, Alberto F., nota del traductor, en Monaghan, Henry P., "Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio", JA 2004-I-965 , nota u).

(69) Consultados por nuestro amigo Sebastián Elías, los bibliotecarios de la Universidad de Yale respondieron que no encontraron norma alguna que establezca expresamente la regla de la mayoría para las

decisiones de la Corte Suprema (conf. carta electrónica de Sebastián Elías del 5/4/2008).

(70) "Federal Trade Comisión v. Flothill Products", 389 US 179, 183 (1967). Aquí hemos usado nuevamente la expresión "en representación del órgano" en un sentido amplio para traducir "for the body". Cabe aclarar que el "órgano colegiado" en cuestión en este caso era una agencia administrativa con funciones cuasi-judiciales. Agradecemos a Alfredo Urteaga el habernos llamado la atención sobre esta circunstancia.

(71) "[L]a mayoría puede ser sobre un quórum, y no sobre el total de todos los jueces que integran el tribunal" ("American Jurisprudence", 2ª ed., Thomson West, 1962, vol. 20, § 159). "Un caso sólo puede ser decidido cuando se obtiene un voto mayoritario entre los jueces que participan (actualmente se requiere un quórum de seis para que la Corte pueda realizar su trabajo)" (Paddock, Lisa, "Facts about the Supreme Court of the United States", The H. W. Wilson Company, New York - Dublin, 1996, p. XV; el destacado es propio).

(72) Véase la aclaración que hacemos sobre esta salvedad infra, nota 94.

(73) Como se ha observado en uno de los libros más autorizados sobre la materia, el modo en que la Corte decide los casos -ilustrado a continuación en el texto principal- es "coherente con la regla del common law sobre el poder de los quórum", recordada por la Corte en "Federal Trade Comisión v. Flothill Products", citado en Gressman, Eugene, Geller, Kenneth S., Shapiro, Stephen M., Bishop, Timothy S. y Hartnett, Edward A., "Supreme Court Practice", 9ª edición, BNA Books, Arlington, 2007, ps. 5/6.

(74) Conf., por ejemplo, Edelman, Paul H. y Sherry, Suzanna, "All or Nothing: Explaining the Size of Supreme Court Majorities", 78 North Carolina Law Review 1225, p. 1225 (2000): "La Corte Suprema de los Estados Unidos tiene nueve jueces y se necesitan cinco para formar una mayoría". Con más precisión, se ha dicho que "se requiere un voto mayoritario para resolver un caso, lo cual significa cinco votos si todos los nueve jueces están participando" (Savage, David G., "Guide to the U.S. Supreme Court", 4ª edición, CQ Press, Washington DC, 2004, vol. II, p. 854; el destacado es propio).

(75) Como sabemos, las cuatro situaciones aludidas en el texto -distintos casos en los que intervienen nueve, ocho, siete o seis jueces- son legalmente posibles a la luz de la regla que exige un quórum de seis. En otro trabajo uno de nosotros ha profundizado este asunto, estudiando las vicisitudes de la antigua práctica de no decidir cuestiones constitucionales si no se satisface un quórum calificado -práctica sin base legal, promovida por el chief Justice Marshall y conocida como "Briscoe policy"- . Legarre, Santiago, "Quórum y mayoría en la ley 27 y en su antecedente estadounidense", Revista de Historia del Derecho, en prensa.

(76) Por ejemplo, "Feldman v. United States", 322 US 487 (1944); "United States v. South-Eastern Underwriters Association", 322 US 533 (1944); y "Fuentes v. Shevin", 407 US 67 (1972). Todos fueron resueltos por cuatro votos contra tres (4-3), dejándose constancia en cada uno de ellos de que dos jueces no intervinieron ni en la consideración ni en la decisión del caso.

(77) Un ejemplo (citado por Bianchi, "Jurisdicción y procedimientos..." cit., p. 56, nota 176) es "Du Pont v. United States", 353 US 586 (1957). Otro, un poco más reciente, es "Hickel v. Oil Shale Corp.", 400 US 48 (1970). Ambos fueron resueltos por cuatro votos contra dos (4-2), dejándose constancia en cada uno de ellos de que tres jueces no intervinieron ni en la consideración ni en la decisión del caso.

(78) Hartnett, Edward A., "Ties in the Supreme Court of the United States", 44 William and Mary Law Review 643, 2002, p. 645 y ss.; Bianchi, Alberto B., "Jurisdicción y procedimientos..." cit., ps. 56 y 264, con cita de ejemplos. Uno de nosotros se ha ocupado en otro estudio del problema de los empates en la Corte estadounidense y del modo en que el tema ha sido resuelto por el derecho argentino (Legarre, Santiago, "Quórum y mayoría en la ley 27 y en su antecedente estadounidense", Revista de Historia del Derecho, en prensa).

(79) Art. XXII, Constitución de 1819. San Martino de Dromi, "Documentos..." cit., p. 2322.

(80) Art. XLIX, Constitución de 1819. San Martino de Dromi, "Documentos..." cit., p. 2324.

(81) Art. 38, Constitución de 1826. San Martino de Dromi, "Documentos..." cit., p. 2419.

(82) Art. 66 , Constitución de 1853 (vigente todavía, con la misma numeración). Esta norma es muy similar al art. 38, Constitución de 1826, citado en la nota precedente.

(83) Véanse, respectivamente, los arts. 64 y 81 de la Constitución vigente, que, con numeración diversa de la actual -eran, respectivamente, los arts. 53 y 68 -, ya se encontraban en el texto original de 1853.

(84) Conf., por ejemplo, los actuales arts. 39 , 40 , 75 , incs. 2 y 3, 75 inc. 24, 79 y 114 .

(85) Conf. Real Academia Española, "Diccionario de la lengua española" cit., s.v. mayoría.

(86) Íd.

(87) *Ibid.*

(88) Sagüés, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional" cit., t. 1, p. 506.

(89) En este párrafo y en los subsiguientes usaremos números en vez de letras para intentar ganar en claridad.

(90) Bidart Campos, Germán J., "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino" cit., t. II-A, p. 536; énfasis en el original. En su propio ejemplo el profesor Bidart Campos usa un número impar de legisladores. Hemos respetado la esencia del ejemplo, adaptándolo a la situación que, con relación a los jueces de la Corte Suprema, plantea el art. 9 , ley 27.

(91) El Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, al interpretar la expresión "mayoría absoluta" -usada por el constituyente en el art. 64 de la Constitución al regular el quórum-, confirma nuestro entendimiento. En efecto, el art. 15 del Reglamento establece que "[p]ara formar quórum legal será necesaria la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros, entendiéndose como tal cuando los miembros

presentes superen a los miembros ausentes". En la práctica, esto es lo mismo que decir "más de la mitad", y no "la mitad más uno".

(92) Véase, por ejemplo, el art. 66 , CN., que usa una expresión similar ("...la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes").

(93) En los "casos pares" el problema se disuelve porque, como hemos explicado, "más de la mitad" resulta lo mismo que "la mitad más uno". Así ocurre actualmente, por ejemplo, con el Senado de la Nación, que tiene 72 miembros: sobre la mitad -36 senadores-, 37 es tanto "más de la mitad" como "la mitad más uno". Acaso por eso, el art. 16 del Reglamento de esta Cámara se limita a decir, sin más aclaración, bajo el título "Quórum": "La mayoría absoluta del número constitucional de senadores hace Cámara".

(94) En la misma línea, cuando en el período 1837-1863 la Corte tuvo 9 integrantes, el quórum era de 5. Aunque cabe reconocer que, como hemos recordado, en el período que se extiende desde 1869 hasta la actualidad, se fijó un quórum de 6 a pesar de que el tribunal tenía y tiene 9 miembros. Ello, sin embargo, no afecta la argumentación que hemos desarrollado en el texto, pues nada impide que el legislador se exceda, por así decirlo, y fije expresamente un quórum superior a una estricta mayoría.

(95) Art. 23 , ley 48: "La presente ley será considerada como adicional y correctiva de la del 16/10/1862". Esta última es, por supuesto, la ley 27 .

(96) Art. 22 , ley 50. El supuesto en que la "inhabilitación" de un "mayor número" de jueces impide el quórum es abordado también -bajo la denominación "impedimento, o recusación o excusación justificadas"- por el art. 8 , ley 27, que explicaremos en la sección siguiente.

(97) Sin embargo, si hay discordia entre los tres jueces entra a jugar el art. 8 , ley 27, analizado en la sección siguiente.

(98) Art. 23 , ley 50: "Toda vez que fuesen recusados o resultaren impedidos todos o la mayoría de los miembros de la Corte suprema, se integrará el tribunal insaculando a la suerte el número de conjuces que se necesite de una lista de veinticinco abogados que la misma Corte formará el 1 de enero de cada año". Nótese que esta norma habla de "mayoría de los miembros", aunque indudablemente se refiere a lo mismo que el art. 9 , ley 27 cuando dice "mayoría absoluta de sus miembros". Ello refuerza nuestra conclusión acerca de la equivalencia de los términos "mayoría" y "mayoría absoluta" en el contexto del quórum.

(99) El art. 1 , ley 935 de Suplección de Jueces Federales Impedidos o Recusados, sancionada en 1878, usa también los dos adjetivos empleados en el art. 23 , ley 50: "Los jueces federales de sección, legalmente impedidos o recusados, serán suplidos por abogados de la matrícula, designados como se establece en el artículo siguiente" (énfasis agregado).

(100) Siendo el quórum una exigencia de mínima, la Corte también está habilitada para sesionar con otro número inferior a la totalidad: cuatro. Pero, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, las reglas de mayoría para decidir que estudiaremos en la parte siguiente de este trabajo, suplementadas por la institución de los conjuces, impiden en nuestro país la hipótesis de empate (conf., infra, texto que acompaña la nota 118).

(101) Por citar algunas sentencias unánimes de aquellos tiempos suscriptas solamente por tres jueces: "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires v. don Juan Cotta", sent. del 13/11/1875, Fallos 17:40 (jueces Del Carril, Barros Pazos y Gorostiaga); "D. Domingo Coudant v. D. José Poulain y otros", sent. del 22/1/1891, Fallos 42:13 (jueces Victorica, De la Torre y Bazán); "Don Vicente Ruiz y otro v. Don Antonio Lanusse", sent. del 2/11/1895, Fallos 62:110 (jueces Bazán, Bunge y Torrent).

(102) Respecto de la vigencia de la ley 27 , véase infra texto que acompaña a las notas 135-136. En cuanto a la ley 50 , es importante señalar que estuvo vigente durante muchísimos años, ya que recién fue derogada en 1967 por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Conf. ley 17454 , texto original, art. 820. De hecho, en 1960 la Corte aplicó el art. 22 , ley 50, interpretándolo en el sentido que propiciamos. Conf. el caso "Bianchi, Alejandro v. Nación Argentina", sent. del 14/11/1960, Fallos 248:398 , infra, nota 159.

(103) "Viñedos y Bodegas Giol v. Provincia de Santa Fe", sent. del 26/12/1938, Fallos 182:557 , ps. 558/559. Esta sentencia desestimó un planteo de nulidad de una anterior decisión, en la misma causa, firmada sólo por tres jueces. Véase, infra, nota 115.

(104) "Barrera, Marcelo T. y Otero Torres, Carlos s/sumarios", sent. del 19/10/1955, Fallos 233:17 , p. 21. El requisito de "mayoría absoluta", a efectos del quórum, estaba contenido entonces en el art. 23 , ley 13998, abordado infra, IV.b.3.

(105) Se trataba de dos secretarios de un Juzgado Federal de Córdoba que habían sido suspendidos en sus cargos por haber exhibido "distintivos que los individualizaban como afiliados a congregaciones o asociaciones católicas", quebrando -según el criterio del juez que solicitó la sanción- "la solidaridad total que se debe al presidente de la Nación, Gral. Perón, y al sentido de la política de su gobierno". Por si fuera poco ("Cosas veredes, Sancho"), el juez agregó que la situación se había agravado desde el momento en que, habiéndole requerido a sus secretarios "que expresaran su solidaridad con la doctrina nacional y con la causa del 'justicialismo'", se negaron ("Barrera" cit., p. 19). En su primera intervención en la causa la Corte confirma vergonzosamente la sanción, mediante una resolución suscripta por tres de sus ministros, en un acuerdo al cual no se había citado al juez Casares. En su segunda intervención, explicada en el texto, el tribunal -con una nueva composición- anula la resolución anterior y reivindica la libertad religiosa.

(106) "Barrera" cit., p. 21.

(107) Art. 1 , ley 4162; el destacado es propio. El orden previsto a continuación -que desplaza el sancionado anteriormente por el art. 23 , ley 50 (supra, nota 98)- era el siguiente: "1) Con el procurador general; 2) Con los miembros de la Cámara Federal de Apelación de la Capital; y 3) Con los conjueces de la lista de veinticinco abogados, que reúnan las condiciones para ser miembros de la misma Corte y que ésta formará por insaculación en el mes de diciembre de cada año". Como veremos (IV.b.3 y 4, infra), este régimen perduró hasta la sanción de la ley 13998 , en 1950, y fue más tarde restaurado por el decreto ley 1285/1958 .

(108) Ya vimos que las ONG firmantes de los documentos "Una Corte para la democracia" sostuvieron en una carta dirigida a la Corte Suprema con fecha 18/10/2006 que "La Corte podría reglamentar el mecanismo de toma de decisiones para supuestos como el analizado, disponiendo que cuando existan vacantes las sentencias

deben resolverse con una mayoría de los miembros en funciones" (disponible en http://www.cels.org.ar/common/documentos/carta_foro_democracia_al%20poder_ejecutivo.pdf, visitado por última vez el 8/5/2008).

(109) Conf., por ejemplo, Gargarella, Roberto, "Nueva mayoría en la Corte" cit.: "¿Por qué la Corte, como máxima autoridad jurídica del país, no determina que mientras se mantenga la inacción del gobierno y cuente con sólo siete miembros, va a tomar sus decisiones con la mayoría que es propia del número de integrantes con que se la ha dejado? Para tomar esta decisión, la Corte no debe pedirle permiso a nadie. Es una decisión que le corresponde tomar a sí misma, y no existen buenas razones en contrario".

(110) Sobre esto véase el caso de la Corte "Fowler Newton, Enrique v. Poder Ejecutivo Nacional", sent. del 11/10/2005, Fallos 328:3634, infra, notas 176 y 177.

(111) Art. 8 , ley 27.

(112) Según la Real Academia, en un tribunal colegiado "discordia es la falta de mayoría para votar sentencia por división de pareceres, que obliga a repetir la vista o el fallo con mayor número de jueces" (Real Academia Española, "Diccionario de la lengua española" cit.).

(113) Por citar algunos ejemplos: "D. Lino de la Torre s/hábeas corpus", sent. del 21/8/1877, Fallos 19:231 (3-1, voto "en discordia" del juez Laspiur); "Sucesión de Tomasa Vélez Sarfield v. Consejo de Educación de la Provincia de Buenos Aires", sent. del 19/11/1881, Fallos 23:647 (3-2, votos "en disidencia" de los jueces Domínguez y Tejedor); "Contra D. Arturo Richard, el Dr. D. Víctor Molina y otro p/falsedad en los registros electorales", sent. del 9/2/1888, Fallos 33:17 (4-1, voto "en disidencia" del juez Frías); "Ferrocarril Central Argentino v. Don José Pacheco", sent. del 16/10/1894, Fallos 57:362 (3-1, voto "en disidencia" del juez Bazán).

(114) Joaquín V. González también entiende que las normas funcionan en conjunto, y las lee en el orden que nosotros favorecemos, es decir, primero el art. 9 y después el art. 8 (González, Joaquín V., "Manual de la Constitución argentina..." cit., ps. 597/598). Este tipo de orden analítico es también un gran acierto del trabajo de Miguel Á. Almeyra "Discordias y mayorías..." cit., p. 605, nota 5.

(115) En algunos casos la Corte se apartó de lo que consideramos la interpretación correcta del sistema entonces vigente, y adoptó decisiones "2-1". Conf., por ejemplo, "D. Vicente Calzetta v. Municipalidad de La Plata", sent. del 24/2/1891, Fallos 42:295; "Viñedos y Bodegas Giol v. Provincia de Santa Fe", sent. del 23/11/1938, Fallos 182:254. En una segunda intervención en este último caso (conf., supra, nota 103) el tribunal consideró que la alternativa de solicitar la integración plena del tribunal, no ejercida por el impugnante de nulidad, dejaba a salvo la validez de la sentencia. Como veremos en el remanente de este trabajo, el régimen actual descarta toda posibilidad de interpretar el ordenamiento en el sentido de permitir el cómputo de la mayoría para decidir sobre el quórum, con la finalidad de legitimar decisiones "2-1" (o sus análogas en Cortes más grandes, vgr., "4-3", en una Corte de 9). Por ello la rareza de las sentencias referidas es hoy una cuestión de interés histórico. Uno de nosotros ha profundizado en el tema en Legarre, Santiago, "Quórum y mayoría en la ley 27 y en su antecedente estadounidense", Revista de Historia del Derecho, en prensa.

(116) Ello surge también, como vimos, del art. 22 , ley 50: "Toda vez que a consecuencia de la recusación

queden separados dos de los miembros de la Corte, los tres restantes conocerán del pleito, pero si se inhabilitase mayor número se nombrarán abogados que integren el de tres, no debiendo completarse el de cinco sino cuando los interesados lo pidan a su costa".

(117) Conf. los casos enumerados supra en la nota 113.

(118) En la otra hipótesis de empate en una Corte de cinco jueces (1-1) no habría quórum, por lo que el llamado a conjuces tendría por finalidad no tanto desempatar cuanto más bien constituir el "número legal para fallar".

(119) De la Exposición de Motivos del Reglamento para la Justicia Federal y Letrada de los Territorios Nacionales, acordada del 3/3/1948, Fallos 210:197, p. 197.

(120) Íd.

(121) La totalidad de las acordadas, de la n. 1 en adelante, están volcadas con caligrafía a veces preciosa y otras tantas veces ilegible, en sendos tomos que se encuentran guardados bajo llave en una sección reservada de la Biblioteca de la Corte. Agradecemos a la directora de la Biblioteca, Mariana del Carril, la inestimable ayuda prestada.

(122) Las acordadas manuscritas fueron escaneadas hace unos años, y a esa versión puede accederse desde la intranet del tribunal, que cuenta con un programa que supuestamente permite buscar términos clave. Sin embargo, según experimentamos, el buscador no funciona bien, así que para realizar un juicio absoluto negativo del tipo "La Corte no reglamentó el quórum ni la mayoría entre 1863 y 1947", no queda más remedio que leer todas las acordadas. Agradecemos la indispensable colaboración de Carlos S. Maqueda en esta fatigosa tarea.

(123) De la Exposición de Motivos del Reglamento para la Justicia Federal de 1948, Fallos 210:197, p. 198.

(124) Art. 63, Reglamento para la Justicia Federal y Letrada de los Territorios Nacionales, Fallos 210:197, p. 219.

(125) Exposición de Motivos del Reglamento para la Justicia Federal, Fallos 210:197, p. 198.

(126) Conf. texto que acompaña a la nota 43, supra.

(127) Art. 64, Reglamento para la Justicia Federal, Fallos 210:197, p. 219.

(128) Aunque carecemos de la prueba histórica, no sería sorprendente que el tribunal se hubiera inspirado para la redacción de este artículo del Reglamento en la ya aludida "Briscoe policy", una antigua práctica de la Corte estadounidense, hoy desusada, de no decidir cuestiones constitucionales si no se satisface un quórum calificado. Sobre este tema, Legarre, Santiago, "Quórum y mayoría en la ley 27 ..." cit.

(129) Detrás del descarte de los conjuces en estos supuestos subyace seguramente el desiderátum de que los casos más importantes sean decididos por los propios miembros del tribunal. Es también por eso, suponemos, que no hay conjuces en la Corte estadounidense. Por contraste, la aceptación general de la institución de los conjuces en la Argentina sugiere que -al menos en el plano teórico- el referido desiderátum no ha tenido mayor cabida en nuestro Derecho. Véase, sin embargo, el fallo de la Corte argentina en "Fowler Newton, Enrique v. Poder Ejecutivo Nacional", sent. del 11/10/2005, Fallos 328:3634, infra, notas 176 y 177.

(130) Art. 23 , ley 13998.

(131) Por ejemplo, mientras que la norma reglamentaria tiene por sujeto a la Corte ("La Corte Suprema podrá decidir las causas con la asistencia de la mayoría absoluta de sus ministros..."), la norma legal está redactada en forma impersonal ("Las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran...").

(132) Art. 22 , ley 13998.

(133) Recordemos que el art. 1 , ley 4162 disponía: "En los casos de recusación, impedimento, vacancia o licencia de alguno de los ministros de la Suprema Corte, se integrará ese tribunal, hasta completar el número legal para fallar, en el orden siguiente: ..." (el destacado es propio).

(134) "Barrera, Marcelo T. y Otero Torres, Carlos s/sumarios", sent. del 19/10/1955, Fallos 233:17 , p. 21.

(135) Art. 85 , ley 13998.

(136) Correos electrónicos enviados por Infoleg el 29/3/2008, de los cuales conservamos copia.

(137) "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 253; "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Zavalia, Buenos Aires, 2006, p. 307.

(138) Conf. Exposición de Motivos del Reglamento para la Justicia Nacional , acordada del 17/12/1952, Fallos 224:575-625.

(139) En el Reglamento de 1952 la secc. "Corte Suprema" se encuentra dentro del cap. IV. En el de 1948, como vimos, estaba en el cap. III.

(140) Nos referimos a los arts. 63 y 64, Reglamento de 1948.

(141) El art. 67 , decreto ley 1285/1958 deroga expresamente la ley 13998 . Este decreto ley fue ratificado por la ley 14467, cuyo art. 1 declara que "Continúan en vigencia los decretos leyes dictados por el gobierno provisional entre el 23/9/1955 y el 30/4/1958, que no hayan sido derogados por el Congreso de la Nación". El decreto ley 1285/1958 fue dictado el 4/2/1958.

(142) La principal diferencia es que mientras que el nuevo régimen habla de "los casos de recusación, excusación, vacancia o licencia", el de la ley 4162 se refería con la misma finalidad a "los casos de recusación, impedimento, vacancia o licencia". El uso de la palabra "excusación" en el sistema del decreto ley, en lugar del término "impedimento", puede servir para interpretar esta última expresión, un tanto oscura, de la legislación anterior.

(143) Art. 22 , decreto ley 1285/1958. El orden previsto a continuación, sustancialmente idéntico al de la ley 4162 , es el siguiente: "1) Con el procurador general de la Nación; 2) Con los miembros titulares de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo; 3) Con los conjueces de la lista de veinticinco abogados que reúnan las condiciones para ser miembros de la misma Corte y que ésta formará por insaculación en el mes de diciembre de cada año".

(144) Garay, Alberto F., "Pesificación de certificados de depósito..." cit., p. 314.

(145) Conf. arts. 9 , ley 27, 22 , ley 50, 63, Reglamento para la Justicia Federal de 1948 y 23 , ley 13998.

(146) Art. 23 , decreto ley 1285/1958.

(147) "Barrera, Marcelo T. y Otero Torres, Carlos s/sumarios", sent. del 19/10/1955, Fallos 233:17 . Véanse, supra, notas 104 y 134.

(148) "Iglesias, Carmen González de v. Riccio, Felipe", sent. del 10/6/1959, Fallos 244:43 , p. 44, con cita del art. 23 , decreto ley 1285/1958.

(149) Firman la sentencia solamente los jueces Orgaz, Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte.

(150) "Iglesias" cit., p. 44.

(151) Hemos descripto la curiosa situación acaecida en "Barrera" supra, nota 105.

(152) El juez Boffi Boggero. Conf. "Iglesias" cit., p. 45.

(153) El juez Villegas Basavilbaso. Conf. "Iglesias" cit.

(154) "Iglesias" cit., p. 45.

(155) Art. 1 , ley 15271, que sustituye el anterior texto del art. 23 , decreto ley 1285/1958 por el reproducido aquí.

(156) El art. 22 , decreto ley 1285/1958, con su referencia al "número legal para fallar", se mantuvo intacto en la reforma de 1960.

(157) La única diferencia es que lo que en la versión original del art. 23 , decreto ley 1285/1958 eran dos oraciones ("Las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso. Si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener mayoría absoluta de opiniones"), en la versión modificada por la ley 15271 es una sola, con una división interna mediante punto y coma ("...las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones").

(158) "IMSA v. Compañía General Metalúrgica", sent. del 30/5/1960, Fallos 246:378 . Nótese que la Corte alude, por equivocación, al art. 23 , ley 15271. En realidad, lo que quiere decir es: "El art. 23 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 15271 ". De hecho, la ley 15271 tiene sólo tres artículos. Y su art. 1 , como vimos (nota 155, supra), manda sustituir el anterior art. 23 por un nuevo art. 23. El error fue reiterado en algunos casos posteriores en que se reafirmó esta doctrina (vgr., "Goldberg, Julio v. Orbe Films", sent. del 23/11/1960, Fallos 248:442) y más tarde corregido (vgr., "Frondizi, Arturo", sent. del 1/3/1963, Fallos 255:46 , p. 47).

(159) "Bianchi, Alejandro v. Nación Argentina", sent. del 14/11/1960, Fallos 248:398 , del consid. 4, con cita del precedente "IMSA" cit. Nótese la sostenida vigencia del art. 22 , ley 50. Como sabemos, recién fue derogado en 1967 por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Respecto del precedente de Fallos 182:557 (erróneamente citado por la Corte en "Bianchi" como Fallos 181:557) véase, supra, nota 103.

(160) Conf. los precedentes "Barrera" e "Iglesias" , comentados supra, notas 104 y 148, respectivamente.

(161) "Morano, Adolfo v. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo" ("Morano II"), sent. del 18/10/1961, Fallos 251:86 , del consid. 4 (el destacado es propio), con cita de "IMSA v. Compañía General Metalúrgica" y "Bianchi, Alejandro v. Nación Argentina" cit.; "Morano I" -"Morano, Adolfo v. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo", sent. del 29/9/1961, Fallos 250:844 - había sido firmado por cuatro jueces, en fallo unánime, siendo que la Corte estaba entonces integrada por siete.

(162) "Calcagno de Staiano, Manuela y Mayer, Francisco s/nulidad de instrumentos públicos" , sent. del 15/4/1975, Fallos 291:387, del consid. 1.

(163) "Calcagno de Staiano" cit., del consid. 7. Entre muchos otros casos en sentido análogo, sobresale "Bonorino Peró, Abel y otros v. Nación Argentina", sent. del 11/4/1988, Fallos 311:458 , consid. 1. Este fallo, dictado por conjueces, lleva la firma -y la autoridad- de Germán J. Bidart Campos. Conf. también, R.680.XXXV, recurso de hecho, "Rawson Paz, Oscar A. y otros v. Estado Nacional", del 9/4/2001, consid. 4. Esta sentencia no fue publicada en la Colección de Fallos, pero está disponible en la página web de la Corte Suprema (www.csjn.gov.ar).

(164) Art. 23 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 15271 .

(165) Recordemos que el art. 64, Reglamento para la Justicia Federal de 1948 establecía en lo pertinente: "Para declarar por primera vez la inconstitucionalidad de leyes, decretos y demás normas nacionales o locales se requerirá la intervención de la totalidad de los ministros que formaran el tribunal en el momento de dictar

sentencia".

(166) Garay, Alberto F., "El futuro de los decretos..." cit., p. 1285. Garay reitera esta postura en "Pesificación de certificados de depósito..." cit., p. 314.

(167) Así, por ejemplo, el diputado Vecchiotti afirmó: "En este momento, estamos considerando el problema de cuándo se debe reunir el tribunal en pleno o en salas" (Anales de la Legislación Argentina XX-A-1960, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 13).

(168) "Bianchi, Alejandro v. Nación Argentina" ("Bianchi I"), sent. del 24/10/1960, Fallos 248:111. Estaba en juego la inconstitucionalidad del art. 86 , ley 11683. Conf. el consid. 9.

(169) "Bianchi, Alejandro v. Nación Argentina" ("Bianchi II"), sent. del 14/11/1960, Fallos 248:398 , del consid. 4. Conf. también "Goldberg, Julio v. Orbe Films", sent. del 23/11/1960, Fallos 248:442. Meses antes el tribunal había sostenido otro tanto al afirmar -al parecer, por primera vez- que "la referencia [del art. 23 , ley 15271] a la actuación en tribunal pleno contempla el caso de la constitución de salas". "IMSA v. Compañía General Metalúrgica" , sent. del 30/5/1960, Fallos 246:378. De estos tres casos, sólo el primero fue publicado íntegramente, y por eso lo preferimos en el texto. De los otros dos se publicaron sumarios.

(170) Conf., por ejemplo, "Harriet, Juan A. y otros v. Provincia de Córdoba y otras", sent. del 8/8/1985, Fallos 307:1279 , consid. 2, y, para un ejemplo más fresco, "Riverso, Ricardo P. s/encubrimiento" , sent. del 3/4/2003, Fallos 326:1067, consid. 4.

(171) "Broda, Roberto C. y otros v. Neuspiller, Nicolás R. y otros" , sent. del 17/4/2007, Fallos 330:1759, del consid. 2.

(172) Íd., del consid. 3, citas intermedias omitidas.

(173) Art. 1 , ley 23498, que sustituye el anterior texto del art. 22 , decreto ley 1285/1958 por el reproducido aquí (el destacado es propio). La parte final del nuevo art. 22 , omitida en el texto, agrega, con relación a los conjuces: "La designación deberá recaer en personas que reúnan las condiciones establecidas en el art. 4 de esta ley y tendrá una duración de tres años. Esa duración se extenderá al solo efecto de resolver las causas en que el conjuce hubiere sido sorteado, hasta tanto se dicte el pronunciamiento". El referido art. 4 , decreto ley 1285/1958 fija las condiciones para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(174) Arts. 1 , ley 4162 y 22 , decreto ley 1285/1958 (en su versión original).

(175) Aquí, y en otras partes de este trabajo, usamos la expresión "conjuces" en un sentido amplio, para referirnos a cualquier persona que no sea un miembro de la Corte Suprema llamada a integrar el tribunal por falta de quórum en un caso determinado, de conformidad con las previsiones legales. No distinguimos, por tanto, entre los presidentes de las Cámaras Federales y los conjuces de la lista a la que se refiere el art. 22 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 23498 .

(176) En lo referente a los casos sobre la llamada "pesificación" véase el descargo efectuado por la Corte en su propia defensa en la causa "Fowler Newton, Enrique v. Poder Ejecutivo Nacional" , sent. del 11/10/2005, Fallos 328:3634, y la crítica de Hércules, "La Constitución y los jueces suplentes", JA 2006-I-739 .

(177) Este desagrado parece respirar detrás de estas palabras del tribunal en el recién citado caso "Fowler Newton" : "Resulta innegable la conveniencia de que tal decisión [sobre la `pesificación`] sea adoptada por esta Corte por medio de sus jueces titulares".

(178) Dada su importancia, y para comodidad del lector, copiamos a continuación el texto legal en su integridad:

"Art. 1. Derógase el art. 1 , ley 23774, que modificaba el art. 21 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 16895 .

"Art. 2. Incorpórase como art. 21 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 16895 el siguiente:

"Art. 21. La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por cinco jueces. Ante ella actuarán el procurador general de la Nación y los procuradores fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los defensores oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos de la ley 24946 y demás legislación complementaria".

"Art. 3. Disposición transitoria. La reducción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuesta por el artículo anterior operará del siguiente modo: desde la entrada en vigencia de la presente ley se reducirá transitoriamente a siete el número de jueces que la integran. A partir de dicha reducción, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro de sus miembros.

"A posteriori, en oportunidad de producirse una vacante definitiva se reducirá transitoriamente a seis el número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho período las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro de sus miembros.

"Producida una nueva vacante definitiva, se reducirá a cinco el número de jueces que la componen. Las decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros.

"Art. 4. Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional".

(179) Art. 3 , ley 26183.

(180) Art. 23 , ley 13998.

(181) Art. 23 , decreto ley 1285/1958 (texto original); art. 23 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 15271

(182) En lo que hace al quórum, esta técnica legislativa recuerda a la de las distintas versiones de la Judiciary Act de Estados Unidos, en las que el quórum, como vimos, venía dado por un "número" concreto. Más aún, en los dos períodos en los que la Corte estadounidense estuvo compuesta por siete jueces (1807-1837 y 1866-1869) el quórum era de cuatro. Conf. IV.a.2, supra.

(183) Art. 3 , ley 26183.

(184) Art. 22 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 23498 . No incluimos la hipótesis de "vacancia" -la cuarta prevista por la ley 23498 (véase supra, IV.b.6)- porque, como veremos, se encuentra especialmente contemplada por otra disposición transitoria de la ley 26183 .

(185) Recordemos que el sistema de conjueces se encuentra actualmente contenido en el art. 22 , decreto ley 1285/1958, texto según ley 23498 .

(186) Conf. supra, IV.b.5.

(187) Conf. supra, texto que acompaña a la nota 134.

(188) "Broda, Roberto C. y otros v. Neuspiller, Nicolás R. y otros" , Fallos 330:1759, sent. del 17/4/2007, del consid. 2.

(189) Conf. supra, IV.b.5.

(190) "Broda" cit., del consid. 3.

(191) Art. 2 , ley 26183.