

- **Título de la ponencia:** *“Bases para la aplicación de la teoría del precedente en la República Argentina”.*
- **Comisión:** Derecho Procesal Constitucional
- **Tema:** El valor del precedente y la seguridad jurídica.
- **Autor:** Federico D. Sedlacek
1° de Mayo N° 1244 – CP. 3000 – Santa Fe
Teléfono: 0342 – 154 057 258
- **Fecha de nacimiento:** 17/11/1980
- **Premios de los que participa:** Me postulo para premios “AADP” y “EL DIAL”
- **Correo electrónico:** fsedlacek@hotmail.com

Síntesis de la propuesta: Partiendo del escaso desarrollo y estudio científico que sobre la teoría del precedente se observa en nuestro país, y reflejándose dicha situación en la también escasa bibliografía dedicada con exclusividad al tema, realizamos un análisis de la situación de dicha teoría (en especial bajo la consideración de parámetros técnicos de sus requisitos bajo la tradición del common law) y su aplicación, a partir de su exhibición (o no) en el derecho positivo argentino, por un lado, y en la faceta jurisprudencial, por el otro. A partir de allí, y teniendo en cuenta la temática general del Congreso, nos inmiscuimos en tres reformas puntuales: primera, la extirpación del recurso de inaplicabilidad de ley en el CPCCN; segunda, la cuestión del precedente (jurisprudencia) dentro del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, recientemente sancionado; y por último analizamos la última y reciente reforma del Código Procesal Civil de Brasil, donde la teoría del precedente se incorpora con notas de insoslayable consideración para la ciencia procesal de la región. Con ese telón de fondo, intentamos definir algunas ideas y directrices para tener en cuenta, aunque sea doctrinariamente, de los parámetros, bases y condiciones que debería tener una correcta aplicación de la teoría del precedente en nuestro país, donde a partir de una correcta apreciación y valoración de los hechos, se logre por ese mecanismo sentencias con mayor motivación, dentro de una contexto donde, también en la teoría del precedente, la teoría de la argumentación juega un rol preponderante. Una sentencia motivada (correctamente y no arbitrariamente) supondrá siempre el cumplimiento de dos de los valores subyacentes esenciales de la teoría del precedente: igualdad y seguridad jurídica, independientemente del efecto vinculante o no, que el precedente pueda tener.

Bases para la aplicación de la teoría del precedente en la República Argentina

Por Federico D. Sedlacek[∞]

1. Introducción y presupuestos del presente trabajo

[∞] Abogado (UNL). Especialista en Derecho Procesal Civil y en Derecho Administrativo (UNL). Docente ordinario por concurso de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP). Miembro de la Comisión de Jóvenes Procesalista de la AADP. Miembro del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario y miembro fundador del Ateneo de Estudios Procesales del Litoral “Eduardo B. Carlos”. Doctorando en Derecho Público (Derecho Procesal Civil y Comercial) bajo la dirección del Profesor Roberto O. Berizonce (UNLP) y la codirección del Profesor Eduardo Oteiza (UNLP).

La teoría del precedente se encuentra ya construida. Solo basta adaptarla, y sincerar su aplicación a partir de criterios que respeten –precisamente- sus parámetros, estructuras, requisitos y criterios de aplicación. Se trata de una verdadera teoría, y no una mera doctrina pretoriana, como hasta el momento se la ha tomado –a mi criterio– en Argentina, con el riesgo que ello ha conllevado: esencialmente, la manipulación de su aplicación por los órganos encargados de administrar justicia, y en especial, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), sujeta muchas veces a los itinerantes cambios de criterios que venían de la mano, no sólo de la variación en la composición de los nombres de sus ministros, sino también por el cambio de composición en la cantidad de los ministros¹, como así también de una aplicación incorrecta y arbitraria de la teoría, por no respetar causas substancialmente análogas o similares, o aplicar el criterio que surge del precedente de manera casi “automática”, o de manera aislada, o generalizada, sin una correcta apreciación y explicación de los fundamentos fácticos y normativos del precedente aplicable.

Argentina se encuentra en un tiempo político, institucional y jurídico, a partir de algunas circunstancias esenciales², donde la demarcación de la función de adjudicación de justicia a partir de una correcta aplicación de la teoría del precedente, deviene indispensable.

En el presente trabajo parto de ciertos presupuestos esenciales desde los cuáles debe interpretarse el desarrollo del mismo.

El primer presupuesto parte de la idea según la cual el precedente³ es transversal al derecho en sí mismo. Es decir, sin importar el sistema o tradición jurídica de que se trate (entre las clásicas occidentales *civil law* y *common law*), el precedente es un fenómeno

¹ En lo personal, estimo que la CSJN de la última década ha sabido erigirse como un órgano jurídico y político confiable para la sociedad, en cuanto ha puesto en escena y defendido valores indispensables para la tutela de los derechos más elementales, como así también ha sabido resolver conflictos que ponían en juego la propia esencia de la república. Pero no debemos olvidarnos, de aquella otra Corte, la de la década de los 90', que entregó su dignidad como órgano jurídico para pasar a ser un apéndice ratificador de las políticas neoliberales del momento. Sobre esta cuestión, recomiendo la lectura de VERBITSKY, Horacio, *Hacer la Corte*, Planeta, Buenos Aires, 1993. Para un análisis crítico jurídico del papel de la Corte en este sentido, ver OTEIZA, Eduardo, *La Corte Suprema – Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, Platense, La Plata, 1994.

² Entre otros por: el retorno y afianzamiento de la democracia, de la incorporación constitucional y aplicación de los tratados internacionales de Derecho Humanos, del cambio de paradigma que significa regular la vida civil y comercial de las sociedad, no sólo a partir de criterios más modernos e igualitarios, sino a partir de dotar a los jueces de amplias facultades para resolver el “caso” específico en base a principios (y no sólo de normas codificadas)

³ Entendido el término, a grandes rasgos, como la consideración y apreciación que, sobre casos anteriores, realizan los jueces para resolver casos actuales, substancialmente análogos o similares a esos anteriores.

pragmático⁴ que, en mayor o menor medida, siendo un concepto de aplicación gradual, existe en la aplicación y adjudicación del derecho.

Como bien expresa MERRYMAN⁵, carece de importancia la inexistencia de una regla formal de *stare decisis* en el *civil law*, puesto que dicha doctrina goza –muchas veces– de la misma consideración y eficacia en dicha tradición jurídica. Esta es una de las razones fundamentales del presente trabajo: tratar de entender que, a pesar de que en las facultades de Derecho nos enseñaron que la teoría del precedente no se aplica (o no existe directamente) en nuestro sistema de administración de justicia, lo cierto es que, en realidad, es un fenómeno asimilable a un puñado de arena en la mano, que inevitablemente, y dependiendo de diversos factores⁶, se va a filtrar entre los dedos. Lo que tenemos que hacer es entender ese fenómeno, para ver como lo interpretamos y regulamos hacia una teoría que lo articule adecuada y razonadamente en nuestro sistema, para la obtención de decisiones judiciales que aprovechen su aplicación de acuerdo a parámetros, estándares o principios. Es decir, para obtener sentencias motivadas, pilar indispensable de un sistema de administración de justicia que respete, por sobre todo, los principios republicanos de gobierno⁷.

El segundo presupuesto consiste en dar por conocidos los elementos conceptuales que integran la teoría del precedente propiamente dicha, que surgen de su desarrollo en el derecho anglosajón (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *efecto vertical y horizontal*, *distinguishing*, *overruling*, entre otros). Para ello, y siguiendo el criterio del primer presupuesto, nos parece adecuada y oportuna la postura de TARUFFO.

Según el reconocido profesor italiano, por un lado, dado que la doctrina del *civil law* no dispone de una teoría general del precedente, y por el otro, ni siquiera aún en la doctrina del *common law* se puede decir que exista una doctrina clara, sistemática y definida de ella, resulta necesario abordar el tema desde una perspectiva más amplia, para entender cómo opera el precedente en los contextos de los diferentes ordenamientos jurídicos. Según esa hipótesis, el precedente se define en cada ordenamiento en función

⁴ Utilizo el término “pragmático” como “práctico”, puesto que entiendo que la utilización de la teoría del precedente, parte de criterios lógicos del pensamiento humano, de la propia razón práctica, aplicada al Derecho.

⁵ MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, trad. De Carlos Sierra, 2ª ed., México, 1989, p. 94.

⁶ Siguiendo la metáfora, dependerá de: el tipo de arena, su peso, la fuerza de quien la sostiene, la forma y modo de su aprehensión, entre otros.

⁷ Sobre todo en sistemas como el nuestro en Argentina, donde el control de constitucionalidad de las leyes es difuso, es decir, se encuentra en cabeza de todos los jueces.

de la combinación de cuatro factores diferentes, o bien como intersección de cuatro dimensiones⁸: 1) la institucional⁹; 2) la objetiva¹⁰; 3) la estructural¹¹; y 4) la de la eficacia¹².

2. El derecho positivo argentino.

2.1. La Constitución Nacional y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

La Constitución Nacional¹³ no posee ninguna norma que establezca la aplicación de algún mecanismo similar a la llamada teoría del precedente¹⁴, de acuerdo a los parámetros con los que surge en el derecho anglosajón.

Sin embargo, desde la perspectiva y aplicación del concepto de precedente vertical (que como vimos, aparece en la dimensión estructural del instituto), al establecerse en el art 108¹⁵ de la Constitución Nacional, que el Poder Judicial estará conformado por una Corte Suprema de Justicia, como órgano máximo dentro de los tribunales del país, no quedan dudas que dicha norma, junto con la interpretación que sobre la misma ha efectuado la propia CSJN a lo largo de su historia, torna aplicable la teoría del precedente desde su faz vertical. Sin embargo, la doctrina coincide que es muy difícil establecer una regla clara en torno al efecto vinculante de las decisiones de los superiores tribunales, y en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁶.

⁸ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 544.

⁹ La dimensión institucional, es la que nos brinda los conceptos de precedente vertical y precedente horizontal. Es decir, surge directamente de la estructura u organización judicial de un ordenamiento jurídico determinado.

¹⁰ La dimensión objetiva es la que nos lleva a los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dictum*, puesto que se relaciona con la determinación de aquello a lo que se atribuye eficacia de precedente, es decir, la capacidad de influir en la decisión posterior.

¹¹ En la dimensión estructural se pueden dar cuatro situaciones diferentes: a) cuando se invoca un único precedente; b) cuando se hace referencia a varios precedentes que enuncian la misma solución de la misma cuestión; c) cuando existen varios precedentes en conflicto ; y d) cuando existe un caos jurisprudencial, es decir, la pulverización y la contradictoriedad múltiple entre decisiones

¹² La dimensión de la eficacia, finalmente, es la que nos lleva al análisis de la naturaleza e intensidad de la influencia que ejercer sobre la decisión posterior. En este sentido, seguimos la opinión de TARUFFO, para quien el problema de la eficacia del precedente no puede reducirse a la simple alternativa entre eficacia vinculante y no vinculante, sino que, por el contrario, es necesario suponer una escala compuesta por varios grados de eficacia del precedente

¹³ Ni la original sancionada en 1853, ni la vigente con las reformas introducidas en el 1994.

¹⁴ A diferencia de la Constitución de la República Federativa del Brasil, por ejemplo, que contiene expresamente la posibilidad de la llamada "súmula vinculante" (Art. 103-A), y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 94, décimo párrafo ("La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución").

¹⁵ Constitución Nacional, Art. 108.- "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".

¹⁶ En efecto, puede consultarse, entre otros, los análisis y perspectivas a las cuales arriban los autores en las siguientes obras y artículos: GARAY, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 201.; OTEIZA, Eduardo, "Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN", en *Cortes Supremas, funciones y recursos extraordinarios*, OTEIZA, Eduardo, Coordinador, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 363; MILL, Rita A., "Efecto vertical y horizontal

En este sentido, a lo largo de la historia y desde los comienzos de su funcionamiento (en 1863), ha sido la propia CSJN la que ha ido construyendo una doctrina interpretativa del efecto vertical de sus decisiones. El primer antecedente generalmente citado sobre esta cuestión, corresponde a la causa “Videla”¹⁷, del año 1870, donde la Corte confirmó, “*por sus fundamentos*”, un fallo en el cual el juez federal se había valido de precedentes de ella para arribar a la solución. Además, en esa sentencia el magistrado había manifestado, explícitamente, que los tribunales inferiores estaban obligados a conformar sus decisiones a las de la Corte Suprema en casos análogos¹⁸. Luego vino “Pastorino”¹⁹ (1883), mucho después “Cerámica San Lorenzo”²⁰ (1985), fallo que, a pesar de esas inconsistencias notorias, lidera el estado actual de la jurisprudencia, en este aspecto, ya que posteriormente, en el caso “Herminia del Carmen González”²¹, del año 2000, la CSJN insistió en que los jueces inferiores podían “apartarse de ellas [de las resoluciones del Tribunal] cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal abandono hubiera sido debidamente fundado en razones *novedosas y variadas* (Fallos:262:101; 302:748; 304:898 y 1459; 307:2124; 312:2007; 321:3201, entre otros...)”. Como bien explica GARAY, la referencia que este pronunciamiento hace a “razones novedosas y variadas”, no encuentra explicación, pero no cambia el sentido del criterio indicado en el fallo “Pastorino”²².

de la jurisprudencia”, en *Cortes Supremas...* ob. cit., OTEIZA, Eduardo, Coordinador, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 455; SALGADO, José María, Capítulo XXX “La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Suprema”, en FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 783 y sgtes.

¹⁷ CSJN, “Magdalena Videla v. Vicente García Aguilera”, Fallos: 9:53 (1870).

¹⁸ GARAY, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 224/225.

¹⁹ CSJN, Bernardo Pastorino, capitán de la baca Nuevo Principio v. Ronillón, Marini y Compañía”, Fallos: 25:364 (1883), donde la Corte volvió a confirmar la sentencia del tribunal inferior, el cual había resuelto a la luz de precedentes del máximo tribunal, manifestando que había una suerte de “obligación moral” en virtud de la cual las instancias inferiores debían seguir los precedentes de la Corte Suprema, a menos que esos precedentes “no sean conformes a derecho”.

²⁰ Fallos: 307:1094 (1985). La CSJN sostuvo que “...si bien... su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas...”, ya que de lo contrarían dichas sentencias podrían ser consideradas sin fundamentos, si se apartaban de sus precedentes “sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional. Como bien explica Garay, esta sentencia es auto-contradictoria, pues afirma por un lado que “su fallo no resulta obligatorio para casos análogos” y, seguidamente, que los jueces “tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas”. Una afirmación compromete a otra afirmación. Garay, Alberto F., *La doctrina...*, ob. cit. p. 226.

²¹ CSJN, “Herminia del Carmen González v. AnSes”, Fallos: 323:555 (2000).

²² GARAY, Alberto F., *La doctrina...*, ob. cit., p. 224/227. Para seguir esta cuestión, en especial referencia a la interpretación que debe dársele al último fallo indicado (“Herminia del Carmen González v. AnSes”), ver el autor y obra citada, en especial, p. 230 y sgtes.

2.2. Las leyes de organización de la justicia y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN)

En relación a las principales y primeras leyes que organizaron el Poder Judicial a partir de la sanción de la Constitución argentina, y que todavía se encuentran vigentes, tampoco se encuentran normas que establezcan la aplicación de la doctrina del precedente. En efecto, ni la ley N° 27 de Organización de la Justicia Nacional, sancionada en 1862, ni la Ley N° 48 de Jurisdicción y Competencia de la Tribunales Nacionales, sancionada en 1863, contienen dentro de su articulado norma alguna que implique -en algún sentido, aún interpretativo- la aplicación de un mecanismo conforme a la teoría del precedente judicial.

Un supuesto de jurisprudencia obligatoria, o de circunstancias donde la jurisprudencia tiene efectos importantes en relación a la relación jurídica procesal, lo encontramos en artículo 73²³ del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dentro del capítulo referido a las costas, y específicamente a ciertos modos anormales de extinción del proceso (transacción, conciliación, desistimiento y caducidad de instancia). Allí se establece que, en general para el supuesto de desistimiento, la costas deben ser afrontadas por quien desiste, salvo cuando dicho desistimiento se debiere, exclusivamente, a cambios de legislación o *jurisprudencia*, y se llevare a cabo sin demora injustificada.

Claramente en este supuesto, el término “jurisprudencia” encierra una compleja interpretación conceptual, que nos lleva a la teoría de los precedentes, puesto que debe entenderse que no cualquier cambio de jurisprudencia supone eximir de las costas a la parte que desiste, sino sólo en aquellos supuestos donde se demuestre que el cambio de jurisprudencia afecta la previsibilidad o seguridad jurídica, en relación a los criterios jurídicos (jurisprudenciales) que se tuvieron en miras al momento de iniciarse el planteo.

En dicho ejemplo, se aprecia entonces que no estamos en presencia de un efecto vinculante u obligatorio del precedente (jurisprudencia), pero sí ante consecuencias derivadas de dicha teoría anglosajona. Ello, en razón de entender que el funcionamiento del precedente y el cambio de jurisprudencia (que podría darse por ejemplo por la técnica

²³ CPCCN, Art. 73. - Si el juicio terminase por transacción o conciliación, las costas serán impuestas en el orden causado respecto de quienes celebraron el avenimiento; en cuanto a las partes que no lo suscribieron, se aplicarán las reglas generales.

Si el proceso se extingue por desistimiento, las costas serán a cargo de quien desiste, salvo cuando se debiere exclusivamente a cambios de legislación o jurisprudencia y se llevare a cabo sin demora injustificada. Exceptúase, en todos los casos, lo que pudieren acordar las partes en contrario. Declarada la caducidad de la primera instancia, las costas del juicio deberán ser impuestas al actor.

de “distinguishing” o por “overruling”) resulta fundamental para la aplicación y cumplimiento de la finalidad de la norma.

Otro supuesto donde también se daba una aplicación de efectos derivados de la teoría del precedente, era en el llamado “recurso de inaplicabilidad de ley”²⁴, y el instituto de los “fallos plenarios”, que fueran extirpados sin más, mediante la sanción de la ley 26.853.

Esta reforma fue ampliamente crítica por la mayoría de la doctrina procesalista en Argentina, a la cual adherimos, ya que dicha ley 26.853, sin dar ninguna explicación, derogó así el sistema de los fallos plenarios que cuenta con una centenaria tradición en el derecho argentino²⁵, y al quitar la posibilidad de unificación de jurisprudencia, ampliar el nivel de instancias jurisdiccionales, y erradicar el efecto vinculante de la decisión adoptada, no hace más que incrementar la seguridad jurídica para todos los justiciables.

2.3. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCivCom) recientemente sancionado.

Un último lugar que merece ser observado, dentro del derecho argentino, es el relacionado con la regulación de las materias de fondo.

El actual y vigente Código Civil, no contempla norma alguna que establezca a la jurisprudencia como fuente del derecho²⁶. Es decir, que la jurisprudencia o los precedentes resueltos en casos análogos, en ningún caso pueden tener cabida para ayudar a la resolución del conflicto.

Lamentablemente esa misma postura es la que sigue tomando el actualmente sancionado nuevo Código Civil y Comercial unificado. La voluntad en ese sentido fue clara

²⁴ Para un estudio pormenorizado de esta cuestión, consultar LEGUIZAMÓN, Héctor E., Capítulo XXXI – “Los fallos plenarios y la Corte Suprema”, en FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit., p. 783 y sgtes.

²⁵ La ley 7055, de 1910, estableció que cuando la Cámara de Apelaciones en lo Civil estimara conveniente fijar la interpretación de la ley estaba autorizada a reunirse en plenario. Las leyes 11.924 y 12.327, establecieron la posibilidad de reunir en plenario a la Cámara de Paz Letrada y a la Cámara del Crimen, respectivamente. En 1943 el decreto-ley 4555 se estableció la fuerza obligatoria de los plenarios para los jueces inferiores. La ley 13.998, el decreto-ley 1285/58 y la ley 24.050, generalizan la fuerza obligatoria de los plenarios. Ni una palabra contiene el proyecto que justifique el cambio de sistema. Resulta irrazonable un cambio que no exponga cuáles son las razones para sustituir un régimen por otro (OTEIZA, Eduardo, “Ley creación de las nuevas tres Cámaras de Casación y la duración de los procesos”, Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 23/05/2013, 23/05/2013, 9; Cita Online: R/DOC/1963/2013)

²⁶ Aún bajo la obligación de juzgar que establece el Art. 15, sin poder aducir como pretexto el silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, el Art. 16, expresa que si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

y expresa. El anteproyecto original²⁷ contenía en el artículo 1º, a la jurisprudencia como fuente y pauta para la resolución de los casos²⁸, sin embargo, la Comisión Bicameral eliminó dicha referencia, manteniendo el criterio de no citar a la jurisprudencia como fuente, posiblemente enrolada en la idea de que Argentina es un país es legalista y no jurisprudencialista²⁹.

Pienso que se ha dejado pasar una oportunidad importantísima, para darle a la jurisprudencia (y con ella al precedente), del lugar que realmente ocupa. Su eliminación del proyecto definitivamente sancionado, seguramente bajo argumentos y pruritos dogmáticos positivistas similares a los que tenían los juristas decimonónicos, lejos de lograr el cometido que –seguramente- buscaron con su supresión (atemperar la fuerza y el poder del Poder Judicial), logran su efecto inverso, puesto que no se percatan, que el Código Civil y Comercial unificado, en general, ha dejado de regular circunstancias particularizadas en base a normas específicas, para regular situaciones generales en base a principios, donde el juez adquiere, con una fuerte discrecionalidad mediante, un rol preponderante.

Dado ello, y dentro de la propuesta que hacemos en el presente trabajo, en cuanto propiciar la aplicación de la teoría del precedente en nuestro país, a partir de ciertos criterios, requisitos y estructura, que nos lleve a una sentencia mejor y más motivada, la puerta de acceso que nos queda en el CCivCom., es su artículo 3º.

2.4. El nuevo Código de Procedimientos Civil de Brasil: algunas normas claves para prestarle atención.

Recientemente por ley Nº 13.105, del 16 de marzo de 2015, Brasil aprobó un nuevo Código Procesal Civil, en el cual se contempla y establece expresamente la aplicación de la teoría del precedente.

²⁷ Elaborado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/11, integrada por los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis Lorenzetti, quien actuó como Presidente de dicha comisión, y Elena Highton de Nolasco, y la renombrada Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci.

²⁸ Art. 1º Anteproyecto Código Civil y Comercial: "ARTÍCULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. *A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso.* Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

²⁹ FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T. X: El derecho procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 166/167.

En principio, el Art. 926, dentro de las disposiciones generales, que expresa que los tribunales deben *uniformar* su jurisprudencia y *mantenerla estable, íntegra y coherente*. Ya en el Art. 927, aparecen elementos de insoslayable consideración para una correcta aplicación de la teoría del precedente: la posibilidad de realización de audiencias públicas y participación de personas, para el caso de la *alteración* de la tesis jurídica adoptada en un enunciado de sùmula o en juzgamiento de casos repetitivos³⁰.

Por otra parte, y entrando ya a un tema clave dentro de la teoría del precedente, como es la correcta apreciación de las circunstancias fácticas de los casos análogos, el Art. 489, expresa que no se considerará fundamentada cualquier decisión judicial, sea ella interlocutoria, sentencia o acordada, que: "...v) se limitase a invocar un precedente o enunciado de sùmula, *sin identificar sus fundamentos determinantes ni demostrar que el caso en juzgamiento se ajusta a aquellos fundamentos*; vi) *dejar de seguir un enunciado de sùmula, jurisprudencia o precedente invocado por la parte, sin demostrar la existencia de distinción en el caso en juzgamiento o la superación de nuevo entendimiento*.

A su vez, y el Art. 926 ya mencionado, establece que, al editar los enunciados de sùmulas, los tribunales deben atenerse a las *circunstancias fácticas* de los precedentes que motivaron su creación. También en el Art. 1029 se ve la importancia de las cuestiones fácticas: "...1º Cuando el recurso se fundamente en disidencia jurisprudencial [...]...debiéndose, en cualquier caso, mencionar las *circunstancias* que identifiquen o asemejen los casos confrontados".

Por último, no queremos dejar de mencionar, otro elemento esencial de la teoría del precedente, que se articula necesariamente con el correcto análisis de las circunstancias de los casos análogos, y que aparece también en la novel regulación brasileña.

Me refiero al *reporting*, que es una técnica dentro del common law, para la determinación y reconocimiento del precedente, con la cual se seleccionan los casos para publicar en función de su idoneidad para constituir precedentes, y que permite interpretar la decisión en derecho a la luz de los hechos específicos del caso³¹.

³⁰ Las audiencias públicas, el interés social y la seguridad jurídica, nos hace recordar el análisis que hace Fiss sobre el conocido fallo Golberg v. Kelly, para quien dicho precedente extendió la revolución del debido proceso de los años sesenta del ámbito penal al civil y prometió que las personas menos afortunadas gozarían de protecciones procesales que tradicionalmente sólo se brindaban a los individuos más privilegiados. FISS, Owen, *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Trad. De Estaban R. Saldarriaga, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, p. 268.

³¹ Para profundizar sobre el reporting, puede consultarse: MARTIN, Peter W., *Reconfiguring law reports and the concept of precedent for a digital age*, Villanova Law Review, Volume 53, Numbre 1, 2008. También se puede apreciar un ejemplo de reporte en http://www.law.ox.ac.uk/lrsp/overview/law_reports.php (visto el 8 de febrero de

En este sentido, también el Art. 926, sigue los parámetros técnicos que hacen a dicha técnica. El mismo expresa: "...los tribunales *editarán* enunciados de sùmula correspondientes a su jurisprudencia *dominante*. 2º Al editar los enunciados de sùmula, los tribunales deben *atenerse a las circunstancias fácticas* de los precedentes que motivaron su creación". Asimismo, el Art. 927, expresa: "5º...Los tribunales darán *publicidad a sus precedentes*, organizándolos por cuestiones jurídicas decididas y divulgándolos, preferentemente, en la red mundial de computadores".

En primer término, y en relación al punto de referencia, cabe manifestar de manera preliminar que la publicidad de los actos estatales es una de las mayorías garantías que pueden tener los miembros de la sociedad, los ciudadanos, para ejercer el debido control de los actos estatales. Las sentencias no escapan de ello.

Entre algunos requisitos que exige el reporting del common law, se encuentran la determinación de: 1) la identificación de las partes; 2) la fecha del pronunciamiento; 3) los nombres de los jueces; 4) las palabras claves (*catchwords*) para utilizar como buscador que nos lleve a las cuestiones esenciales de los resuelto; 5) el sumario o regla (*headnote*), por el cual se encapsula tan precisamente como se pueda, el principio o regla legal que el caso establece, es el corazón del precedente: la ratio decidendi; 6) los casos citados en el fallo, es decir, aquellos otros antecedentes o precedentes que sirvieron de base; 7) un sumario de las pretensiones y de las cuestiones fácticas del caso; 8) la sentencia y lo resuelto en ella (*the judgment*); 9) el nombre de los abogados, para asegurarse de la precisión y confiabilidad del reporte, debe especificarse quien lo escribió y editó.

3. A modo de conclusión

En el escueto y conciso margen que brinda un trabajo de ponencia, intenté dar un pantallazo, en relación al precedente, a partir del derecho positivo vigente en nuestro país, de algunas reformas procesales que han tocado elementos esenciales (recurso de inaplicabilidad de ley), y por sobre todo, utilizar como ejemplo a una de las reformas procesales más importantes acontecidas recientemente en la región, como es el nuevo CPC de Brasil.

2015). Para una breve descripción de cada uno de los elementos, ver <https://www.iclr.co.uk/learning-zone/law-report/> (visto el 8 de febrero de 2015).

Pienso que, tanto desde la teoría de Viehweg, quien concibe la “tópica” como el método dialógico que orienta el razonamiento del juez hacia la decisión de los casos, o problemas concretos, en los que se expresa el Derecho³², como de Perelman, tendentes a mostrar la estructura argumentativa del razonamiento judicial³³, y también con las ideas de MacCormick³⁴, podría explicarse cómo, desde la razonabilidad de pensar y respetar lugares comunes (topos), y de buscar respuestas socialmente aceptadas que a su vez sean universalizables, la teoría del precedente encuentra su eficacia y vinculatoriedad tácita en los ordenamientos – como el argentino- donde la misma, no sólo que no es contemplada como fuente del derecho, sino que tampoco es calificada como obligatoria, ni siquiera para las sentencias constitucionales de los máximos tribunales.

No es exagerado pensar que una teoría del precedente bien estructurada, diagramada y aplicada, dentro un Estado constitucional de Derecho, refuerza el respeto tanto por los derechos individuales, colectivos y sociales, y hace más democrática y republicana la administración de justicia, puesto que el precedente requiere –sí o sí-, de una mayor carga de motivación y argumentación jurídica en la resolución del conflicto, ya que en la base de su aplicación se encuentra en juego –nada más ni nada menos-, que el derecho a la igualdad.

En ese contexto, la identificación de los elementos y mecanismos de aplicación de la teoría del precedente, y su exigencia expresa en los ordenamientos procesales, van traer de la mano la “especie” más ansiada del “genero” seguridad jurídica: la que deriva de las decisiones jurisdiccionales de los hombres que tienen la investidura para impartir justicia y paz social.

³² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley, 1era reimpresión, Madrid, 2014, p. 153.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Para quien la racionalidad práctica desempeña una importante función de garantía de adecuación de las decisiones judiciales a consecuencias socialmente deseables y racionalmente fundadas. Mediante el ejercicio de la racionalidad práctica, los jueces tienen a apoyar sus decisiones en criterios universalizables; es decir, rebasan objetivos particulares para perseguir aquellos valores generalizados e institucionalizados en la práctica social, que legitiman la observancia del Derecho. En MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law*, Reidel, Dordrecht, 1986, citado en PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho...* ob. cit, p. 155, nota al pie N° 204.