REDESCUBRIENDO EL QUÓRUM EN LA CORTE SUPREMA: LA LEY 27 Y SU ANTECEDENTE ESTADOUNIDENSE

por SANTIAGO LEGARRE

RESUMEN

Este artículo explora la relevancia del concepto de quórum en un órgano judicial colegiado como la Corte Suprema. Se sumerge en la historia de la regulación del régimen de mayoría en el Tribunal supremo argentino, para lo cual compara la regulación de la ley 27 con la de su antecedente en los Estados Unidos, la Judiciary Act de 1789. La investigación devela que ambas normas incluyen la consideración del quórum en los preceptos sobre mayorías, aunque con diferencias significativas que explican la práctica diversa de los tribunales correspondientes.

PALABRAS CLAVE: Corte Suprema de Justicia. República Argentina. Quórum. Ley 27. Judiciary Act de 1789. Mayoría.

ABSTRACT

This article explores the relevance in the concept of quorum in a collegiate judicial organism as the Supreme Court. We get a deep insight of the Argentina Supreme Tribunals history in the majority legislation regulation, for which we compare the regulation of statute 27 to the United States precedent, the Judiciary Act of 1789. This investigation develops that both legislations includes the quorum rule about majorities, though with significant differences which explain the diverse practices in the different tribunals.

KEYWORDS: Supreme Court. Argentina. Quorum. Statute 27. 1789 Judiciary Act. Majority.

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN LEGAL VS. REGULACIÓN REGLAMENTARIA. III. EL QUÓRUM EN LA LEY 27. IV. EL QUÓRUM EN LA JUDICIARY ACT DE 1789: ANÁLISIS COMPARATIVO. V. CONFIRMACIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA LECTURA EN CLAVE DE QUÓRUM. VI. EL RÉGIMEN DE MAYORÍA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. A. La regla de la mayoría

sobre el quórum. B. Consecuencias de la regla de la mayoría sobre el quórum para la teoría del precedente. C. La “*Briscoe Policy*”. D. Empates en la Corte Suprema estadounidense. VII. EL RÉGIMEN DE MAYORÍA PARA DECIDIR DE LA LEY 27.

I. INTRODUCCIÓN

La ley 27, sancionada en 1862, tiene una importancia capital. Como su nombre lo indica, la norma establece la primera “Organización de la Justicia Nacional” de la República Argentina¹, fijando, entre otras cosas, el tamaño de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En este trabajo quisiera detenerme en un capítulo un tanto oscuro de la ley 27: el régimen de quórum y mayoría que establece para el Tribunal Supremo. En verdad, como se verá, hablar de “quórum” en la Corte supone una aceptación que no surge de la letra de la ley. La indagación de las raíces de la ley 27, sin embargo, me ha llevado a esta conclusión, que comparto con el lector por adelantado: la regulación argentina de las mayorías en la Corte solo se entiende si se pone primero sobre el escenario el concepto de quórum –quiera usarse o no la palabra que la ley no usa: da igual–.

II: REGULACIÓN LEGAL VS REGULACIÓN REGLAMENTARIA

Es la propia Constitución Nacional la que, desde su versión original de 1853, instituye la Corte Suprema². El artículo 108 –según la numeración actual– dispone que “[e]l 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

¹ Estrictamente hablando, la primera “Organización de la Justicia Federal” –así llamada– la había dispuesto la ley 182, sancionada por el Congreso de la Confederación en 1858, con anterioridad a la incorporación de Buenos Aires. Esta norma fue reemplazada por la ley 27. Me referiré a la ley 182 en la sección IV infra.

² Los proyectos y ensayos constitucionales llevados a cabo entre 1813 y 1853 también preveían una Corte Suprema para todo el país, asignándole distintos nombres, v.gr., “Alta Corte de Justicia”, “Tribunal Supremo de Justicia”. CARLOS R. BAEZA, *Exégesis de la Constitución Argentina*, Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. 2, pp. 419-421.

Carta Magna define también la competencia de la Corte³, y establece las condiciones para ser miembro de ella⁴.

En cambio, no determina el número de integrantes del Tribunal ni las reglas de acuerdo con las cuales la Corte Suprema deberá adoptar sus decisiones. El artículo 113 de la Constitución pareciera dejar esta última definición en manos del propio Tribunal, cuando ordena que “[l]a Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados”⁵. Como afirma Bielsa, se trata de un reglamento “funcional”, que no requiere para su dictado una atribución legal expresa⁶. De su carácter funcional se sigue también, a mi juicio, que dicho reglamento interno es un modo posible, reconocido por la propia Constitución, para que la Corte Suprema decida cuál regla gobernará sus decisiones. La cuestión no es trivial, pues puede optarse por la unanimidad o por la mayoría. 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 la base sobre la que 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– o sobre el número de jueces que concurren efectivamente a un determinado acuerdo.

Dado que, como veremos, existe cierta relación entre la cuestión de las reglas que gobiernan la toma de decisiones de la Corte Suprema

³ Cfr. los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional. 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 artículo 127.

⁴ Artículo 111 de la Constitución Nacional.

⁵ El texto original de 1853 (artículo 96), que se mantuvo intacto tras la reforma de 1860 (artículo 99), se refería al dictado de un “reglamento interior y económico”. Cfr. MA. LAURA SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos constitucionales argentinos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, pp. 2525 y 2550 respectivamente.

⁶ RAFAEL BIELSA, “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*, La Ley, Buenos Aires, 1954, p. 366. Bielsa contrasta este reglamento funcional con los “reglamentos” a los que se refiere el artículo 18 de la ley 48 cuando establece que “[l]a Corte Suprema podrá establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la Ley de Procedimientos”.

–que es la que me interesa más– y el tamaño de la Corte, me detendré previamente en este último asunto.

La determinación del número de jueces de la Corte sufrió diversos avatares a lo largo de la historia constitucional argentina⁷. A los fines de este artículo, basta señalar que la Constitución de 1853 estableció una Corte Suprema compuesta por nueve jueces⁸. Mas el intento de establecer el Tribunal por parte del gobierno de la Confederación fracasó, a pesar de que los nueve jueces llegaron a ser designados⁹. 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 miembros¹⁰, dejando implícitamente su determinación en manos del Congreso¹¹.

Y el Congreso legisló, y en 1862 fijó en cinco el número de “ministros” de la Corte, mediante la ley 27¹². No estando todavía constituido

⁷ El profesor Baeza ha llevado a cabo un ordenado trabajo histórico y documental, que facilita la comprensión de este tema. BAEZA, *Exégesis...* cit., pp. 419-426.

⁸ Constitución de 1853, Artículo 91: “El Poder Judicial de la confe[de]racion será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales...”. Tomo como fuente textual la compilación de SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos...* cit., p. 2549.

⁹ Cfr. ALBERTO B. BIANCHI, *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 200; ALFONSO SANTIAGO (h), “Historia de la Corte Suprema argentina. Algunos lineamientos básicos y fuentes para su estudio”, *El Derecho* 194-966 (2001), pp. 970-971 y nota 21.

¹⁰ La reforma de 1860 sustituyó el artículo 91 de la 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 artículo 108.

¹¹ Se ha interpretado que del artículo 108 de la Constitución Nacional se sigue que la fijación de la composición de la Corte es de competencia legal. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2005, Nueva Edición ampliada y actualizada a 2002-2004, Tomo II-B, p. 408; NÉSTOR P. SAGÜÉS, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 396.

¹² Ley 27, artículo 6: “La justicia nacional se ejercerá por medio de una Corte suprema de justicia, compuesta de cinco ministros y un procurador general”. Salvo in-

el Tribunal, la propia ley 27 se anticipó a toda movida reglamentaria de la Corte y le otorgó reglas sobre quórum (sin usar esta palabra) y mayoría (usándola). De modo que, cuando el Tribunal dictó su primer reglamento interno en 1863, el año de su establecimiento, se encontró con las siguientes normas de rango legal ya en vigencia:

Artículo 8: “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”.

Artículo 9: “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”¹³.

Ambas están incluidas en el Capítulo II de la ley 27, titulado “De la Corte Suprema”.

El Tribunal pudo haberse valido de la prerrogativa reglamentaria derivada del ya referido artículo 113 de la Constitución para resistirse a lo que acaso habría podido juzgarse una violación inconstitucional de la división de “poderes”. Sin embargo, no lo hizo. La acordada número 1, que contiene el “Reglamento para el orden interior de la Suprema Corte, y organización de sus oficinas”¹⁴ carece, a lo largo de sus 28 artículos, de norma alguna sobre quórum o mayorías.

Pasemos, por tanto, al análisis del régimen inaugurado por la ley 27, para lo cual, por razones que se evidenciarán más adelante, conviene invertir el orden de tratamiento de los dos artículos que he transcripto.

dicación distinta, los textos legales están tomados de *Anales de Legislación Argentina*, Editorial La Ley, Buenos Aires. Esta práctica de llamar “Ministros” a los integrantes de la Corte perdura hasta nuestros días. HÉCTOR E. SABELLI, “Cómo trabaja la Corte”, *Jurisprudencia Argentina*, 2007-I-1163, p. 1163.

¹³ Ley 27, artículos 8 y 9.

¹⁴ Acordada Núm. 1, fechada el 11 de octubre de 1863, “*Fallos*” 1:7-11 (1863).

III. EL QUÓRUM EN LA LEY 27

Como vimos, el artículo 9 de la 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 miembros¹⁵.

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 confunden¹⁶, 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 decisiones¹⁷; por definición, el quórum se calcula siempre sobre el total de los miembros que componen el órgano, y nunca sobre los miembros presentes, pues este cálculo quitaría todo sentido al concepto de quórum. Las reglas de mayoría, en cambio, presuponen un órgano constituido de acuerdo con las reglas de quórum¹⁸, 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 artículo 9 de la ley 27 es 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

¹⁵ Ley 27, artículo 9.

¹⁶ 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: cfr. “*Diccionario de la Lengua Española*” (en www.rae.es, visitado por última vez el 6 de marzo de 2009), Vigésima Segunda Edición, s.v. “quórum”, segunda definición.

¹⁷ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2003, Nueva Edición ampliada y actualizada a 2002-2003, Tomo II-A, 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”.

¹⁸ NÉSTOR P. SAGÜES expresa esta idea afirmando gráficamente que “el quórum es condición de la mayoría para decidir”. *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, tercera edición, 1999, t. 1, p. 506, énfasis en el original.

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 artículo 9 de la ley 27, que los miembros de la Corte “no pueden expedir sentencia ni auto alguno que no sea de simple trámite, sin la *concurencia* de la mayoría absoluta”¹⁹.

IV. EL QUÓRUM EN LA *JUDICIARY ACT* DE 1789: ANÁLISIS COMPARATIVO

Acostumbrado a pensar acerca del 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 he 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 1858²⁰, sancionada por el Congreso de la Confederación en Paraná, cuyo artículo 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”²¹. Se impedía así a la Corte sesionar con un número de jueces inferior al total y, mediante

¹⁹ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Ángel Estrada y Cía. Editores, Buenos Aires, decimoséptima edición, sin fecha (primera edición, 1897), pp. 597-598, énfasis agregado. Cuando este autor trata el quórum –usando ahora sí la palabra– en el contexto del Poder Legislativo, emplea el mismo término “concurencia” (que en el texto transcrito supra hace referencia a los jueces de la Corte) para aludir a los legisladores. Cfr. ídem, p. 380: “... no puede empezar a funcionar una Cámara... sin la *concurencia* de la mitad más uno de la totalidad de sus miembros” (énfasis agregado).

²⁰ 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 FELIPE A. ESPIL, *La Suprema Corte Federal y su jurisdicción extraordinaria*, Imprenta de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1915, p. 23.

²¹ Ley 182, artículo 12.

otra norma²², 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 Unidos²³, que establecía expresamente un quórum para la Corte Suprema, permitiéndole actuar con un número de jueces menor al total. 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. Este es, dicho sea de paso, uno de los frutos saludables del Derecho Constitucional Comparado, con el cual ocurre lo mismo 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”²⁴. 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

²² Ley 182, artículo 43: “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 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”.

²³ 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 judiciaria de las naciones, el de los Estados Unidos”. Cfr. ESPIL, *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 de septiembre de 1789”. Ídem, p. 31.

²⁴ *Judiciary Act* de 1789, Sección 1 (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...” (énfasis agregado). Tomé 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. Cfr. <http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lawhome.html>, visitado por última vez el 31 de marzo de 2008.

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 palabra²⁵. Además, la norma –conocida como *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”²⁶. No obstante, el Tribunal conservó su tamaño de seis miembros, pues la norma fue derogada al año siguiente²⁷, antes de que se produjera vacante alguna²⁸.

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 miembros²⁹. 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, al final de esta sección, trazar un paralelismo con nuestra Corte, que en el régimen de la ley 27 tenía también un número impar de integrantes.

Al tiempo que el país crece³⁰, en 1837 se ordena nombrar dos jueces más y la Corte pasa a tener nueve integrantes. Retorna aquí la

²⁵ La Sección 1 (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”, énfasis agregado).

²⁶ *Judiciary Act* de 1801, Sección 3 (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. Dicho sea de paso, la técnica legislativa de la ley de 1801 es parecida a la que usó el Congreso argentino al sancionar la ley 26.183, que redujo el tamaño de la Corte de nueve a cinco miembros, con pasos intermedios. Cfr. ley 26.183, artículos 2 y 3.

²⁷ Ley del 8 de marzo de 1802 (2 Stat. 132).

²⁸ WESTEL W. WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, Baker, Voorhis and Company, New York, 1929, Vol. II, p. 1255.

²⁹ Ley del 24 de febrero de 1807, Sección 5 (2 Stat. 420-421).

³⁰ 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. AKHIL REED AMAR, *America's Constitution: A Biography*, Random House, New York, 2005, p. 216.

referencia expresa al quórum que, a partir de ahora, será de cinco³¹. Cuando en 1863 se aumenta el número de miembros a 10 –otra vez un número par–, el quórum se fija en seis jueces³². Sin embargo, tres años más tarde el Congreso dispuso la reducción de 10 a siete miembros, fijando el quórum en cuatro (como en 1789 y, por lo visto, en 1807)³³. Con esta finalidad se usó la misma técnica que en 1801.

Finalmente, en 1869, el número de jueces quedó definido en nueve y el quórum en seis³⁴. Este régimen perduró, y sigue vigente en la actualidad³⁵.

Comparemos ahora la regulación del quórum en la *Judiciary Act* y en la ley 27. Notamos, primero, la semejanza ya señalada que, me parece, ha pasado inadvertida: nuestra ley de organización judicial de 1862 fija un quórum para la Corte Suprema, al igual que la norma estadounidense. No importa que la ley argentina no use la palabra “quórum” pues, como ya se indicó, el lenguaje de su artículo 9 es bastante claro. Por lo demás, he mostrado que, en algunas de sus versiones,

³¹ Ley del 3 de marzo de 1837, Sección 1 (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...” (énfasis agregado), 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” (énfasis agregado).

³² Ley del 3 de marzo de 1863, Sección 1 (12 Stat. 794). Al igual que la ley de 1837 aludida en la nota precedente, esta norma utiliza la expresión “shall constitute a quorum”.

³³ Ley del 23 de julio de 1866 (14 Stat. 209). Se vuelve aquí a la frase “*shall be* a quorum”.

³⁴ Ley del 10 de abril de 1869, Sección 1 (16 Stat. 44). Retornamos aquí al verbo “*shall constitute*” para acompañar la palabra quórum.

³⁵ United States Code (USC), Título 28, Parte I, Capítulo 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 Título 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 de mayo de 2008. Cfr. <http://www.law.cornell.edu/uscode/>, visitado por última vez el 8 de mayo de 2008.

la *Judiciary Act* también omite el vocablo pero, al igual que la ley 27, conserva el concepto³⁶.

Notamos, en segundo lugar, una llamativa diferencia. 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.

En un trabajo anterior investigué, con un coautor amigo, los orígenes y el sentido de la expresión “mayoría absoluta” en el derecho patrio. Luego de un derrotero tortuoso, llegamos a la conclusión de que cuando la norma de la ley 27 “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 [...]”³⁷.

Es interesante notar, en refuerzo de esta conclusión, que la versión vigente de la *Judiciary Act* al tiempo de sancionarse la ley 27 fijaba, según hemos visto, un quórum de 4 para una Corte de 7. Nótese que 4 es a 7 lo que 3 es a 5: son equivalentes. En la misma línea, cuando en el período 1837-1863 la Corte estadounidense 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 analogía ensayada, pues nada impide que el legislador se exceda, por así decirlo, y fije expresamente un quórum superior a una estricta mayoría.

³⁶ Es importante no confundir conceptos y palabras, juicios y oraciones; así se evita tomar fantasmas por realidades y se elude un mar de equivocaciones y ambigüedades. De allí el consejo del profesor John Finnis a los estudiantes del doctorado en Derecho de la Universidad de Oxford: “The tools of our trade are propositions and meanings, statements and words. Get clear about these”. JOHN FINNIS, “Research Methodology in Jurisprudence”, *Handout*, Hilary Term 2004, *pro manuscrito*, p. 1.

³⁷ Véase, SANTIAGO LEGARRE y JULIO C. RIVERA (h), “Quórum y mayoría en la Corte Suprema”, *Jurisprudencia Argentina. Suplemento Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 2008-IV-3, pp. 13-15, donde se ofrecen las razones para el descarte de la interpretación alternativa.

V. CONFIRMACIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA LECTURA EN CLAVE DE QUÓRUM

La legislación inmediatamente posterior a la ley 27 confirma la interpretación propuesta del artículo 9. Para empezar, la ley 48, de Jurisdicción de los Tribunales Nacionales, se autodefine “como adicional y correctiva de la ley 27”³⁸. No obstante, el articulado de la ley 48 nada dispone, siquiera implícitamente, sobre el quórum en la Corte, por lo que el artículo 9 de la ley 27 mantiene su vigencia.

Por otra parte, la ley 50, de Procedimiento ante los Tribunales Nacionales, tiene una importancia capital en refuerzo de mi conclusión. Al regular la recusación de los miembros de la Corte Suprema, el artículo 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 costa³⁹.

Esta norma, que permite a la Corte de cinco jueces sesionar con tres, debe ser entendida en armonía con la alusión que el artículo 9 de la 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 artículo 9 de la ley de Organización de la Justicia Nacional. Por tanto, si por recusación –o “impedimento”, como agrega el artículo 23 de la ley 50⁴⁰– el Tribunal pierde alguno de sus cinco miembros, ello no

³⁸ Ley 48, artículo 23: “La presente ley será considerada como adicional y correctiva de la de 16 de octubre de 1862”. Esta última es, por supuesto, la ley 27.

³⁹ Ley 50, artículo 22. 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 artículo 8 de la ley 27, que explicaré en la sección siguiente.

⁴⁰ Ley 50, artículo 23: “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 25 abogados que la misma Corte formará el 1º de enero de cada año”. Nótese que esta norma habla de “mayoría de los miembros”, aunque indudablemente se refiere a lo mismo que el

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 conjuces⁴¹.

La respuesta antes adelantada queda así confirmada: cuando el artículo 9 de la 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, con otras palabras, un quórum de tres jueces sobre un total de cinco⁴². 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 magistrados⁴³.

Asimismo, ratifica esta conclusión la siguiente afirmación de la Corte, durante la vigencia de las leyes 27 y 50, frente al planteo de nulidad de una sentencia suya firmada solo por tres jueces:

... como lo establece el artículo 9 de la ley federal N° 27, con el cual concuerda precisamente el artículo 22 de la ley N° 50, la Corte Suprema puede entender y resolver en los pleitos sometidos a su conoci-

artículo 9 de la ley 27 cuando dice “mayoría absoluta de sus miembros”. Ello refuerza la conclusión acerca de la equivalencia de los términos “mayoría” y “mayoría absoluta” en el contexto del quórum.

⁴¹ El artículo 1 de la ley 935, de Suplección de Jueces Federales impedidos o recusados, sancionada en 1878, usa también los dos adjetivos empleados en el artículo 23 de la 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.

⁴² 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 los Estados Unidos, las reglas de mayoría para decidir que estudiaremos en la parte final de este trabajo, suplementadas por la institución de los conjuces, impiden en nuestro país la hipótesis de empate.

⁴³ Por citar algunas sentencias unánimes de aquellos tiempos suscriptas solamente por tres jueces: “*Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ don Juan Cotta*”, sentencia del 13 de noviembre de 1875, “*Fallos*” 17:40 (jueces Del Carril, Barros Pazos y Gorostiaga); “*D. Domingo Coudant c/ D. José Poulain y otros*”, sentencia del 22 de enero de 1891, “*Fallos*” 42:13 (jueces Victorica, De la Torre y Bazán); “*Don Vicente Ruiz y otro c/ don Antonio Lanusse*”, sentencia del 2 de noviembre de 1895, “*Fallos*” 62:110 (jueces Bazán, Bunge y Torrent).

miento, 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 íntegro⁴⁴.

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 4.162, 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: [...] ⁴⁵.

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 quedó demostrado en otro trabajo, lo siguen estando en la actualidad⁴⁶.

Daré una última prueba de que el artículo 9 de la ley 27 fija una regla de quórum, y no de mayoría. La sorpresa más grande que me deparó la investigación acometida para realizar este trabajo fue el descubrimiento de un número significativo –aun cuando cuantitativamente no lo sea tanto– de sentencias dictadas por la Corte Suprema durante la vigencia de la ley 27 resueltas por dos votos contra uno (2-1)⁴⁷. El

⁴⁴ “*Viñedos y Bodegas Giol c/ Provincia de Santa Fe*”, sentencia del 26 de diciembre de 1938, “*Fallos*” 182:557, pp. 558-559. Esta sentencia desestimó un planteo de nulidad de una anterior decisión, en la misma causa, firmada sólo por tres jueces.

⁴⁵ Ley 4.162, artículo 1, énfasis agregado. El orden previsto a continuación —que desplaza el sancionado anteriormente por el artículo 23 de la ley 50— era el siguiente: “1º Con el procurador general; 2º Con los miembros de la cámara federal de apelación de la capital y 3º Con los conjuces 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”.

⁴⁶ LEGARRE y RIVERA (h), “Quórum y mayoría en la Corte Suprema”, cit., pp. 16-25.

⁴⁷ Cfr., por ejemplo, “*Rossi y Ferrari c/ el Fisco Nacional*”, sentencia del 4 de diciembre de 1886, “*Fallos*” 30:588; “*D. Vicente Calzetta c/ Municipalidad de La Plata*”, sentencia del 24 de febrero de 1891, “*Fallos*” 42:295; “*Nicolich c/ Samson*”, sentencia

estupor inicial fue grande: nunca habría imaginado que un Tribunal de cinco miembros fuera a resolver por mayoría de dos.

Entonces caí en la cuenta de que, cuando a fines del siglo XIX y principios del XX la Corte aceptó dictar sentencias 2-1, lo que estaba haciendo era distinguir quórum de mayoría: primero calculaba el quórum sobre el número total de miembros según la ley, y comprobaba que hubiera mayoría absoluta: tres, ya vimos, es mayoría absoluta sobre cinco. En un segundo momento –en el orden lógico– calculaba la mayoría sobre el quórum obtenido en el caso en cuestión: dos es, obviamente, mayoría sobre tres...

La sorpresa terminó de desvanecerse cuando en el curso de la investigación descubrí también que ésta es la práctica de la Corte estadounidense, como veremos en la sección siguiente. O sea que la Corte argentina, para no variar, seguía en esto a su par de América del Norte, aunque no haya encontrado yo constancia de una emulación deliberada.

Adelanto ya, sin embargo, que la práctica de nuestra Corte de dictar sentencias 2-1, calculando la mayoría sobre el quórum, constituye una violación del artículo 8 de la ley 27. Abordaré ese problema al concluir este trabajo, y al hacerlo intentaré mostrar, al mismo tiempo, que de todos modos la interpretación del artículo 9 en clave de quórum debe mantenerse en pie.

VI. EL RÉGIMEN DE MAYORÍA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

A. la regla de la mayoría sobre el quórum

Hasta aquí, el quórum en la ley 27 y en la *Judiciary Act*. Veamos ahora los respectivos regímenes de mayoría para decidir, comenzando esta vez por el estadounidense.

La *Judiciary Act* no regula el tema de la mayoría para decidir. El propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha reconocido que si

del 14 de agosto de 1900, “Fallos” 86:395; “Viñedos y Bodegas Giol c/ Provincia de Santa Fe”, sentencia del 23 de noviembre de 1938, “Fallos” 182:254.

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”⁴⁸. En la práctica, las reglas sobre toma de decisiones en un tribunal colegiado se reducen a dos: unanimidad y mayoría⁴⁹.

En los Estados Unidos, al menos a nivel de la Corte Suprema, el derecho consuetudinario ha descartado la unanimidad⁵⁰, 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 periodo del *Chief Justice* John Marshall⁵¹–. 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 ningún precepto escrito lo dispone así, la Corte toma sus decisiones por mayoría en virtud de una norma implícita cuya existencia parece incuestionable. El propio Tribunal ha indicado en el importante caso “*Federal Trade Commission v. Flothill Products*” que

⁴⁸ “*Federal Trade Commission v. Flothill Products*”, 389 U.S. 179, 184, nota 7 (1967), *per* Brennan, J. He traducido “for the Court” como “en representación de la Corte”, tomando la palabra “representación” en un sentido coloquial y amplio.

⁴⁹ Como explica John 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”. JOHN FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 280.

⁵⁰ 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.

⁵¹ AMAR, *America’s Constitution...* cit., p. 214. En palabras del propio *Chief Justice* Marshall, “[it is] my custom, when I have the misfortune to differ from this Court, [to] acquiesce silently in its opinion”. “*Bank of the United States v. Dandridge*”, 25 U.S. (12 Wheat.) 64, 90 (1827). 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”. ALBERTO F. GARAY, nota del traductor, en HENRY P. MONAGHAN, “Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio”, *Jurisprudencia Argentina* 2004-1-965, nota (u).

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 órgano⁵².

Es justo señalar que el “órgano colegiado” al que la Corte aplicó esta regla de *common law* en “*Flothill*” no era un tribunal de justicia sino un órgano administrativo: la *Federal Trade Commission*, una agencia administrativa con funciones cuasi-judiciales. Más aún, la Corte en “*Flothill*” hace alusión a un precedente de una Corte de Apelaciones (“*Frischer*”) en el cual, a la vez que se había sostenido la mencionada norma de *common law*⁵³, se había afirmado que la regla tendría una excepción cuando se trata de tribunales de justicia: en estos supuestos, la mayoría no debería calcularse sobre el quórum sino sobre “el total de los miembros que, según la ley, integran el tribunal”⁵⁴.

La Corte Suprema no se pronuncia en “*Flothill*” sobre esta supuesta excepción, pues no hacía falta, dado que en el caso se trataba de un órgano administrativo y no de un tribunal judicial. Sin embargo, aprovecha la ocasión para señalar que la existencia de la alegada excepción constituye una “premisa dudosa”⁵⁵. Y en una nota al pie agrega

⁵² “*Federal Trade Commission v. Flothill Products*”, 389 U.S. 179, 183 (1967). Aquí he usado nuevamente la expresión “en representación del órgano” en un sentido amplio, para traducir “for the body”.

⁵³ “*Frischer & Co. v. Bakelite Corp.*”, 39 F. 2d 247, 255 (1930), de la Court of Customs and Patent Appeals: “in collective bodies other than courts, even though they may exercise judicial authority, a majority of a quorum is sufficient to perform the function of the body” (énfasis agregado). En este caso, la Cámara aplicó esta doctrina a la *United States Tariff Commission*, un órgano parecido, a estos efectos, a la *Federal Trade Commission*, a la que la Corte Suprema aplicó la misma regla, años más tarde, en “*Flothill*”.

⁵⁴ La Cámara formuló la supuesta excepción así: “Where courts are concerned, it has been uniformly held, so far as we can ascertain, that a clear majority of all the legally constituted members thereof shall concur or no valid judgment may be entered except such as may follow no decision”. “*Frischer*”, cit., p. 255, énfasis agregado.

⁵⁵ “*Federal Trade Commission v. Flothill Products*”, cit., p. 184.

tajantemente: “Las *autoridades* citadas en ‘*Frischer*’ para justificar la excepción no logran, salvo una, justificar lo que se proponen”⁵⁶. Según la Corte, en efecto, de los muchos precedentes invocados por la Cámara en “*Frischer*” –a esto refiere aquí el término “autoridades”⁵⁷–, el único “*in point*”⁵⁸ (es decir, que guarda relación con el tema del quórum y la mayoría en los tribunales colegiados) es un antiguo fallo de una corte del estado de Georgia, el cual, a su vez, no tendría mucha fuerza autoritativa, pues no se apoya en “autoridad” alguna...⁵⁹.

Parece razonable colegir, por tanto, que la regla recordada en “*Flothill*” se aplica también a tribunales, como la Corte Suprema, respecto de los cuales la ley guarda silencio. De hecho, en “*Flothill*” la Corte se ocupa de señalar que el Congreso “no ha proveído cuántos de los jueces que conforman el quórum pueden actuar en representación de la Corte”⁶⁰. A mi juicio el Tribunal invita así a vincular este señalamiento con la indicación, que también ya hemos citado, de 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”⁶¹. La doctrina más

⁵⁶ “*Flothill*”, cit., p. 184, nota 7, énfasis agregado.

⁵⁷ Sobre este uso de la palabra “autoridades”, véase JULIO CÉSAR CUETO RÚA, *El ‘Common Law’*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997 (reimpresión de la edición de 1957, publicada por editorial La Ley), p. 91; CARLETON KEMP ALLEN, *Las fuentes del derecho inglés*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969 (traducción de *Law in the Making*, séptima edición, 1963), pp. 389; 393; 431; JULIO GOTTHEIL, *Common Law y Civil Law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, pp. 59-60.

⁵⁸ Para la distinción entre precedentes “*in point*” y “*off point*” en el *common law* remito a Santiago Legarre y Julio C. Rivera (h), “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, *La Ley* 2005-F-850, p. 856.

⁵⁹ “*Flothill*”, cit., p. 184, nota 7. Se ha afirmado, además, que existen significativas “autoridades”, a nivel estatal –no citadas por la Cámara en “*Frischer*”–, que sostienen precisamente lo contrario: que ausente una disposición constitucional o legislativa, la regla de la mayoría sobre el quórum se aplica a los tribunales judiciales. Véase, *Nota*, “Binding effect upon state courts of opinions of United States Supreme Court supported by less than a majority of all its members”, 65 “*American Law Reports*” 3d 504, nota 7 (1975), con cita de jurisprudencia.

⁶⁰ “*Flothill*”, cit., p. 184, nota 7.

⁶¹ “*Flothill*”, cit., p.183, énfasis agregado.

calificada y, como veremos de inmediato, la práctica de la propia Corte, avalan esta interpretación⁶².

Intentemos ahora descifrar 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*”), usada en el caso “*Flothill*”. De ella surge, en mi opinión, que el *common law* dispone tres cosas para la Corte Suprema: 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 Tribunal⁶³. A esta tercera derivación la llamaré “la regla de la mayoría sobre el quórum”, para distinguirla de una regla alternativa que podríamos llamar “la regla de la mayoría sobre el total de los miembros que, según la ley, integran el tribunal”. Como veremos, esta última fue la regla preferida por el legislador argentino, aunque ya he adelantado que durante un tiempo la Corte Suprema argentina no lo entendió así⁶⁴.

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

⁶² Como se ha observado en uno de los libros más autorizados sobre la materia, con cita del caso “*Federal Trade Commission v. Flothill Products*”, 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 quóruns” recordada por la Corte en “*Flothill*”, cit. EUGENE GRESSMAN; KENNETH S. GELLER; STEPHEN M. SHAPIRO; TIMOTHY S. BISHOP y EDWARD A. HARTNETT, *Supreme Court Practice*, BNA Books, Arlington, novena edición, 2007, pp. 5-6.

⁶³ En el mismo sentido: “[L]a mayoría puede ser sobre un quórum, y no sobre el total de todos los jueces que integran el tribunal”. *American Jurisprudence. Second Edition*, 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)”. LISA PADDOCK, *Facts about the Supreme Court of the United States*, The H.W. Wilson Company, New York & Dublin, 1996, p. xv, énfasis agregado.

⁶⁴ Cfr. la nota 47 supra.

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. 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 he extraído de la norma del *common law*. Así, si en la decisión de un caso intervienen los nueve jueces, como es habitual, cinco constituyen mayoría⁶⁵. 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 cuatro⁶⁶. Así lo confirman varios casos en los que participaron solamente siete o seis jueces, resueltos, respectivamente, por cuatro votos contra tres (4-3)⁶⁷ y cuatro votos contra dos (4-2)⁶⁸. Por tomar una

⁶⁵ Cfr., por ejemplo, PAUL H. EDELMAN y SUZANNA SHERRY, “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*”. DAVID G. SAVAGE, *Guide to the U.S. Supreme Court*, CQ Press, Washington DC, 2004, Cuarta Edición, Vol. II, p. 854, énfasis agregado.

⁶⁶ 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. Quisiera compartirle al lector que cuando vi los primeros casos de la Corte estadounidense resueltos por 4-2 y 4-3 no salía de mi asombro.

⁶⁷ Por ejemplo, “*United States of America v. United States Steel Co.*”, 251 U.S. 417 (1920); “*Feldman v. United States*”, 322 U.S. 487 (1944); “*United States v. South-Eastern Underwriters Association*”, 322 U.S. 533 (1944) y “*Fuentes v. Shevin*”, 407 U.S. 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.

⁶⁸ Un ejemplo es “*Du Pont v. United States*” 353 U.S. 586 (1957). Otro, un poco más reciente, es “*Hickel v. Oil Shale Corp.*” 400 U.S. 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.

franja de tiempo como ejemplo, una nota de la *Harvard Law Review* muestra que entre 1949 y 1957 la Corte Suprema decidió 16 casos por mayoría de cuatro⁶⁹; y tan sólo durante el periodo de sesiones de 1971, el Tribunal resolvió 11 casos por mayoría de cuatro⁷⁰.

Queda claro que a nivel de la Corte Suprema, la práctica de contar la mayoría sobre el quórum no constituye una rareza. Más todavía: en una oportunidad el Tribunal hizo una alusión expresa, e implícitamente aprobatoria, aunque pasajera, a la aplicación de la regla de la mayoría sobre el quórum a sus propias sentencias. En el marco de una explicación de la falta de fuerza vinculante de los casos de empate –algo que estudiaremos en la sub-sección (D) infra– la Corte hizo referencia dos veces a que la razón por la que los empates no constituyen precedentes finca en el hecho de que cuando hay empate “no media una concurrencia de una mayoría de los jueces participantes en el caso [*a majority of the Court sitting*] acerca de los principios de Derecho involucrados”⁷¹. *A contrario sensu* se seguiría que cuando concurre una mayoría sobre el quórum –concepto aptamente expresado en inglés por la frase “*a majority of the Court sitting*”– existe un precedente vinculante y, *a fortiori*, una sentencia válida⁷².

⁶⁹ Nota, “State Court Is Not Bound by 4–3 Decisions of the United States Supreme Court”, 83 *Harvard Law Review* 1307, p. 1313, nota 43 (1973). Cfr. también el voto en disidencia del juez Struckmeyer en “*Roofing Wholesale Co. v. Palmer*”, 502 P.2d 1327, 1332 (Ariz. 1972). Haré referencia a este fallo seguidamente en la sección siguiente.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ “*Hertz v. Woodman*”, 218 U.S. 205, 213 (1910). Renglones más arriba, la Corte decía: “It has therefore been the invariable practice to affirm, without opinion, any judgment or decree which is not decided to be erroneous by a majority of the Court sitting in the cause”. “*Hertz*”, pp. 212-213, énfasis agregado.

⁷² En el mismo sentido se ha dicho que del caso “*Hertz*” se sigue que “asumiendo la presencia de un quórum, si un caso fue resuelto por una mayoría de los jueces participantes [*a majority of the Justices sitting*] el voto de esa mayoría es obligatorio, incluso si constituye una minoría respecto de la totalidad de la Corte”. Nota, “Binding effect...”, cit., nota 4. A lo que apunta esta salvedad final es a que en un 4–3 el voto de los 4 constituye mayoría a pesar de que 4 es minoría respecto de 9.

B. consecuencias de la regla de la mayoría sobre el quórum para la teoría del precedente

Alguien podría pretender distinguir la *validez* de una sentencia resuelta por una mayoría calculada sobre el quórum de su valor en cuanto *precedente*. Así lo hizo, en 1972, la Suprema Corte del Estado de Arizona al sostener que una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos dictada por 4-3 *vale* para resolver el caso en cuestión, pero no genera obligación de seguimiento para los tribunales inferiores, en razón de haber sido adoptada por menos de la mayoría de todos los nueve miembros de la Corte⁷³.

Si bien las dos cuestiones distinguidas por la Suprema Corte de Arizona son lógicamente distinguibles, y pueden ser válidamente distinguidas en otros contextos⁷⁴, la distinción me parece desacertada en este contexto particular. O el dictado de sentencias por mayoría de cuatro es válido, o es inválido. Si es válido, lo es en virtud de existir una mayoría válida y, si la hay, existe un precedente. Si el dictado es inválido, se acabó la cuestión. En otras palabras, todo se reduce a determinar si existe una regla que permite calcular la mayoría sobre el quórum (en ausencia de una provisión legislativa en sentido contrario).

Ya hemos visto en la sección precedente que, aunque nunca fue formulada con claridad, la regla existe; y la práctica de la Corte Suprema de dictar sentencias por mayoría de cuatro y de reconocerles –la propia Corte⁷⁵– valor de precedente (a dichas sentencias) es *prima facie* indicativa de que ellas constituyen Derecho vigente y válido.

⁷³ Sentencia de la Suprema Corte de Arizona, por mayoría, en “*Roofing Wholesale Co. v. Palmer*”, 502 P.2d 1327 (Ariz. 1972). El caso 4-3 en cuestión –que habría constituido el precedente *in point*– era “*Fuentes v. Shevin*”, 407 U.S. 67 (1972).

⁷⁴ Me refiero a la distinción entre sentencias válidas en las que hay un voto mayoritario y sentencias válidas en las que hay varios votos que concurren tan solo en el resultado. Véase *infra* nota 86 y texto que la acompaña.

⁷⁵ En una extensa nota al pie, el trabajo de la *Harvard Law Review* que vengo citando enumera cuantiosos ejemplos de fallos de la Corte que remiten a sentencias 4-3 y 4-2, asignándoles el valor de “autoridades”, y otros tantos que realizan la operación del “*distinguishing*” respecto de ellas, lo cual sugiere que se las trata como Derecho válido y vigente. Nota, “State Court...”, cit., p. 1312, nota 39. Sobre el “*distinguishing*”, véase HARRY W. JONES; JOHN M. KERNOCHAN y ARTHUR W. MURPHY, *Legal Method: Cases and Materials*, The Foundation Press, Mineola, New York, 1980, p. 132.

Además, si alguien pudiera cuestionar la continuidad de la regla de la mayoría sobre el quórum y el estatus de las sentencias 4-3 y 4-2 sería, en todo caso, la Corte Suprema misma –o acaso el Congreso federal–, pero nunca un tribunal inferior. Como afirmó una de las disidencias en el caso de Arizona, la cláusula que establece la supremacía del orden federal impide que una corte estatal imponga un régimen de mayoría para decidir a la Corte Suprema de los Estados Unidos⁷⁶.

En suma, el fallo del Tribunal Supremo de Arizona constituye una expresión de deseos aislada y equivocada. Como se ha afirmado con acierto, la postura que adopta “no encuentra apoyo ni en los precedentes ni en la razón”⁷⁷. Las sentencias de la Corte Suprema 4-3 y 4-2 constituyen tanto resoluciones judiciales válidas cuanto precedentes vinculantes.

Consideraré ahora una cuestión distinta de la anterior, aun cuando se relacionan entre sí. Se trata de una conclusión que se sigue *a fortiori*, a mi entender, de la regla de “la mayoría sobre el quórum”, una conclusión que también guarda relación con la teoría del precedente judicial. Nos servirá como ejemplo el caso “*Eisenstadt v. Baird*”⁷⁸ (1972), pero debo aclarar que si lo que diré es cierto respecto de este caso –como creo que lo es–, también será cierto, por analogía, respecto de todos los casos en que se presente una situación de votos semejante.

En “*Eisenstadt*” se planteaba si el *rationale* del precedente “*Griswold v. Connecticut*”⁷⁹ (1965) –que había reconocido el derecho de personas casadas a usar anticonceptivos– era extensible a personas solteras. La determinación de si “*Eisenstadt*” constituye un auténtico precedente es clave por la gravitación que su contenido habría de tener sobre los casos de aborto.

Recordemos, antes de seguir, que en el *common law* de los Estados Unidos para que pueda hablarse de un precedente, en los casos de tribunales colegiados, una mayoría de sus integrantes debe concurrir en

⁷⁶ “*Roofing Wholesale Co. v. Palmer*”, cit., p. 1331, disidencia de Lockwood, J.

⁷⁷ *Nota*, “*State Court...*”, cit., p. 1314.

⁷⁸ 405 U.S. 438 (1972).

⁷⁹ 381 U.S. 479 (1965).

un mismo voto⁸⁰. Cuando esto ocurre, se dice que hay una “*opinion of the Court*”, que es tanto como decir “un voto mayoritario”. Solamente cuando existe un voto mayoritario, entonces, hay precedente.

Se dan casos, sin embargo, en los que no logra congregarse una mayoría en torno de un razonamiento, porque los jueces no se ponen de acuerdo. Para destrabarlos, el sistema autoriza –a nivel de la Corte Suprema estadounidense– la resolución de esos casos mediante la concurrencia de una mayoría en el resultado (el “*judgment*”, según la terminología del *common law*)⁸¹. Los distintos votos que concurren en el resultado son conocidos como “votos concurrentes”, y cuando están firmados por más de un juez se los denomina “*plurality opinions*” (votos concurrentes plurales). Los votos concurrentes, sean individuales o plurales, por definición no son votos mayoritarios, por lo cual el razonamiento que contienen carece de fuerza de precedente y, de consiguiente, no genera obligación de seguimiento⁸².

Volvamos a nuestro ejemplo. Siete de los nueve integrantes de la Corte Suprema suscriben la sentencia en “*Eisenstadt*”⁸³. El caso es un “6-1”, y no hay problema alguno de mayoría a los efectos de la *validez* de la decisión. Sin embargo, a los efectos de la existencia de un *precedente* el caso plantea una situación singular e interesante. *Justice* Brennan escribió un voto que propuso a sus colegas como posible “*opinion of the Court*”, es decir, el posible “voto de la mayoría”. He sostenido en

⁸⁰ Alberto Garay explica que en la Corte Suprema estadounidense la práctica de conformar la mayoría del Tribunal en torno de un solo voto comenzó por iniciativa del *Chief Justice* Marshall: “a instancia suya, el Tribunal [...] optó por delegar en uno de sus integrantes la responsabilidad de proyectar la sentencia del caso, decisión que, a partir de entonces y hasta hoy, estaría precedida de la frase ‘Opinión de la Corte’ (*Opinion of the Court*)”. ALBERTO F. GARAY, “La enseñanza del caso *Marbury v. Madison*”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, núm. XIII, 2009, manuscrito en prensa, p. 7.

⁸¹ He explicado todo esto, con más detalle, en SANTIAGO LEGARRE, *Poder de policía y moralidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pp. 167-169.

⁸² *Nota*, “*State Court...*”, cit., p. 1311, nota 26: “Una *plurality opinion* es considerada persuasiva pero no vinculante para los tribunales inferiores”.

⁸³ Como ya sabemos que suele ocurrir, se dejó constancia de que dos no intervinieron ni en la consideración ni en la decisión del caso: Powell y Rehnquist, JJ. Ésta es una buena costumbre que la Corte argentina, en la cual los “no firmo” son el pan nuestro de cada día, debiera tener en cuenta.

otra ocasión que para que el voto propuesto a la Corte por uno de sus miembros –“*opinion of Justice Brennan for the Court*”– se transforme en un voto mayoritario –“*opinion of the Court, per Justice Brennan*”– cuatro jueces más deben firmarlo⁸⁴. En “*Eisenstadt*” solo tres jueces adhirieron al voto propuesto por *Justice Brennan*, mientras que otros dos emitieron un voto concurriendo en el resultado (“*judgment*”)⁸⁵. Ello me llevó a afirmar –equivocadamente, advierto ahora– que en “*Eisenstadt*” no había una “*opinion of the Court*” sino una “*plurality opinion*” (voto concurrente) de cuatro jueces, escrita por *Justice Brennan*⁸⁶ (más el otro voto concurrente, firmado por dos).

Esto era decir, en otras palabras, que en “*Eisenstadt*” no había un voto mayoritario que coincidiera en los fundamentos, lo cual debía haber debilitado su autoridad como precedente pues, como vimos, las “*plurality opinions*” no constituyen, estrictamente hablando, precedentes ni generan, por tanto, obligación de seguimiento: solo obliga, en el *common law*, lo decidido por una mayoría. Y como cuatro no es mayoría sobre nueve mi conclusión había sido que la autoridad de “*Eisenstadt*” era mínima: la muy limitada autoridad que tienen los fallos de la Corte Suprema en los que únicamente se obtiene una mayoría de votos que concurren en el resultado⁸⁷.

⁸⁴ “Si la *opinion* propuesta por el *Justice* que lleva la voz cantante logra la adhesión de, al menos, cuatro *Justices* más, existe en el caso una *opinion of the Court*”. SANTIAGO LEGARRE, *Poder de policía y moralidad pública*, cit., pp. 167-168.

⁸⁵ White y Blackmun, JJ.

⁸⁶ LEGARRE, *Poder de policía y moralidad pública*, cit., p. 169, n. 501: “es común encontrar referencias a ese voto [de *Justice Brennan*], tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, como si se tratara de una *opinion of the Court* –cuando en realidad fue una frustrada *opinion for the Court*, a la que adhirieron Douglas, Stewart y Marshall, JJ.–”. Véase también, p. 217, n. 679. Ahora advierto que las referencias de la jurisprudencia y de la doctrina que critiqué en mi libro eran en realidad correctas, aunque también debo observar que en ningún caso encontré una fuente que hubiera reparado en que el voto consistentemente etiquetado como mayoritario estaba firmado solamente por cuatro jueces (ni mucho menos una alusión a la regla de “la mayoría sobre el quórum”). Espero haber reparado aquí mi error sin haber incurrido en uno nuevo...

⁸⁷ Para un ejemplo entre muchos que justifican la afirmación del texto, véase la relación entre estos dos casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos: “*Barnes v. Glen Theatre, Inc.*”, 501 U.S. 560 (1991) y “*City of Erie v. Pap’s A.M.*”, 529 U.S. 277 (2000). El cotejo mostrará que en el caso que originó la segunda intervención de la Corte federal, la Suprema Corte de Pennsylvania había dictado una sentencia en la

Pero mi cálculo –cuatro no es mayoría sobre nueve– había sido realizado sobre una base equivocada: la base correcta era siete, pues siete jueces habían intervenido en el caso, y siete es quórum suficiente, y cuatro es mayoría sobre siete, según aprendí gracias a esta investigación. Con lo cual, si de acuerdo con la regla refrescada en “*Flothill*”, cuatro habría sido mayoría en “*Eisenstadt*” si por hipótesis los otros tres jueces hubieran votado en disidencia (4 vs. 3) –y ese voto de cuatro habría sido, naturalmente, el “voto mayoritario”, la “*opinion of the Court*”–, *a fortiori* en el “*Eisenstadt*” real (que fue un 4+2 vs. 1) el voto de Justice Brennan se erigió en una mayoría con todas las consecuencias que ello tiene para la teoría del precedente judicial. Así lo entendió, de hecho, la Corte Suprema en casos posteriores, sobre aborto, en los cuales citó consistentemente “*Eisenstadt v. Baird*” como precedente “*in point*”⁸⁸.

Para terminar con este asunto, quisiera notar que el principio general continúa siendo que en la Corte Suprema estadounidense cinco jueces deben firmar un mismo voto para que haya mayoría. Solo en los casos excepcionales en los que intervienen seis o siete jueces el voto de cuatro puede convertirse en un voto mayoritario. Si, en cambio, participan, como es normal, los nueve jueces (o incluso ocho), un voto suscripto por cuatro –como el de Justice Brennan en “*Eisenstadt*”– constituirá tan solo una “*plurality opinion*”, sin valor de precedente, a pesar de su eventual fuerza persuasiva, que no será vinculante.

C. La “*briscoe policy*”

Hubo un tiempo en que la práctica de calcular la mayoría sobre el quórum en la Corte Suprema tenía una importante excepción: la deci-

que se había apartado de lo decidido en “*Barnes*” por no haber encontrado allí una “*opinion of the Court*”, sino tres votos (una pluralidad de tres, por un lado, y dos votos individuales, por otro) que concurrieron en el resultado. Al intervenir en “*Erie*”, la Corte reconoció que “[s]i bien en ‘*Barnes*’ analizamos una ley prácticamente idéntica [...] no existió acuerdo de cinco Miembros de la Corte sobre un único *rationale* para esa conclusión”. “*Erie*”, cit., p. 278. Para otros ejemplos, *Nota*, “Binding effect...”, cit., nota 9.

⁸⁸ Por ejemplo, el crucial caso sobre aborto *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) se encuentra plagado de referencias a “*Eisenstadt v. Baird*”.

sión de cuestiones de constitucionalidad. En palabras del *Chief Justice* John Marshall en el famoso caso “*Briscoe v. Commonwealth’s Bank of Kentucky*” (1834):

Excepto en casos de absoluta necesidad, la práctica de esta Corte es la de no resolver casos que involucren cuestiones constitucionales si no hay cuatro jueces que voten concurrentemente, de modo que la decisión sea la de una mayoría de la totalidad de la Corte⁸⁹.

Según esta doctrina, conocida como “*Briscoe Policy*”, en recuerdo del caso en que fue pronunciada por vez primera, la Corte se habría impuesto a sí misma un régimen agravado de mayoría para decidir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de normas: aquí sí regiría lo que he llamado “la regla de la mayoría sobre el total de los miembros que, según la ley, integran el tribunal”. Nótese que no estamos frente a una excepción a la regla de quórum: la “*Briscoe Policy*” no requiere necesariamente la asistencia de todos los miembros de la Corte. Así, por ejemplo, en el propio caso “*Briscoe*”, en un momento en que el Tribunal pleno consistía, según la ley⁹⁰, de siete jueces y el quórum era, según vimos⁹¹, de cuatro, si cuatro jueces hubieran concurrido –por sí o por no– en la declaración de inconstitucionalidad, la regla anunciada por el *Chief Justice* Marshall habría sido satisfecha.

De hecho el *Chief Justice* aclaró que en el caso –en el cual dos de los siete jueces no participaban, por haber estado ausentes en las audiencias previas– “no hay cuatro jueces que concurren en su parecer

⁸⁹ 33 U.S. (8 Pet.) 118, 122 (1834). Por su importancia, transcribo aquí el original entero, del cual otras partes serán citadas en las páginas siguientes: “The practice of this Court is not (except in cases of absolute necessity) to deliver any judgment in cases where constitutional questions are involved unless four judges concur in opinion, thus making the decision that of a majority of the whole Court. In the present cases, four judges do not concur in opinion as to the constitutional questions which have been argued. The Court therefore directs these cases to be reargued at the next term, under the expectation that a larger number of the judges may then be present”. Se habla en plural de “present cases” porque junto con “*Briscoe*” se resolvía otro caso.

⁹⁰ Cfr. nota 29 supra.

⁹¹ Cfr. nota 24 supra.

respecto de las cuestiones constitucionales argumentadas”⁹². *A contrario sensu*, si cuatro jueces hubieran estado de acuerdo, el caso habría sido resuelto, aun cuando, por hipótesis, alguno de los tres restantes no hubiera participado.

La contracara de la “*Briscoe Policy*” es que –salvo en los “casos de absoluta necesidad”⁹³, que constituyen una excepción de la excepción– “[l]a Corte dirige estos casos para que vuelvan a ser argumentados en el siguiente periodo de sesiones, con la expectativa de que entonces un número mayor de jueces puedan estar presentes”⁹⁴.

La “*Briscoe Policy*” guarda relación con dos normas del Derecho argentino. Por un lado, en 1948 la Corte Suprema argentina se impuso una auto-restricción parcialmente semejante al incluir en el Reglamento para la Justicia Federal y Letrada de los Territorios Nacionales el siguiente artículo, titulado “Quórum para cuestiones de inconstitucionalidad”:

Artículo 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 formaran 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 ministros⁹⁵.

Como puede observarse, esta norma difiere de la “*Briscoe Policy*” en que constituye un régimen agravado de quórum, no de mayoría para decidir. Pero el espíritu de las dos es semejante: propiciar la participación de más jueces cuando se trata de cuestiones de constitucionalidad. Y las dos contienen una excepción para casos de fuerza mayor.

⁹² “*Briscoe*”, cit., p. 122.

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Reglamento para la Justicia Federal y Letrada de los Territorios Nacionales, Acordada del 3 de marzo de 1948, “*Fallos*” 210:197, p. 219.

El régimen de 1948 duró poco, pues fue derogado por el Reglamento para la Justicia Nacional de 1952⁹⁶. Mas cuando en 1960 se posibilitó por ley a la Corte dividirse en salas, se introdujo la exigencia de que “[l]a Corte actuará en tribunal pleno en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad”⁹⁷. Nuevamente, se trata de una norma de quórum calificado que, por lo tanto, guarda con la “*Briscoe Policy*” el mismo parcial parentesco atribuido al Reglamento del 48. La vigencia de esta norma de 1960 se halla condicionada, según la interpretación prevaleciente⁹⁸, a que la Corte se divida en salas, condición que por el momento no se ha cumplido, por lo que en la práctica el régimen agravado de quórum carece de aplicación.

Volvamos entonces a la “*Briscoe Policy*” para señalar, finalmente, que si bien la Corte de los Estados Unidos la siguió con cuidado durante más de 100 años, en tiempos más recientes el Tribunal no la ha invocado. Y, al menos desde 1944, ha resuelto casos que involucraban cuestiones constitucionales por 4-3 y 4-2; es decir, calculando la mayoría sobre el quórum, y no sobre el total de los miembros que, según la ley, integran el tribunal⁹⁹.

⁹⁶ Reglamento para la Justicia Nacional, Acordada del 17 de diciembre de 1952, “*Fallos*” 224:575-625, pp. 575-576.

⁹⁷ Ley 15.271, artículo 1º, que sustituye el anterior texto del artículo 23 del decreto-ley 1285/58. El texto completo de la nueva norma es: “Facúltase a la Corte Suprema de Justicia a dividirse en salas, de acuerdo al 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”.

⁹⁸ La Corte Suprema argentina ha sostenido consistentemente que “la exigencia de tribunal plenario, allí prevista [en la ley 15.271] rige para el supuesto, aún no ocurrido, de la división en Salas de esta Corte”. “*Bianchi, Alejandro c/ Nación Argentina*”, sentencia del 14 de noviembre de 1960, “*Fallos*” 248:398, del considerando 4º. Cfr. también, “*Goldberg, Julio c/ Orbe Films*”, sentencia del 23 de noviembre de 1960, “*Fallos*” 248:442, p. 442.

⁹⁹ GRESSMAN *et al.*, *Supreme Court Practice*, cit., pp. 5-6. Entre los casos que involucraban cuestiones constitucionales, aludidos en el texto, se encuentra el ya comentado “*Fuentes v. Shevin*”, 407 U.S. 67 (1972), sobre el cual cfr. nota 73 supra.

D. Empates en la Corte Suprema estadounidense

Una consecuencia de la regla de mayoría es el principio de que, cuando hay un empate en la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal no puede adoptar lo que se llama –en este particular contexto, que nada tiene que ver con el racial– “acción afirmativa”¹⁰⁰. Quiere con esto decirse que: dado que se requiere una mayoría sobre un quórum para resolver un caso, y dado que la división de la Corte en partes iguales implica la inexistencia de una mayoría, el Tribunal en situación de empate no puede revocar ni confirmar la sentencia apelada. De acuerdo con una tradicional costumbre del *common law* para los tribunales colegiados, en estas situaciones la regla es que la sentencia de la instancia anterior queda firme.

Para entender mejor, recordemos las distintas hipótesis en que puede darse un empate en la Corte estadounidense. Primero, el Tribunal tuvo durante algunas etapas un número par de integrantes: seis entre 1789 y 1807, y diez entre 1863 y 1866. Obviamente durante esos periodos podían darse empates, y se dieron. De hecho el primer precedente en recordar la regla para los empates corresponde a la segunda de esas etapas¹⁰¹. Segundo, durante la mayor parte de su historia, incluida la etapa actual, la Corte tuvo como quórum un número par de jueces¹⁰². Hoy que el Tribunal puede sesionar con seis jueces, pueden darse –merced a excusaciones, ausencias o vacancias– empates 3-3; pero también, naturalmente, 4-4, pues el número de ocho satisface *a fortiori* el quórum de seis.

Por otra parte, conviene notar que en los Estados Unidos, a nivel de la Corte Suprema, no están previstos los conjueces o jueces suplentes. Más aún, la ley que autoriza lo que se llama “*temporary assignments*”, para que jueces retirados de instancias inferiores desempeñen tareas

¹⁰⁰ EDWARD A. HARTNETT, “Ties in the Supreme Court of the United States”, 44 *William and Mary Law Review* 643, p. 674.

¹⁰¹ “*Durant v. Essex*”, 74 U.S. (7 Wall.) 107 (1868).

¹⁰² Como se vio supra, texto que acompaña a las notas 24-35, sólo en el periodo 1837-1863 el quórum fue impar: cinco.

judiciales supletorias, excluye expresamente la posibilidad de que sean asignados a la Corte Suprema¹⁰³.

Vistos todos estos presupuestos –regla de la mayoría; posibilidad de empates; ausencia de conjueces– los empates requerían algún tipo de solución o regla.

Con su habitual concisión, Cross y Harris formularon la regla del *common law* de Inglaterra para los empates así: “Cuando un tribunal de apelaciones se encuentra dividido en partes iguales, la decisión apelada queda firme en lo que respecta a las partes”¹⁰⁴. El empate perjudica al apelante, a quien se le aplica la máxima latina “*semper praesumitur pro negante*”, la cual supone una presunción a favor de quien responde la apelación, quien *niega* lo afirmado por el que pretende conmovier la sentencia apelada.

Hasta aquí, no hay problema y, como veremos, la solución estadounidense es idéntica. La cuestión se suscita, por ponerlo nuevamente en las autorizadas palabras de los maestros ingleses, con “el efecto de la decisión adoptada por un tribunal dividido en partes iguales respecto de litigios subsiguientes entre partes distintas”¹⁰⁵. O sea: cuando media un empate en un tribunal de apelaciones, la sentencia apelada, que queda firme, ¿constituye un *precedente* del tribunal inferior que la dictó o más bien adquiere la autoridad de un precedente de esta instancia superior, que la dejó firme al rechazar la apelación, por encontrarse dividida en partes iguales?

En Inglaterra la respuesta no es clara, y depende de cuál sea el tribunal de apelaciones en el que ocurrió el empate. A los fines de este trabajo basta señalar que a nivel de la *House of Lords*, si media un empate la decisión apelada se convierte en un precedente de la propia *House of Lords*¹⁰⁶. Como veremos a continuación, el *common law* de los Estados Unidos se apartó de esta solución para su Tribunal Supremo.

¹⁰³ HARTNETT, “Ties in the Supreme Court of the United States”, cit., pp. 646-647.

¹⁰⁴ RUPERT CROSS - JIM W. HARRIS, *Precedent in English Law*, cuarta edición, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 86.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ídem*, pp. 86-87.

La práctica tradicional de la Corte Suprema estadounidense fue formulada en un famoso caso de 1868, “*Durant v. Essex*”¹⁰⁷, en el que, a raíz de un empate, el Tribunal afirmó que “en un caso en que los jueces se encuentran divididos en partes iguales sobre la solución de la cuestión que debe decidirse, la Corte no puede adoptar una acción afirmativa”¹⁰⁸. Por “acción afirmativa” aquí debe entenderse, a la luz de lo que hemos visto, que en caso de empate la Corte solamente puede *negar*—denegar— el recurso, con la natural consecuencia de que la sentencia apelada quedará firme. A esta regla se la conoce en Estados Unidos como la práctica de “*affirmance by an equally divided Court*”.

La acción de *afirmar* no tiene, en cambio, el sentido de *confirmar*: a diferencia de lo que ocurre en la *House of Lords*, el empate en la Corte estadounidense “impide que la decisión se convierta en un precedente [*an authority for other cases of like character*]”¹⁰⁹ de la propia Corte.

La regla de “*affirmance by an equally divided Court*” fue reiterada numerosas veces por la Corte¹¹⁰, y el Congreso de los Estados Unidos también hizo referencia a ella en el Código Judicial Federal, al regular el supuesto de falta de quórum en la Corte Suprema¹¹¹.

VII. EL RÉGIMEN DE MAYORÍA PARA DECIDIR DE LA LEY 27

Volvemos ahora, luego de esta excursión, al Derecho argentino. Hemos visto que el artículo 9 de la 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 he mostrado 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

¹⁰⁷ 74 U.S. (7 Wall.) 107 (1868).

¹⁰⁸ Ídem, p. 110.

¹⁰⁹ Ídem, p. 113.

¹¹⁰ Véase HARTNETT, “Ties in the Supreme Court of the United States”, cit., pássim.

¹¹¹ *Ibidem*.

en una Corte de nueve jueces hay casos decididos 4-3 y 4-2. También adelanté que en algunos pocos casos, la Corte argentina se inclinó en sentido semejante, y resolvió el problema no resuelto por el artículo 9 a favor de la posibilidad de fallos 2-1¹¹².

Nos preguntaremos en primer lugar: ¿contiene el resto de 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, confieso al lector, esta fue mi primera y apresurada conclusión–; pues el artículo 10, y los demás que siguen a continuación, nada dicen sobre mayorías.

Repárese, sin embargo, en el artículo 8 de la 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 público¹¹³.

Entiendo 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 discordia¹¹⁴ –sinónimo de “disidencia”, palabra preferida últimamente en nuestro país–, la norma descarta la exigencia de 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 lla-

¹¹² Cfr. nota 47 supra.

¹¹³ Ley 27, artículo 8.

¹¹⁴ 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”. *Diccionario de la Lengua Española*, cit.

mado a conjueces para reemplazar a los magistrados disidentes, imponiendo efectivamente la unanimidad. Si bien la letra del artículo 8 y su desconcertante ubicación antes de la norma de quórum del artículo 9 permiten esta lectura, es una lectura 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 discordias¹¹⁵.

Así las cosas, los artículos 8 y 9 leídos conjuntamente –y en el orden más razonable, que es el inverso al numérico¹¹⁶– establecen una regla de mayoría absoluta para decidir, que se calcula sobre el número total de integrantes del Tribunal y no, como en los 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.

Como sabemos, durante la vigencia de la ley 27 la Corte Suprema se apartó ocasionalmente de lo que he considerado la interpretación correcta del sistema entonces vigente, y adoptó decisiones “2-1”. Por las razones expresadas, el acierto de dicho apartamiento me parece cuestionable. Pero la comprensión del sistema estadounidense al menos ayuda a entender un poco mejor lo ocurrido: en esas ocasiones nuestra Corte no hizo más que aplicar la regla norteamericana de “la mayoría sobre el quórum”...

¹¹⁵ Por citar algunos ejemplos: “*D. Lino de la Torre s/ habeas corpus*”, sentencia del 21 de agosto de 1877, “*Fallos*” 19:231 (3-1, voto “en discordia” del juez Laspiur); “*La sucesión de Doña Tomasa Vélez Sarfield c/ el Consejo de Educación de la Provincia de Buenos Aires*”, sentencia del 19 de noviembre de 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, por falsedad en los registros electorales*”, sentencia del 9 de febrero de 1888, “*Fallos*” 33:17 (4-1, voto “en disidencia” del juez Frías); “*El Ferrocarril Central Argentino c/ Don José Pacheco*”, sentencia del 16 de octubre de 1894, “*Fallos*” 57:362 (3-1, voto “en disidencia” del juez Bazán).

¹¹⁶ Joaquín V. González también entiende que las normas funcionan en conjunto y las lee en el orden que nosotros favorecemos, es decir, primero el 9 y después el 8. JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina...* cit., pp. 597-598.

Para concluir el análisis de la ley 27, notemos que el artículo 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 artículo 9: también en este supuesto se llamará a conjuces hasta asegurar que al menos tres jueces estén de acuerdo en 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 conjuces¹¹⁷. 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 artículo 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 hice referencia a propósito del quórum¹¹⁸, ratifica también esta conclusión.

Finalmente, surge también implícitamente del conjunto normativo formado por los artículos 9 y 8 de la ley 27, así como de la costumbre de la Corte Suprema, que cuando el “impedimento, recusación o excusación” provocan un empate –de 2-2¹¹⁹, 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.

¹¹⁷ Ello surge también, como vimos, del artículo 22 de la 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”.

¹¹⁸ Cfr. los casos enumerados supra en la nota 43.

¹¹⁹ 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”.