

LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

por

Alberto F. Garay

I. INTRODUCCIÓN Y PROPUESTAS

La Doctrina del Precedente pertenece, como se sabe, al mundo jurídico anglosajón. Está estrechamente vinculada a la seguridad jurídica y a la igualdad. Ella sirvió de soporte al crecimiento y desarrollo del Derecho Privado en los países de la órbita del *Common Law*. En Estados Unidos – donde se practica una versión del *common law* más flexible que la inglesa- algunos autores han cuestionado su procedencia cuando se trata de problemas constitucionales¹. Pero dichas objeciones se centran más en lo tocante a la obligatoriedad del precedente que en el método de análisis de los problemas jurídicos que ella lleva consigo.

Entre nosotros, en general, esta Doctrina no echó raíces. No obstante, la Corte Suprema de Justicia Nacional emplea desde sus inicios (y a su manera) recursos típicos de ella.

El abogado local –educado centralmente en la interpretación de códigos y leyes y en las teorías conexas- sigue pensando los problemas que

¹ Parte de esta discusión está reflejada en los siguientes artículos: CHAMBERLAIN, D. H., “*The Doctrine of Stare Decisis as Applied to Decisions of Constitutional Questions*”, Harvard Law Review, Vol. 3, p. 125 (1889); POUND, Roscoe, “What of Stare Decisis?”, 10 Fordham Law Rev., Vol. 10, p. 1 (1941); MALTZ, Earl M., “Some Thoughts on the Death of Stare Decisis in Constitutional Law”, Wisconsin Law Rev., Vol. año 1980, p. 467; EASTERBROOK, “Ways of Criticizing the Court”, Harvard Law Review, Vol. 85, p. 802 (1982); Note, “The Power That Shall Be Vested in a Precedent: Stare Decisis, the Constitution and the Supreme Court”, B. U. Law Rev., Vol. 66, p. 345 (1986); MONAGHAN, Henry P., “Stare Decisis and Constitutional Adjudication”, Columbia L. Rev., Vol. 88, p. 723 (1988); LAWSON, Gary, “The Constitutional Case Against Precedent”, Harvard J. L. & Publ. Policy, Vol. 17, p. 23 (1994).

tiene que resolver como lo hace un jurista europeo o latinoamericano, esto es, en base a razonamientos abstractos de la ley²; hay “una suerte de atracción hacia lo abstracto”, diría Genaro Carrió³.

Esta indiferencia por el derecho judicial, es decir, por cómo se interpreta y aplica la ley para resolver los casos concretos, tolera o facilita un doble standard. Según él, la seguridad jurídica y la igualdad son importantes al momento de hacer a ley. Ella es suprema en este ámbito. Pero esa supremacía puede ceder cuando la ley ingresa al poder judicial. En efecto, si un juez o tribunal no está obligado a seguir sus propios precedentes (ninguna norma escrita lo establece expresamente), y si los tribunales inferiores no están en la obligación de seguir la jurisprudencia establecida por los superiores al resolver casos análogos, es evidente que coexistirán distintas y a veces hasta contradictorias interpretaciones de la misma norma lo cual significa, de hecho, que casos semejantes serán tratados de diferente manera. Esa disparidad también resiente la seguridad jurídica y frustra la realización de la norma sancionada por la legislatura, pues la ley, demás está decirlo, no ha sido pensada para regir y no regir, al mismo tiempo. Ella ha sido sancionada con el propósito de gobernar un área o una actividad determinada, respecto de todos los individuos allí genéricamente determinados.

Como explicaré seguidamente, con el correr de los años se produjeron avances graduales tendientes a fortalecer la vigencia de la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la norma en el ámbito judicial para supuestos extremos. El recurso de inaplicabilidad de la ley, en jurisdicción de la Capital Federal, vino a hacer parcialmente esa tarea, al

² CUETO RÚA, Julio C., EL COMMON LAW. Su Estructura Normativa. Su Enseñanza, La Ley, 1957, Bs. As., p. 225, nota a pie de página 33.

³ CARRIÓ, Genaro R., RECURSO DE AMPARO Y TÉCNICA JUDICIAL, 2a. ed. Aumentada, Abeledo Perrot. 1987, Bs. As., p. 174.

habilitárselo para los casos de contradicción jurisprudencial entre las salas de una misma Cámara. Pero en el año 2013, con la sanción de la ley 26.853, los avances graduales realizados a lo largo de un siglo fueron eliminados de un solo golpe: hoy no existe forma de unificar la jurisprudencia contradictoria de las salas de las Cámaras Federales de Casación creadas por la ley 26.853⁴. Es evidente que dicha situación debe ser conjurada tan pronto como sea posible. *Propongo que -hasta tanto se establezcan las Cámaras de Casación-, los tribunales de apelación recuperen la posibilidad de unificar su jurisprudencia e idéntico recurso debe existir cuando la contradicción ocurra entre salas de la Casación (como dispone el art. 10 de la ley 24.050, respecto de la casación en materia penal).*

Otra de las instancias en las que la seguridad jurídica y la igualdad es clave es en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Intermitentemente, a lo largo de los años la Corte se ha pronunciado en favor de la obligatoriedad horizontal de sus precedentes y de un débil efecto vinculante vertical. *Propongo que la Corte y los tribunales inferiores redoblen esfuerzos para hacer de la obligatoriedad de los precedentes la primera la regla general de comportamiento de todos.*

Seguidamente expondré las características generales de la Doctrina del Precedente del *Common Law* y de la supremacía de la ley del Derecho de tradición romanista. De dicha descripción surgirá la aludida vulnerabilidad institucional de nuestra tradición (y de nuestro sistema) vis a vis el *Common Law*. Allí se demostrará también la imperiosa necesidad de superarla.

⁴ La ejecución de la ley está suspendida de hecho por la Acordada CSJN 23/13.

II. LA TRADICIÓN ANGLOSAJONA

Lo que se conoce como la Doctrina del Precedente, es un conjunto de ideas, principios y prácticas que se observan en los países pertenecientes a la órbita del *Common Law*⁵.

Según Postema y Duxbury, el origen de la doctrina del Precedente se remonta aproximadamente al S. XII y adquiere generalidad y forma más definida, tal como lo conocemos en la actualidad, a mediados del S.XIX⁶. Esta Doctrina, verdadera columna vertebral histórica del Derecho Privado anglosajón, se proyecta horizontal y verticalmente dentro de las estructuras judiciales.

Expuesto de manera meramente introductoria puede afirmarse que en su faz horizontal, ella dice que un caso judicial *debe ser* resuelto conforme la regla general explicitable de una sentencia anterior recaída en un supuesto análogo, pronunciada por el mismo tribunal. Esta fuerza obligatoria es conocida a través de la expresión latina *stare decisis et quieta non movere* o, más brevemente, *stare decisis*⁷.

En su faz vertical la doctrina dice que un caso judicial debe ser resuelto por el juez en base a la regla general explicitable de una sentencia anterior dictada por el superior tribunal de la jurisdicción en una causa

⁵ Estas naciones son Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda, India, Pakistán, Canadá y Estados Unidos de Norteamérica. Tanto Quebec, en Canadá, cuanto Lousiana, en Estados Unidos, pueden ser vistos como probables excepciones, o, al menos, como jurisdicciones mixtas, desde que allí el derecho privado no se origina en un corpus de decisiones judiciales sino que está básicamente contenido en un Código Civil de ascendencia francesa. Ver, MONAHAN, Patrick, CONSTITUTIONAL LAW, Irwin Law, 2nd ed. 2002, Toronto, p. 116; GARVEY ALGERO, Mary, *The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*, Louisiana Law Review, Vol. 65, p. 775 (2005).

⁶ POSTEMA, Gerald J., PHILOSOPHY OF THE COMMON LAW, en THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW, editado por Jules Coleman y Scott Shapiro; editor asociado Kenneth Eimar Himma, ed. Oxford University Press 2004, Oxford, p. 589; *idem*, DUXBURY, Neil, THE NATURE AND AUTHORITY OF PRECEDENT, ed. Cambridge University Press 2008, Cambridge, Cap. 2, p. 31, 35.

⁷ CHAMBERLAIN, D. H., "The Doctrine of Stare Decisis as Applied to Decisions of Constitutional Questions", Harvard Law Review, Volumen 3, p. 125 (1889).

juzgada substancialmente análoga o similar. Como ya habrá advertido el lector, determinar la semejanza entre casos y explicitar cuál es la regla general, *holding* o *ratio decidendi* del precedente son clave.

Los dos ámbitos recién esbozados, suponen casos que no están regidos directamente por leyes o reglas generales emanadas de órganos legislativos. No obstante, cuando el caso a resolver presupone la subsunción de los hechos particulares en las previsiones de una ley que trata específicamente el asunto, como en la actualidad ocurre a diario, el juez también echará esa mirada retrospectiva y se guiará por la interpretación que de esa norma general se hizo previamente sea que el precedente fuera propio, sea que se trate de un caso resuelto por el superior tribunal de su jurisdicción. Mas estos supuestos no son idénticos a los anteriores y presentan algunos problemas que no están presentes cuando no existe una ley que rija directamente el asunto⁸.

En cualquiera de los casos recién aludidos, el precedente análogo que proviene de un tribunal de distinta jurisdicción puede ser tenido en cuenta para resolver de modo semejante el juicio pendiente de sentencia pero él no será considerado obligatorio. Ese vínculo es generalmente calificado como persuasivo.

Según Wasserstrom, los valores o intereses que justifican la doctrina del precedente son la seguridad jurídica, el respeto a las expectativas generadas por la existencia misma del precedente (generalmente designado como "*reliance*"), la igualdad y la eficiencia⁹.

III. LA TRADICIÓN ROMANISTA

1. Cuatro rasgos Característicos

En nuestro país, el Derecho Privado y parte del Público transitó otro camino. La tradición prevaleciente fue tributaria de lo que se conoce como la

⁸ Sobre el punto, ver, CALABRESI, Guido, A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES, ed. Harvard Univ. Press, 1982; EISENBERG, Melvin Aron, THE NATURE OF THE COMMON LAW, Harvard Univ. Press, 1988.

⁹ WASSERSTROM, Richard A., THE JUDICIAL DECISION. Towards a Theory of Legal Justification, Stanford University Press, 1961, Stanford, California, p. 60 y ss.

Tradición Romanista Justiniana¹⁰, iniciada a partir del Corpus Iuris Civilis, sancionado, por partes, entre los años 529 y 534 DC¹¹. En las naciones pertenecientes a esta tradición –y más allá de las características propias de cada uno de sus sistemas específicos- un rasgo común está dado por la importancia que posee la ley y los códigos, en tanto productos emanados de un órgano legislativo, al momento de pensar la solución de un problema jurídico. En estas jurisdicciones la fuente formal del Derecho por antonomasia es la ley positiva¹², entendida ésta como norma general escrita y obligatoria, emanada de un órgano público con competencia para sancionarla¹³. El legislador, en sentido lato, es quien crea, es el autor de la

¹⁰ Ihering hablaba de “*nuestro derecho romano de hoy*” (VON IHERING, Rudolf, LA LUCHA POR EL DERECHO, ed. Perrot 1958, Buenos Aires, versión del prof. Adolfo Posada, Cap. V, p. 129). Aludo a tradición jurídica conforme el significado que le atribuye John Henry Merryman, en tanto “*conjunto de actitudes profundamente arraigadas e históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, del rol del derecho en la sociedad y en la comunidad política, acerca de la organización y funcionamiento de un sistema jurídico y acerca del modo en que el derecho debiera ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado*” (MERRYMAN, John Henry, THE CIVIL LAW TRADITION. An introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America, Stanford University Press, 2 ed., p. 1.); Guibourg, también alude a “*tradición jurídica romanista*” (GUIBOURG, Ricardo A., PENSAR EN LAS NORMAS, ed. Eudeba 1999, Buenos Aires, p. 113). *Idem*, VERNENGO, Roberto José, CURSO DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales 1976, Buenos Aires, p. 342 (“*En la tradición romanista ...*”).

¹¹ Entre los países cuyos sistemas jurídicos reconocen este *pedigree* están la Argentina y los restantes países sudamericanos, gran parte de América Central, parte de América del Norte, países europeos y algunos otros de África y Asia.

¹² Históricamente y al margen de su mérito descriptivo, se suele distinguir entre fuentes formales y fuentes materiales del Derecho, para aludir a distintas formas de producción de normas jurídicas. Entre las formales, ubican, por ejemplo, a la Constitución y la ley. Entre las segundas, a la costumbre y la jurisprudencia, entre muchos otros (VERNENGO, Roberto José, “CURSO ...”, p. 329 y ss.).

¹³ En el texto estoy empleando la palabra “fuente”, en el sentido de órgano público con competencia para producir normas jurídicas generales y obligatorias; esas decisiones son generalmente denominadas leyes o decretos, pero existen otras con diferentes denominaciones que poseen características comunes (e.g., las Circulares que dicta el Banco Central de la República Argentina, las resoluciones de alcance general de la Administración Federal de Impuestos y muchas otras emanadas de diferentes reparticiones del Estado Nacional, los Provinciales, las Municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). “Derecho”, a su vez, cuando es conectado a la expresión “fuente del derecho”, es un vocablo que empleo en sentido de norma positiva o regla jurídica general, o conjunto de ellas, expresadas a través de leyes, decretos y otras decisiones de similares características, que emanan de órganos habilitados a tal fin por la ley. CARRIÓ, Genaro R., NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE, 5ª. Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot 2006, Tercera parte, III, p. 108 (donde, a fin de clarificar la expresión “los jueces crean derecho”, proporciona cuatro significados diferentes para la expresión derecho).

ley¹⁴. En la tradición romanista la igualdad de casos se plasma en la ley; es en esta instancia donde se deposita la fuerza del principio que manda tratar los casos semejantes del mismo modo. Y el que así ocurra es visto como un factor que inyecta seguridad al sistema. A ello se agrega la creencia que un caso es resuelto en base a lo que el juez que debe dictar sentencia interpreta que la ley establece.

La razón de ser de esta preferencia estriba, además, en otra de las creencias históricas compartidas en los países que respetan esta tradición, consistente en la idea que el juez no “creaba” la ley, sino que era la “boca de la ley”¹⁵, idea ésta que, junto con la mencionada en el párrafo anterior, fue consolidada por el proceso de la codificación¹⁶. Es decir, en sentido general y más allá de los avances particulares que se han realizado en este aspecto más modernamente, la función del juez consiste en resolver los conflictos, aplicando para ello las reglas sancionadas por el legislador, en sentido lato.

En tercer lugar y en franca oposición a la idea predicada por la Doctrina del Precedente, existe la noción de que una sentencia judicial no

¹⁴ Estrechamente vinculado a la “creación de la ley” y sus ambigüedades se halla la expresión “creación del derecho”, que participa de parejas características y que tantas polémicas ha desatado entre los juristas. En nuestro medio, quien mejor se ha ocupado de esa disputa fue Genaro R. Carrió (CARRIÓ, Genaro R., NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE, citado, Capítulo I, Tercera parte, párr. III, pág. 105 y siguientes), donde reproduce su polémica con Sebastián Soler acerca de este tópico. Para este último -fiel exponente de la escuela dogmática- el juez no creaba nada; simplemente interpretaba y aplicaba la ley, ver SOLER, Sebastián, LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY, ed. Ariel 1962, Barcelona, p. 163 (“*Pero lo importante en este tema y en lo cual nos apartamos del punto de vista de algunos modernos, consiste en subrayar que el juez no crea nada: todos los elementos le son dados y su tarea es estrictamente de estructuración y ensamblaje*”). Para Carrió, una persona que pudiera ver el Derecho con esos rasgos de fijeza y rigidez, sin ambigüedades, vaguedades e ignorando la textura abierta de los lenguajes naturales, “es un personaje mítico. Una suerte de Superman jurídico, sembrador infatigable de precisiones y claridades” (*Idem*, p. 158.)

¹⁵ Esta expresión, es una versión breve del famoso párrafo pronunciado por Montesquieu (de SECONDAT, Charles-Louis, Baron de la Brède et de Montesquieu, EL ESPÍRITU DE LAS LEYES, Ed. Heliasta 6ª. edición 1984, traducido del francés por Nicolás Estevanez, Buenos Aires, Libro XI, Cap. VI, pág. 194: “*Podría ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo previsora y ciega, fuese, en casos dados, excesivamente rigurosa. Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma*”).

¹⁶ PUIG BRUTAU, José, LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO. Interpretación Creadora y Arbitrio Judicial, Bosch, 1952, Barcelona, p. 131; ZULETA PUCEIRO, Enrique, *La Noción de Ley en el Iluminismo*, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado N° 6, Abeledo-Perrot 1986, 177, 185/186. DÍEZ PICASO, Luis, EXPERIENCIAS JURÍDICAS y teoría del derecho, Ariel, 3ª. ed. 1993, Corregida y puesta al día, Barcelona, p. 133.

puede ser considerada como fuente formal del Derecho, en el sentido que sí lo es la ley. Una sentencia *sólo* aplica la ley (en sentido lato) a los casos litigiosos. El juez está obligado por la ley, no por la interpretación que de ella hizo otro magistrado en un caso análogo¹⁷. Como idea general subyacente y arraigada e, insisto, más allá de los progresos que se pueden verificar en este punto en algunas jurisdicciones, no se acepta que una sentencia dé nacimiento a, cree o presuponga una, norma jurídica general que no haya sido sancionada por el legislador¹⁸. De aquí que lo resuelto por otro Juez o, inclusive, por una sala de un tribunal superior de la misma jurisdicción sobre

¹⁷ No obstante, antiguamente, en el Common Law ese acto de creación normativa aludido en el texto principal era enmascarado bajo el ropaje del “descubrimiento” de algo preexistente. *“Durante los siglos diecisiete y dieciocho la cita de precedentes se justificaba por referencia a lo que [Blackstone, en Inglaterra y Estados Unidos o Stair, en Escocia] consideraban ser su peso probatorio [de un derecho preexiste], el Common law venía a contener, localmente, las leyes de la razón y de la naturaleza, desarrolladas a través de las costumbres generales del reino”* (BANKOWSKI, Zenon, MacCORMICK, D. Neil, MORAWSKI, TORUN y RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Rationales for Precedent”, en INTERPRETING PRECEDENTS. A Comparative Study, editado por Neil MacCormick y Robert S. Summers, ed. Ashgate-Dartmouth 1997, Aldershot, Brookfield, Vermont, Dartmouth,, p. 481, 482. Cross y Harris explican este fenómeno en Inglaterra, donde generalmente se lo engloba bajo la llamada teoría declarativa del derecho (CROSS, Rupert and HARRIS, J. W., PRECEDENT IN ENGLISH LAW, 4a. ed. 1991, págs. 27-29). Lo mismo ocurrió en Estados Unidos, ver CAPALLI, Richard B., “What is Authority? Creation and Use of Case Law by Pennsylvania’s Appellate Courts”, Temple Law Review, Vol. 72, pág. 303, 312-313 (1999). Sobre esta teoría, su desarrollo a partir de la obra de Blackstone y su evolución posterior, en castellano, puede consultarse CUETO RÚA, Julio, EL COMMON LAW. Su Estructura Normativa - Su Enseñanza, La Ley 1957, Cap. I, parágrafo III, p. 35 y siguientes.

¹⁸ En realidad, en numerosas oportunidades el juez perteneciente a la tradición romanista “crea” derecho, en el sentido que aplica normas que no pre-existían en un Código o en una ley, decreto, ordenanza, etc. No obstante, esa actividad creadora suele estar enmascarada en algunas concepciones centrales del sistema. Por ejemplo, por citar el caso de las lagunas del Derecho, los jueces “no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes”, disponía el artículo 15 del viejo Código Civil argentino. Tales casos, ¿cómo se juzgan? ¿Qué norma se aplica? Tal solución parecía venir dada por el artículo siguiente, (v.gr. 16 del Código Civil derogado) que remite a los principios generales del derecho o a las instituciones análogas. La latitud que posee un juez que tiene que resolver un caso en estas condiciones es enorme. Y ella es mayor aún si estamos a las previsiones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, texto según ley 26.994. Hoy es poco discutible que, en estos casos, el juez debe crear la norma en base a la cual decidirá la controversia. Sin embargo, aquella remisión del viejo artículo 16 o las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial (arts. 1 a 3) disimulan esa enorme delegación de poder que la norma defiere en los jueces para construir explícita o implícitamente otras normas en base a las cuales resolverán cierto tipo de conflictos. Por lo tanto, en nuestro sistema y en esos supuestos, sin duda, existe un ámbito en el que los jueces, legítimamente, “crean” derecho. No obstante, uno de los inconvenientes centrales que se aprecia en estos casos es que (i) no se ha desarrollado una técnica o un método que guíe al juez en la construcción de esas normas a partir de aquellos genéricos principios y (ii) la ausencia de esa técnica o de un método compartido impide poder analizar la corrección o incorrección de esa actividad proteica en base a un modelo aceptado. El grado de opinabilidad es enorme.

una cuestión análoga a la que se tiene que resolver, no sea de seguimiento obligatorio. Esa decisión o, más correctamente, la regla explicitable de ella, puede ser tenida en cuenta o no. En definitiva, como dice un antiguo brocardo, se piensa que el juez falla conforme su ciencia y conciencia.

En cuarto término, en la tradición romanista existe la idea de lo que denominamos “la jurisprudencia”. Existen diversas acepciones de ella¹⁹. A su respecto, si admitimos que lo expresado por los autores aludidos en la nota a pie de página recién efectuada refleja la *communis opinio* más generalizada del foro a su respecto, puede afirmarse entonces que en Argentina, otro uso de la expresión “jurisprudencia” dice que se trata del principio, de la inteligencia o doctrina que surge de una serie de sentencias que resuelven cuestiones análogas del mismo modo²⁰. Algunos franceses

¹⁹ COSSIO, Carlos, “EL DERECHO EN EL DERECHO JUDICIAL, citado, Cap. IV, parágrafo III, p. 165 (“...hay jurisprudencia en los fallos de contenido concordante, sea esta concordancia actual o potencial; y que la jurisprudencia consiste en tal concordancia, la que a su vez consiste en la apertura al valor orden, primer sentido axiológico de toda norma jurídica”); NINO, Carlos S., INTRODUCCIÓN AL DERECHO, citado, p. 152 (“En cuanto a los precedentes, es obvio que en nuestro sistema (de tipo continental europeo) ... ellos no tienen decisiva relevancia. En nuestro país los jueces buscan orientación en la jurisprudencia, pero en general no consideran que los precedentes tengan fuerza imperativa para las futuras decisiones. Por otra parte, la jurisprudencia en nuestro país ... no se constituye con una sola decisión, sino que exige una serie concordante de decisiones”); LLAMBIAS, Jorge J., TRATADO DE DERECHO CIVIL. Parte General, ed. Abeledo-Perrot 20. ed. 1984, Buenos Aires, Tomo I, p. 79 párr. 72 (“La jurisprudencia es la fuente de derecho que resulta de la fuerza de convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo punto”); PÉREZ, Felipe S., LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA CORTE SUPREMA, ed. Amauta, 1962, T° I, Cap. II, Buenos Aires, p. 22, refiriéndose en general a igual tema (luego se concentrará en la jurisprudencia de la Corte, en particular) expresaba que “[l]a reiteración de pronunciamientos judiciales sobre una cuestión varias veces debatida a causa de diferencias reales o aparentes, en su esencia o en su planteamiento, termina por establecer una jurisprudencia que viene a ser una verdadera fuente creadora de derecho al proporcionar una determinada inteligencia a la Constitución o a la ley, que puede ser tanto de sentido estricto o restrictivo como de una verdadera extensión de su contenido”; PALACIO, Lino E., DERECHO PROCESAL CIVIL, ed. Abeledo-Perrot 2a. Edición 1979, T° I, par. 35, p. 192-193 (A) (“En su acepción más difundida, jurisprudencia significa la forma concordante en que los órganos judiciales se pronuncian al resolver casos similares. El conjunto de fallos dictados termina por fijar criterios o reglas generales que, como expresión de valoraciones vigentes, son utilizadas por los jueces para justificar el carácter jurídicamente objetivo que deben revestir sus decisiones, y configuran, por consiguiente, fuentes del derecho ... b)... ella carece del grado de obligatoriedad que reviste la ley”); MACHADO, José Olegario, EXPOSICIÓN Y COMENTARIO DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, Editora Científica y Literaria Argentina 1922, T° I, p. 50, Buenos Aires, quien se manifestó en contra de ver a la jurisprudencia de los tribunales como formada “por una o varias decisiones conformes ... hasta querer privar a los jueces de su libre facultad de interpretar la ley al aplicarla”.

²⁰ El español Puig Brutau, si bien aclara que no coincide con ella, daba una noción similar: “Hablamos de jurisprudencia en el sentido corriente entre nosotros, es decir, «como criterio mantenido por los tribunales en la aplicación del Derecho» (ESPÍN, MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, vol. I, pág. 69, Madrid, 1951)”, PUIG BRUTAU, José, LA

hablan de “jurisprudencia constante” (*jurisprudence constante*), concepto que André y Suzanne Tunc combatieron²¹.

Pero lo cierto es que, sea cual fuere la noción que elijamos²², la existencia de jurisprudencia sobre un punto no asegura que los tribunales posteriores que deban resolver un caso semejante van a hacerlo del mismo modo que aquélla. No existe obligación de comportarse así y en muchas ocasiones la contradicción jurisprudencial que esta concepción facilita es verificable empíricamente.

En esta tradición también están presentes razones de seguridad jurídica, igualdad y economía, como en el *common law*. Sin embargo, ellas han sido desarrolladas teniendo en vista, primordialmente, la noción de supremacía de la ley. Cómo esos mismos valores podían diluirse frente a sentencias judiciales que resolvieran contradictoriamente casos indiscutidamente análogos, fue algo que esta tradición descuidó (sin perjuicio de lo que comentaré seguidamente acerca del recurso de inaplicabilidad de la ley). Tampoco ha atendido la técnica de fundar un caso en base a lo resuelto en otro u otros²³.

JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO. Interpretación Creadora y Arbitrio Judicial, ed. Bosch, Barcelona, p. 16 nota a pie de página 2. Si bien han ocurrido cambios de importancia entre la época en que Puig Brutau expresaba lo recordado anteriormente y la España de hoy, puede afirmarse que la idea de repetición de sentencias concordantes sigue siendo un elemento central en lo que hace a la noción actual de la palabra “jurisprudencia”. Ver, RUIZ MIGUEL, Alfonso y LAPORTA, Francisco J., PRECEDENT IN SPAIN, en INTERPRETING PRECEDENTS, *op. cit. supra* nota 12, p. 259, 272 y siguientes.

²¹ Ver TUNC, André y TUNC, Suzanne, EL DERECHO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Instituciones Judiciales, Fuentes y Técnicas, traducción de Javier Elola, ed. Imprenta Universitaria 1957, México, p. 305 y siguientes, quienes comparan la autoridad del precedente en el derecho inglés y norteamericano, con la noción de jurisprudencia constante que algunos autores atribuyen al derecho francés. Los Tunc combatieron la idea de que, para hablar de jurisprudencia era necesaria la repetición de casos resueltos en el mismo sentido. Atribuyen ese uso a los arretistas, es decir, a los comentaristas de las sentencias de la Corte de Casación. (“*En casi todos los casos, las “jurisprudencias constantes” que conoce el derecho francés proceden de una sentencia de la Corte de Casación, sentencia que, desde el principio, estableció el derecho por sí sola y fue reconocida como dotada prácticamente de ese poder*”). (*Id.*, p. 311).

²² Existen numerosas versiones acerca del sentido que se debe adjudicar a la noción de jurisprudencia. Cossio advirtió su multivocidad hace muchos años (COSSIO, Carlos, EL DERECHO EN EL DERECHO JUDICIAL, ed. Librería El Foro 2002, reimpresión de la misma obra publicada en 1959, Buenos Aires, p. 154).

²³ CARRIÓ, Genaro R., RECURSO DE AMPARO Y TÉCNICA JUDICIAL, 2ª. ed. Aumentada 1987, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 174; TARUFFO, Michele, “Institutional Factors Influencing Precedents”, en INTERPRETING PRECEDENTS, *op. cit. supra* nota 12, Cap. XIII, p. 437, 455.

Con este rápido punteo sólo pretendo identificar las ideas mencionadas de manera simplemente referencial. Desde ya que, según el país y la época, el significado y la fuerza de ellas ha variado. Inclusive, entre los diferentes sistemas de las naciones de tradición romanista existen diferencias importantes en cuanto a cómo han recibido esa herencia y a cómo se fue desarrollando en su suelo²⁴. No obstante, es indiscutible que esas ideas, así vagamente expuestas, forman parte del acervo cultural de esta tradición²⁵.

2. La Contradicción jurisprudencial y el recurso de inaplicabilidad de la ley

Como expresé anteriormente, la tradición romanista descuidó el llamado derecho judicial y tal negligencia se diseminó en los distintos sistemas tributarios de ella. Como consecuencia de la falta de obligatoriedad a la que aludí precedentemente, en general, el estudio de las decisiones

²⁴ Un sistema arquetípico de la fuerza de estas ideas y de la estricta separación del poder judicial y del legislativo, es Francia. Allí, referido a la expresión “jurisprudencia”, se ha llegado a sostener que “cuando el término significa, simplemente, decisiones judiciales pasadas, la mera cita de esas decisiones es considerada aceptable. Pero cuando el término incluye la noción de doctrina judicial consistente (como expresa la frase común *jurisprudence constante de la Cour de Cassation*), entonces aparecen problemas vinculados con la separación de poderes y el *arrêt du reglement*. El retrato francés de la decisión judicial, según se establece en decisiones substantivas, niega la viabilidad de una doctrina legal consistente creada judicialmente”. (LASSER, Mitchel de S. -O- l’E., JUDICIAL DELIBERATIONS. A comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy, ed. Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 37). En este trabajo, Lasser compara los estilos de las sentencias pronunciadas por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, más el de la Corte de Casación francesa y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. El propósito que persigue esta investigación es analizar los diferentes discursos judiciales y establecer el grado de transparencia y legitimidad reinante en cada uno de esos ámbitos. Ver también Troper y Grzegorzcyk quienes añaden que en Francia está prohibido “*suivre un précédent* sólo porque es un precedente ... *El sistema francés contiene una regla: «una decisión de un tribunal que trata a un precedente como obligatorio es nula». Esa regla es expresada por el artículo 455 del Código de Procedimiento Civil... Ésta es la razón por la cual cualquier decisión judicial que haga referencia exclusiva a un precedente, inclusive una de la Corte de Casación, es considerada como no motivada y por ello ilegal, porque viola el artículo 455 del Código Procesal Civil (Cass. civ. II, 4 de mayo de 1961, Bull. civ. II, n.314; Cass. com. 13 de abril de 1964; Bull. Civ. III, n. 179). De la misma manera, es ilegal si menciona «la jurisprudencia» o sentencias sin examinar las particularidades del caso (Cass. civ. III, 6 de febrero de 1969, Bull. civ. III, n. 119)”. TROPER, Michel y GRZEGORCZYK, “Precedent in France”, en INTERPRETING PRECEDENTS. A Comparative Study, editado por Neil MacCormick y Robert S. Summers, ed. Ashgate-Dartmouth 1997, Aldershot, Brookfield, Vermont, Dartmouth, p. 103, 115.*

²⁵ Véase el recorrido que hace Garro por el Derecho latinoamericano, GARRO, Alejandro M., “Eficacia y Autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado”, REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES, Abeledo Perrot, 1989 -I- 11.

judiciales se concentró de manera predominante en las formalidades externas de la sentencia o en sus resultados. Parte de este desinterés se aprecia también en la ausencia de un criterio uniforme para aludir a la jurisprudencia; ésta es caracterizada de muy variadas maneras y, en cualquier caso, como dije en el apartado anterior, ella carece de fuerza obligatoria. Pero también es característico de esta tradición, en general, y de nuestro derecho judicial, en particular, la imprecisión con que se citan los precedentes y la despreocupación por acudir a fallos que estén publicados. Las referencias que conducen a precedentes difícilmente asimilables o que sólo obran en los registros del tribunal, son -muchas veces por deficiencias burocráticas, otras, por lejanía o por su archivo-, de difícil o complicado acceso. Ello tiene por consecuencia debilitar el poder de convicción que, supuestamente, se persigue con su identificación. Además, cuando se citan sentencias (fenómeno harto frecuente), se mencionan resoluciones “al bulto”, es decir, sin discriminar entre lo que se resolvió en esos casos y lo que se dijo en ellos y, entre estas últimas consideraciones, no suelen distinguirse las razones que son necesarias para llegar al resultado arribado, de aquéllas otras que o tienen relación indirecta con lo decidido o son resueltamente sobreabundantes. Citas de este tipo no confieren soporte racional serio a un fallo, ni contribuyen a revestirlo de objetividad.

El desinterés por fundar adecuadamente un caso en otro resuelto anteriormente por un tribunal superior y la no obligatoriedad del precedente, colocan en franca desventaja institucional a la tradición romanista frente al common law. En efecto, como expresé en la Introducción, ambas consideran que los casos iguales deben ser tratados del mismo modo y ambas dan prevalencia a la seguridad jurídica, pero en la primera, esos principios o razones –presentes al momento de hacer la ley- cesan cuando la ley debe ser interpretada por los jueces en casos semejantes. Ello así, porque cada juez o jueza tenía y, en varios sentidos, aún tiene, libertad de interpretar la ley sin estar obligado siquiera a consultar cómo otro tribunal –de igual o superior jerarquía dentro de la misma jurisdicción- ha resuelto un caso semejante al que él o ella tiene que resolver. Puede hacerlo, pero esa decisión anterior no lo constriñe, a menos que él o ella, subjetivamente, lo viva de ese modo imperativo.

Pues bien, veamos ahora cómo se atenuaron los rasgos romanistas en nuestro medio. A comienzos del s. XX, a medida que la litigiosidad aumentaba, se generó la necesidad de nombrar más jueces y habilitar instancias intermedias de revisión de esas sentencias. Fue en oportunidad de ampliarse los tribunales de apelación que la contradicción jurisprudencial ya no fue vista con indiferencia o como el pretendido respeto a la “libertad” del juez. Así, por la ley 7055 se aumentó el número de integrantes de la Cámara Civil de la Capital Federal y ésta pasó a tener en vez de una, dos Salas. En esta ocasión, una de las preocupaciones del legislador fue, precisamente, la posible contradicción jurisprudencial que podría presentarse entre las salas respecto de la interpretación de las mismas normas jurídicas y de cómo ello violentaba el principio de seguridad jurídica y la igualdad. Obviamente, cuando un tribunal no está dividido en Salas esa contradicción, en principio, no se presenta, pues sus integrantes suelen ser consecuentes con sus decisiones anteriores. Cuando ese tribunal crece en número de integrantes y se ve forzado a dividirse, entonces la posibilidad de que se presenten contradicciones jurisprudenciales es mucho mayor. La enriquecedora lectura del debate legislativo habido en la Cámara de Diputados con motivo de la discusión de esta ley pone en evidencia cómo influyeron las distintas características de la tradición romanista a las que aludí anteriormente y cómo se las combatió²⁶.

Finalmente, en oportunidad de su votación y sanción, prevaleció la idea de solucionar esa posible contradicción mediante el establecimiento del recurso de inaplicabilidad de la ley, el que sería una herramienta idónea para lograr la unificación de las interpretaciones contradictorias de las dos salas. Al mismo tiempo el legislador hizo que la interpretación plenaria fuera obligatoria en sentido horizontal, esto es, para todos los jueces del tribunal de apelación. De este modo, la seguridad jurídica y el respeto al trato igualitario de los casos semejantes, contemplado en la ley, comenzaba a tener su contrapartida, en el derecho judicial.

²⁶ Parte del debate aludido es recordado en el plenario de las Cámaras Civiles en autos “*Saffores, Luis o Juan Luis s/sucesión*” (J.A. 1943 – IV- 501) en el que descuellan las opiniones de Tomás Casares y Argentino Barraquero.

Este esquema se diseminó por las restantes competencias y a partir de la ley 13.998 y las que le siguieron en materia de organización judicial, la obligatoriedad de los fallos plenarios de las cámaras se extendió a todos los fueros y, verticalmente, a todos los jueces inferiores. Luego, en 1991, el art. 10 de la ley 24.050 otorgó esta competencia unificadora a la Cámara Nacional de Casación Penal, insistiendo en su obligatoriedad horizontal y vertical²⁷.

Así, el proceso iniciado en el año 1910, permitió –bien que limitadamente a los supuestos habilitantes del recurso de inaplicabilidad de la ley y con las características que la sentencia plenaria posee– tanto reforzar la seguridad jurídica cuanto que los casos semejantes fueran tratados de la misma manera, sea al momento de hacer la ley sea al de interpretarla y aplicarla a los casos ocurrentes.

3. Las Reformas de la Ley 26.853

El panorama descrito sintéticamente *supra*, sin embargo, fue alterado de manera radical muy recientemente. En el año 2013, la improvisada y súbita reforma dispuesta por la ley 26.853 tuvo efectos devastadores. Por ella se crearon las Cámaras Federales de Casación de la Capital Federal, comoalzada de todas las Cámaras de esa jurisdicción, con competencia ordinaria nacional²⁸.

²⁷ **ARTICULO 10.** – La CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL se reunirá en Tribunal pleno: [Denominación “Cámara Nacional de Casación Penal” sustituida por la denominación “Cámara Federal de Casación Penal”, por art. 13 de la [Ley N° 26.371](#) B.O. 30/5/2008. Vigencia: Ver art. 14, implementación de la norma de referencia]

[...]

b) Para unificar la jurisprudencia de sus Salas o evitar sentencias contradictorias.

c) Para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso cuando la Cámara, a iniciativa de cualquiera de sus Salas, entendiera que es conveniente.

La interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la Cámara, para los Tribunales Orales, Cámaras de Apelaciones y para todo otro órgano jurisdiccional que dependa de ella, sin perjuicio de que los jueces que no compartan su criterio dejen a salvo su opinión personal.

La doctrina sentada podrá modificarse sólo por medio de una nueva sentencia plenaria.

²⁸ Excepción a esta regulación fue la Cámara Federal de Casación Penal de la Capital Federal, la que, por alguna razón, retiene su competencia para unificar la jurisprudencia de sus Salas. Ver art. 10, ley 24.050 en nota anterior.

El art. 11 de la ley, sin razón alguna²⁹, sustituyó el recurso de inaplicabilidad de la ley al que he hecho referencia anteriormente, por los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión. Parejamente, por su art. 12, la ley derogó los arts. 302 y 303 del CPCCN los que, como se recordará, imponían la obligatoriedad de los fallos plenarios en sentido horizontal y vertical.

También dispuso que las Cámaras de Casación que crea, van a estar integradas por dos salas cada una, pero, sorpresivamente, no previó la posibilidad de unificar la jurisprudencia contradictoria que pudiere existir entre las salas de la Casación.

Finalmente, su texto tampoco prevé que las sentencias definitivas pronunciadas por la Casación puedan ser objeto del recurso extraordinario federal en los casos que menciona el art. 14 de la ley 48³⁰.

Tanto la infundada supresión del recurso de inaplicabilidad de la ley ante las Cámaras de Apelación, como la inexistencia de un medio a través del cual se pueda lograr la unificación de la jurisprudencia contradictoria de las salas de la Casación son, definitivamente, un salto al vacío. La duración de los procesos no sólo se extenderá considerablemente sino que, para peor, podrá coexistir jurisprudencia contradictoria de las salas de casación sin posibilidad de unificarla, con lo cual, casos semejantes podrán ser resueltos de manera opuesta en materia civil, comercial, laboral y previsional. El daño infligido a la seguridad jurídica y a la igualdad es enorme.

4. La Doctrina el Precedente y la Jurisprudencia de la Corte Suprema

Desde sus inicios en el año 1863, la Corte Suprema no se comportó como un tribunal típico de la tradición justiniana. A poco de instalada, adoptó la costumbre de citar en sus sentencias otras propias anteriores e

²⁹ *Idem*, OTEIZA, Eduardo, "Ley Creación de la Nuevas Tres Cámaras de Casación y la Duración de los Procesos", en SUPLEMENTO ESPECIAL CÁMARAS FEDERALES DE CASACIÓN LEY 26.853, L.L. mayo de 2013, p. 11, Cap. III.

³⁰ Ver, SOSA, Toribio E., "Algunos Alcances de la Casación Según la Ley 26.853", *loc. cit. ante*, p. 26, Cap. 6.

inclusive, yendo un paso más lejos, comenzó a basar sus decisiones, exclusivamente, en lo resuelto en el caso al que remitía³¹.

La primera causa en la que procedió de tal modo fue "*Tomás Tomkinson y compañía y el Fiscal, sobre diferencia de aforo entre <<mantas mezcla>> é <<imitación Pampas>>*", del año 1864³², donde estaba en discusión el derecho que el Fisco reclamaba al actor por la importación de ciertos productos. Al dictar sentencia, el juez de sección se había remitido a lo resuelto por el Alto Tribunal en un caso anterior³³. En su apelación, Tomkinson cuestionó esa identidad de casos aludida por el juez federal y la Corte reiteró que: "*no se deduce que el presente caso sea de distinta naturaleza que el caso de Thompson y Compañía, y deba resolverse por otros principios...*"

Obsérvese que en estos breves párrafos la Corte no acudió al texto de la ley aduanera aplicable para fundar su decisión, como podría haber hecho y como la tradición romanista hubiera aconsejado. Es más. Si se lee íntegramente la sentencia de la Corte nunca nos enteraremos de cuáles eran las normas en juego. Todo el soporte normativo que menciona la Corte en esta brevísima decisión es lo resuelto por ella en un caso anterior que reputaba análogo a éste. Nada indica que este modo de sentenciar –tan ajeno a la tradición justiniana, haya sido practicado con anterioridad por los tribunales patrios³⁴. La ley 50 (1863), que en esa época regía el

³¹ He desarrollado ampliamente estas ideas y las que siguen, en LA DOCTRINA DEL PRESENTE EN LA CORTE SUPREMA, con prólogo de Alejandro M. Garro, Abeledo Perrot 2013.

³² Fallos: 1: 148, 153, 156 (1864).

³³ El Juez Federal sostuvo: "*Que además de las consideraciones espuestas [sic], el presente caso se halla decidido por la Suprema Corte de Justicia, pues es enteramente idéntico al de la casa de Thompson y compañía, en el cual se confirmó la resolución de la Junta de Comisos, que condenaba al pago de la diferencia.*" Como se puede advertir de la transcripción precedente, la sentencia del Juez tiene expresamente en cuenta la jurisprudencia de la Corte para resolver el juicio, característica ésta ajena a la tradición romanista.

³⁴ En realidad, los tribunales solían no fundar las sentencias y ello generaba el repudio de, al menos, parte del foro. Entre los reformistas, Valentín Alsina y Miguel Esteves Saguí fueron dos que sobresalieron. En 1832 Alsina hizo público un folletín que -escrito tres años antes- luego distribuyó entre sus amigos. Se titulaba ΔREFLEXIONES BREVES sobre la conveniencia de que los jueces funden sus sentencias; y la de que se examinen y voten separada y consecutivamente las diversas cuestiones que haya en una causa@. Ver un facsímil del mismo en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, ΔAcerca de la fundamentación de las sentencias en el derecho patrio@, REVISTA DEL INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE, N° 13 (1962), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,

procedimiento civil y criminal, nada decía, obviamente, de los precedentes judiciales. La Corte tampoco aclaró por qué razón consideraba suficiente fundamento de sus sentencias la mera remisión a precedentes análogos. En realidad, para la época, éste era un hábito más emparentado con prácticas del *Common Law* que con las del precario Derecho judicial local o las del continental europeo. Sin duda, las fuentes norteamericanas en las cuales abrevó el constituyente de 1853 y 1860 y el legislador de la ley 48 de 1863 (basada en la Judiciary Act norteamericana del año 1789) ejercieron su influencia. Además de los antecedentes mencionados, decenas de sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos también operaron como fuente directa y explícita de comprensión de los instrumentos propios que reconocían aquel parentesco (v.gr., los actuales arts. 31, 116 y 117 de la Constitución Nacional, entre otros). Así también, la consulta de esas sentencias resultó en la adopción gradual, por parte de la Corte Suprema Nacional, de doctrinas pretorianas que, si bien pueden considerarse inspiradas en el texto de la Constitución o en la ley reglamentaria, no son mencionadas expresamente por ellas, ni en Argentina ni en los Estados Unidos³⁵.

Imprenta de la Universidad, p. 181, 194-198. Alsina no proponía basar una decisión en precedentes. Su reclamo central estribaba en dos ideas. Por un lado planteaba la necesidad de que en las sentencias los jueces expusieran sus motivos para fallar como hacían A[e]ste es el único modo de evitar errores o arbitrariedades, y de hacer efectiva la responsabilidad judicial, que en nuestro actual sistema la creo irrealizable, quimérica y nominal ...@ (p. 194). Por el otro lado, Alsina -inspirado, según confiesa, por la lectura que había hecho de un legislador francés en 1829- censuraba el modo usual de votación de los tribunales colegiados en las causas donde debía resolverse más de un cuestión. Su idea era que cada juez fundara y votara separada y sucesivamente cada cuestión. Así, podría establecerse una verdadera mayoría de opiniones sobre cada tema. En realidad, su propuesta no hacían sino parafrasear parte de las ideas que había expuesto el Marqués de Condorcet unos años antes, en el siglo XVIII. Años después, en 1837, en su tesis doctoral, Esteves Sagui volverá con la exigencia de motivación de los fallos y, poco a poco, este recaudo irá imponiéndose en algunas Constituciones provinciales hasta llegar a la sanción de la ley 50 (arts. 13 y 14), en el orden federal, diseminándose luego a la legislación provincial y nacional (ver artículo citado, p. 187-191).

³⁵ Estas doctrinas, acerca de la extensión del poder judicial federal a los "casos o controversias" mencionadas en el actual artículo 116 de la Constitución Nacional y sus derivadas, cuestiones consultivas (A*Pérez, José Roque en representación de la Provincia de Mendoza*@, Fallos: 2: 253 [1865]) y, teóricas o abstractas (A*Vedia, Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional*@, Fallos: 5: 316 [1868]), cuestiones políticas (A*Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fe c. Doctor Baldomero Llerena*@, Fallos: 53: 420 [1893]), y la relacionada con el interés para motivar el control de constitucionalidad (A*Bejarno Silverio. Villanueva Emilio c. Municipalidad de la Capital*@, Fallos: 12: 372 [1872], (necesidad de que se trate de un caso contencioso); ver también art. 2, ley 27 [1862]), fueron adoptándose a medida que se presentaban casos que motivaban su empleo y, aun hoy están vigentes.

A la luz de estos antecedentes y visto el peso determinante que durante muchos años el Alto Tribunal adjudicó a la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana al momento de interpretar las cláusulas así emparentadas³⁶, es altamente probable que los integrantes de la primer Corte Suprema y sus sucesores, deliberadamente o no, hayan vivido como natural el fundar sus decisiones como se hacía en las sentencias norteamericanas que les servían de referencia, guía y soporte argumentativo.

Así también, la Corte Suprema argentina fue incorporando gradual y sostenidamente, un modo de justificar sus sentencias que pondrá especial énfasis en (i) el análisis de las semejanzas o diferencias de los hechos que caracterizan al precedente y al caso a resolver³⁷; (ii) distinguir *lo resuelto* en un caso o varios anteriores (*holding* o *ratio decidendi*) de *lo dicho* en él o ellos al pasar o de manera sobreabundante (*obiter dictum*)³⁸; (iii) si ella y los tribunales inferiores deben obediencia a la regla del precedente (*stare decisis*) y, eventualmente, cuáles serían las instancias que autorizarían a su abandono (*overruling*)³⁹; (iv) si una sentencia que inaugura un apartamiento jurisprudencial, puede limitar su aplicación retroactiva (*prospective overruling*)⁴⁰, entre otros tópicos. Es decir, toda una problemática en la que

³⁶ El peso de esa influencia, con particular referencia a los fallos de la Corte Suprema argentina, es estudiado minuciosamente en MILLER, Jonathan M., *The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*, *The American University Law Review*, Volumen 46, pág. 1483 (1997); ver también: HUERTAS, Marta María Magdalena, *EL MODELO CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO EN LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (1863-1903)*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires. (2001).

³⁷ Véase los casos “Solá” (Fallos: 319: 2779); “Ulloa” (Fallos: 330: 1572) y “Boo” (Fallos: 333: 1759 y, más recientemente, ver también *Colegio de Abogados de Tucumán*, CSJ 22/2009 (C. 45), del 14 de abril de 2015.

³⁸ “*Municipalidad de la Capital v. Elortondo*” (Fallos: 33: 162); “*Carlos E. Rosas y otro*” (Fallos: 313: 507); “*Arriola*” (Fallos: 332: 1963, voto de la Dra. Argibay); “*Unión de Usuarios y Consumidores*”, U. 55. XLV, del 1 de octubre de 2013 (voto del Dr. Petracchi).

³⁹ “*Baretta*” (Fallos: 183: 408); “*Corporación de Transportes*” (Fallos: 194: 220); “*Gaviña*” (Fallos: 209: 431); “*Sucesión Emilia Namen de Cheuan*” (Fallos: 319: 1552); “*Barreto*” (Fallos: 329: 759); “*Videla*” (Fallos: 9: 53); “*Pastorino*” (Fallos: 25: 364); “*Cerámicas San Lorenzo*” (Fallos: 307: 1094); “*Raúl Luis Martins*” (Fallos: 319: 699); “*Herminia del Carmen González*” (Fallos: 323: 555); “*Martínez Vergara*” (Fallos: 331: 162); “*Romero*” (Fallos: 332: 1448).

el mundo jurídico anglosajón y la Doctrina del Precedente ofrecen, sin lugar a dudas, los estudios analíticos más penetrantes y un derecho judicial sin parangón en la tradición jurídica continental europea y latinoamericana.

5. Jurisprudencia oscilante, Inseguridad y Desigualdad

Como adelanté en la Introducción, la Corte ha incursionado repetidamente en el carácter vinculante de sus precedentes, tanto de sentido horizontal cuanto vertical. A través del tiempo el tránsito por esas nociones ha estado signado por marchas y contramarchas. Y estas inconsecuencias tienen su contrapartida en la seguridad jurídica y en la igualdad.

En efecto, ese derrotero zigzagueante de su propia jurisprudencia constitucional, verificado dentro de períodos breves y basado en razones circunstanciales (por ejemplo, en el mero recambio de su personal), otorga una alta dosis de inestabilidad e imprevisibilidad que afecta la vida en sociedad, la política, el mundo de los negocios y hasta la libertad. Parece algo obvio afirmar que si no está claro que el tribunal respetará su propia jurisprudencia ante la aparición de casos semejantes, todo proyecto serio relacionado con ella no se ejecutará. Alternativamente, si se decide llevarlo a cabo, se montará, inseguramente, sobre bases trémulas, con alcance breve y sin el ímpetu (psicológico, financiero, etc.) que poseería de contar con la seguridad negada. Estas hipótesis, que tienen en vista supuestos no penales, se agravan en esta última área. Recuérdese el caso "*Albornoz*"⁴¹ y rápidamente se comprenderá la gravedad de estos vaivenes.

La indefinición relacionada con la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene otros muchos efectos perniciosos. Por razones editoriales no puedo extenderme. Sólo añadiré lo que sigue.

⁴⁰ "*Télez*" (Fallos: 308: 552); "*Sacoar*" (Fallos: 312: 2043); "*Giroldi*" (Fallos: 318: 514); "*Kandel, Vanesa Judith v. Estado Nacional*", K. 113. XLI, del 22 de marzo de 2011; "*Sánchez*" (Fallos: 332: 1406); "*Albornoz*" (Fallos: 315: 276); "*Rosza*" (Fallos: 330: 2361); "*Itzcovich*" (Fallos: 328: 566).

⁴¹ "*Albornoz*" (Fallos: 315: 276). El imputado, detenido por tenencia de escasa cantidad de clorhidrato de cocaína, fue absuelto en primera instancia con remisión a lo resuelto en "*Bazterrica*" (Fallos: 308: 1392). Cuando el caso llegó a Cámara, la jurisprudencia de la Corte había dado un giro de 180° en "*Montalvo*" (Fallos: 313: 1333). No obstante la alzada absolvió a Albornoz pues consideró que debía aplicarse la jurisprudencia anterior, más benigna. La Corte revocó y lo condenó por hacer algo que, en definitiva, al momento del hecho, la Corte consideraba permitido y amparado por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Por un lado, esa indefinición mina la confianza pública en la Corte Suprema. Si no está fuera de discusión que los Jueces mantendrán sus opiniones en situaciones semejantes y que sólo pueden apartarse de ellas en casos excepcionales, la civilidad perderá aprecio y respeto por el Tribunal, éste quedará más expuesto a las presiones externas y, ante un cambio de rumbo, su independencia será puesta en duda una y otra vez.

Por el otro, cuando se trata de precedentes en los que está en juego la Constitución Nacional, una visión inconstante, erosiona el significado mismo de la Constitución y su valor simbólico. La Ley Fundamental pasa a ser vista y considerada como si fuera cualquier otra ley.

Por último, tampoco colabora con la seguridad jurídica y la igualdad la jurisprudencia que autoriza a los tribunales inferiores a fallar en contra de lo establecido por la Corte en precedentes constitucionales análogos, siempre que los jueces inferiores cuenten con "*razones novedosas y variadas*"⁴². Esas revisiones, en general, tienen que ser consideradas inadmisibles. La novedad y variedad argumental, si existe, debe alegarla la parte perjudicada ante la Corte. Es esta última quien eventualmente tiene autoridad para corregir su propia jurisprudencia y no un juez o una jueza de un tribunal inferior. A mi ver, creo que esos alzamientos contribuyen a la inseguridad jurídica, al poner en duda cuáles son las reglas de juego o su estabilidad, facilitando una litigiosidad interminable y, muchas veces, inútil.

⁴² "*Herminia del Carmen González*", Fallos: 323: 555, 563 (2000).