

EL PRECEDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Florencia Ratti

Universidad Católica Argentina

floenciaratti@uca.edu.ar

Recibido: 6/09/2020

Aceptado: 5/10/2020

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del precedente de la Corte Suprema argentina, tanto desde su dimensión vertical como horizontal. A tal fin, se describe la doctrina del precedente desarrollada a través de la jurisprudencia de la Corte y se revisa su vigencia a partir de recientes pronunciamientos judiciales. Finalmente, se abordan ciertas técnicas que hacen a una correcta aplicación del precedente, tales como la demarcación de la plataforma fáctica, la estructura formal y la claridad de las sentencias judiciales, su publicidad y la identificación de factores válidos (y otros ilegítimos o, cuanto menos, cuestionables) para modificar o abandonar un precedente.

Palabras clave: precedente, corte suprema, Argentina, sistema judicial, Poder Judicial, sentencia judicial, *stare decisis*, jurisprudencia.

Precedent in the Argentine Supreme Court

Abstract

This paper deals with precedent in the Argentine Supreme Court by describing how it works both vertically and horizontally. It explains the current doctrine of precedent the Court developed through its case law and analyses its workability in some recent cases. Finally, it examines some necessary techniques related to a proper use of precedent, such as the acknowledgment of the material facts, the structure and clarity of judicial decisions, its publication, and the identification of legitimate (and illegitimate or, at least, questionable) factors of overruling.

Key words: precedent, supreme court, Argentina, judicial system, judiciary, judicial decision, *stare decisis*, case law.

1. Introducción¹

En la actualidad, el estudio del precedente es un tópico ineludible en cualquier sistema jurídico, independientemente de la tradición a la que pertenezca. Esto es así porque ni siquiera la defensa acérrima de la lógica legalista, que supo ser el corazón del *civil law*, puede desconocer la trascendencia que el precedente judicial ha adquirido en la evolución del derecho en las últimas décadas ni el protagonismo que el Poder Judicial ha asumido, en la tradición continental, a partir de los postulados neoconstitucionalistas. En América Latina se han llevado a cabo reformas procesales (e, incluso, constitucionales) con el objeto de incorporar un precedente judicial con cierta fuerza o vinculatoriedad. Esto ha sucedido, por ejemplo, en México, Perú y Brasil. En ese contexto, se instala la idea de que ningún Estado contemporáneo puede privarse de precedentes sin renunciar a la coherencia del derecho y a la protección de la igualdad y de la seguridad jurídica (Marinoni, 2016).

La “doctrina del precedente” se forma por el conjunto de reglas que especifican qué valor tiene y cómo debe ser aplicado el precedente judicial en un ordenamiento jurídico determinado. Incluye los criterios necesarios tanto para el reconocimiento y la invocación de los precedentes como para su modificación o abandono. Con frecuencia, también señala cómo deben resolverse las posibles contradicciones (Núñez Vaquero, 2018, p. 55).

En este trabajo se examinará la doctrina actual del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, CS, Corte o Corte Suprema). No se discurrirá sobre su evolución histórica –que ha atravesado múltiples vaivenes–, pues ya ha sido analizada exhaustivamente por eruditos juristas, a cuyas obras cabe remitirse (Bianchi, 2001; 2013; Garay, 2013; Legarre, 2016; Sagüés, 2008). En cambio, se identificarán aquellas sentencias hito² que han demarcado la doctrina del precedente tal y como se aplica hoy en día (tanto en su dimensión vertical como horizontal) y se revisará su vigencia a partir de recientes pronunciamientos judiciales de la Corte.

1 El presente trabajo es fruto de las investigaciones llevadas adelante en el Proyecto IUS (PIP 800 201901 00018 CT): “El precedente judicial en América Latina: análisis comparado”, dirigido por la suscripta y desarrollado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. La autora agradece especialmente a J. N. Lafferriere por sus comentarios a una versión preliminar de este artículo.

2 Por “sentencias hito” debe entenderse, dentro de la construcción de la línea jurisprudencial, aquellas decisiones fundamentales en las que se origina una subregla o se produce un cambio o giro jurisprudencial (por contraposición a las sentencias de reiteración, que carecen de peso estructural fundamental) (López Medina, 2001, p. 162). La búsqueda de sentencias hito en líneas jurisprudenciales responde a la metodología dinámica de análisis de la jurisprudencia desarrollada por López Medina (2001, pp. 139 y ss.).

Finalmente, se abordarán algunas cuestiones conexas al uso del precedente en Argentina que merecen especial atención, tales como la importancia de la plataforma fáctica, ciertas formalidades en torno a la escritura y estructura de las sentencias y determinados factores que habitualmente son invocados para apartarse de un precedente.

2. Estado del arte

El *stare decisis* es un principio basilar de los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición del *common law*, en virtud del cual aquello que ha sido resuelto judicialmente debe replicarse en casos análogos posteriores. En la mayoría de aquellos sistemas, los tribunales inferiores están obligados a seguir el precedente del tribunal superior en la escala jerárquica, y si bien cada tribunal puede apartarse de su propio precedente, tal apartamiento es excepcional (de modo que solo queda habilitado en circunstancias específicas y exige que el tribunal proporcione fundamentos adecuados para justificarlo).

Aquellos que se han ocupado, hasta aquí, de estudiar el precedente de la Corte Suprema argentina se dividen entre quienes afirman que el valor que la Corte otorga a su propio precedente se asimila al *stare decisis* (Bianchi, 2001; Bidart Campos, 2004; Mosmann, 2016; Sagüés, 2008) y quienes entienden que no (Garay y Toranzo, 2005; Garro, 1989; Legarre, 2016; Legarre y Rivera, 2006).

La práctica de la Corte de utilizar sus precedentes para fundar las decisiones se remonta a los primeros años de actuación del Tribunal.³ También existe un hábito generalizado de los tribunales inferiores de invocar jurisprudencia de la CS. Sin embargo, esta práctica judicial no ha bastado para dar lugar a una doctrina del precedente lo suficientemente clara, estable y precisa. Más bien, el abordaje de la cuestión en la jurisprudencia ha sido zigzagueante y, en ocasiones, contradictorio.

A diferencia de otros países de la región, que han incorporado precedentes vinculantes a su ordenamiento jurídico y delimitado expresamente cuándo y cómo deben ser aplicados,⁴ la CS argentina no ha definido con claridad cuál es el valor que posee su precedente. No ha confirmado expresamente su vinculatoriedad ni detallado las circunstancias que habilitan su abandono o manifestado

3 Garay (2013, p. 19) da cuenta de que ya en 1864, y a poco de su establecimiento, la Corte basó su decisión en lo resuelto en un caso anterior al resolver la causa *Tomás Tomkinson* (Fallos: 1:148).

4 En México, por ejemplo, la ley de Amparo (en sus artículos 223 y ss.) prevé expresamente la vincula-

si basta, para generar algún tipo de deber de seguimiento, la existencia de un único precedente o si se requiere, por el contrario, la configuración de una jurisprudencia consolidada o constante.

A lo largo de este trabajo, se partirá de la tesis de que si bien se han producido algunos avances en torno al reconocimiento de cierta fuerza al precedente de la CS y al desenvolvimiento de técnicas de aplicación del precedente propias del *common law*, no es posible asimilar la doctrina del precedente de la CS con el *stare decisis*, ni en la dimensión horizontal ni en la vertical. Ello se debe a que: (i) la Corte, con frecuencia, decide ignorar sus propios precedentes o los abandona sin la fundamentación debida; (ii) la permisión a los tribunales inferiores de invocar cualquier “nuevo argumento” para librarse del precedente de la Corte impide sostener, con rigor jurídico, que las decisiones del Máximo Tribunal poseen vinculatoriedad.

A continuación, se analizará en detalle la doctrina del precedente de la Corte Suprema. Para ello, conviene efectuar una distinción entre la dimensión vertical y la dimensión horizontal de ese precedente. La primera se refiere a la fuerza que el precedente de la CS tiene en relación con los tribunales inferiores. La segunda, a cómo debe comportarse el Máximo Tribunal respecto a sus propios precedentes.

3. Precedente vertical de la Corte Suprema argentina

No existe, en la actualidad, norma constitucional ni infraconstitucional que determine cuál es el valor del precedente de la Corte para los tribunales inferiores.⁵ Durante la vigencia de la Constitución de 1949 (derogada en 1957), se le otorgó a la Corte competencia casatoria y se determinó, en el artículo 95, que la interpretación que ella hiciera de los códigos comunes y de la Constitución

toriedad de la jurisprudencia “por reiteración”, frente a la existencia de cinco fallos ininterrumpidos de la Corte Suprema o de los tribunales colegiados de circuito que hubieran sido dictados con una mayoría específica. Esa jurisprudencia, a su vez, solo puede ser dejada de lado por voto unánime de la Corte Suprema (Tondopó Hernández, 2007, p. 195). Otro caso es el de Colombia, donde la Corte Constitucional ha determinado, a través de sus precedentes, que la existencia de tres sentencias uniformes de la Corte Suprema o del Consejo de Estado constituyen doctrina probable y son obligatorias para los jueces inferiores (Sentencia C-836 de 2001) y que también posee carácter vinculante el precedente individual emanado de la Corte Constitucional (Sentencia C-104 de 1993).

5 La única norma existente en el ordenamiento jurídico nacional que otorga valor a un precedente judicial es el artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que reconoce obligatoriedad vertical y horizontal a los fallos plenarios.

sería obligatoria para los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Más tarde, la Ley 24463 (en su artículo 19) estableció el seguimiento obligatorio de los fallos de la Corte en materia de seguridad social, por parte de los jueces inferiores, en causas análogas. No obstante, cuando la Corte tuvo la oportunidad de interpretar qué alcance tenía la obligatoriedad consagrada en esa norma, prácticamente la desconoció, al sostener que dejaba en pie la posibilidad de que los tribunales inferiores se apartaran de los precedentes de la Corte si aportaban nuevos argumentos.⁶ Ello evidencia que la Corte no concebía la posibilidad de establecer una vinculatoriedad lisa y llana de sus precedentes hacia los tribunales inferiores, aun cuando una ley expresamente la contemplara.⁷ Finalmente, el artículo 19 fue derogado por la Ley 26025.

Ante la ausencia de normas expresas, la doctrina del precedente se ha ido delineando a través de la jurisprudencia de la Corte. Sin efectuar un repaso exhaustivo de los numerosos vaivenes que atravesó la cuestión, me limitaré a afirmar que la Corte nunca reconoció una obligación estricta de seguimiento de sus precedentes por parte de los tribunales inferiores, al modo del *stare decisis* vertical en el *common law*.⁸ Aquellos casos en los que asumió una postura más cercana al seguimiento de sus precedentes, lo hizo sobre la base del reconocimiento de un deber moral o del respeto de su autoridad institucional, pero siempre dejó abierta la posibilidad de que los tribunales inferiores se apartasen (a veces con mayor flexibilidad que otras).

Fue al resolver los casos *Santín*⁹ y *Balbuena*¹⁰ que la Corte comenzó a delinear la fórmula que, complementada con lo sostenido en *Cerámica San Lorenzo*,¹¹ conforma la doctrina del precedente vertical de la Corte que se ha mantenido hasta la actualidad. En *Santín*, reconoció autoridad definitiva a su interpreta-

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *González, Herminia del Carmen c/ANSes s/reajustes por movilidad*, 21/03/2000, Fallos: 323:555, considerando 12°.

7 El artículo en cuestión había sido declarado inconstitucional por la Cámara Federal de la Seguridad Social, que alegaba la vulneración a la libertad de criterio de los magistrados inferiores al imponer una obediencia ciega a la Corte.

8 El *stare decisis* vertical implica, en el *common law*, que solo la Corte puede dejar de lado sus propios precedentes, mientras que los tribunales inferiores están siempre obligados a seguirlos. Cfr. *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. ____ (2020), nota al pie 5 del voto del Justice Kavanaugh en la *slip opinion*.

9 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Santín, Jacinto s/impuestos internos*, 1948, Fallos: 212:51. Como dato anecdótico, cabe mencionar que esta fue la única vez que la Corte sancionó disciplinariamente a los camaristas que se apartaron de su precedente. La sanción fue recurrida en los autos *García Rams, Horacio y otro* (Fallos: 212:251) y la Corte la confirmó.

10 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Balbuena, César Aníbal*, 1981, Fallos: 303:1769.

11 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cerámica San Lorenzo*, 4/07/1985, Fallos: 307:1094.

ción constitucional para la justicia de la República y, en consecuencia, señaló que invocarla sin seguirla ni controvertir sus fundamentos implicaba desconocer esa autoridad (en tal oportunidad, además, la Corte mencionó expresamente que sus precedentes habían sido dictados en “fechas recientes”). Por su parte, en *Balbuena*, indicó que carecía de fundamento “la sentencia que se aparta[ra] de doctrina de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifi[ca]sen modificar la categórica posición sentada por el Tribunal”. Agregó que si el tribunal inferior quería realizar una interpretación diversa de la ley federal, debió haber señalado algo que la Corte no hubiera tenido cuenta al establecer la inteligencia que debía darse a esas normas y que no era suficiente “dejar consignado que [simple y respetuosamente] se discrepaba con su doctrina”. Finalmente, en *Cerámica San Lorenzo*, la Corte efectuaría tres afirmaciones importantes, que se replicarían en múltiples ocasiones hasta la actualidad:¹² (i) “las sentencias de la Corte sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos”; (ii) “los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas”; (iii) “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de la jurisprudencia de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia”.

La contradicción entre (i) y (ii) no resiste análisis. Por un lado, la Corte afirma que sus fallos no son obligatorios (salvo para el caso en el que se emiten), y, por otro, que existe un deber de los jueces inferiores de conformar sus decisiones a esos fallos. A pesar de que la contraposición entre ambas afirmaciones roza la contradicción lógica,¹³ la Corte ha continuado utilizándola.¹⁴

12 De allí que Legarre y Rivera (2006) la califiquen como “la doctrina oficial” de la Corte “sobre la obligatoriedad de sus precedentes”. En la nota al pie 46 de ese trabajo se citan más de una decena de casos en los que la Corte hizo uso de esa doctrina del precedente, a los que se les adicionan los casos recientes que se analizan en el presente estudio.

13 El único modo de encontrarle sentido es bajo la hipótesis de que la Corte está distinguiendo dos tipos de “obligatoriedades”: la de la cosa juzgada, que hace nacer un seguimiento obligatorio en la misma *litis* y es absoluta, estricta, no admite excepciones; y la obligatoriedad del *stare decisis*, que establece un seguimiento obligatorio, pero admite excepciones. En (i) se estaría refiriendo a la primera obligatoriedad, mientras que en (ii), a la segunda. Otra posibilidad sería pensar que la Corte niega la existencia de un deber u obligatoriedad jurídica, pero admite la existencia de un deber moral (Fayt utiliza esta expresión en su voto en disidencia en *Cerámica San Lorenzo*). Aun así, la fórmula elegida por la Corte es poco feliz y ha sido tachada de autocontradictoria (Garay, 2013, p. 226).

14 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Plan Rombo s/denuncia de Silveira, Elisa*, 12/08/1997, Fallos: 320:1660; *Gay de Martín, Elba Luisa y otro c/Plan Rombo S.A.*, 24/11/1998, Fallos: 321:3201; *Martí-*

La tercera afirmación es la que la Corte toma de *Balbuena* y, con mínimas modificaciones, aporta un poco más de luz a la doctrina del precedente vertical, que puede formularse del siguiente modo: el precedente de la Corte no es jurídicamente vinculante para los tribunales inferiores, pero apartarse de él requiere el desarrollo de argumentos que justifiquen el apartamiento y que no hubieran sido considerados por la Corte con anterioridad (es decir, *nuevos*).¹⁵ Es importante tener en cuenta que esos “nuevos argumentos” a los que hace referencia la Corte son jurídicos y no fácticos. De lo contrario, lo que tiene lugar no es un apartamiento del precedente de la Corte, sino lo que en el *common law* se conoce como *distinguishing*, consistente en comparar la plataforma fáctica del precedente y la del caso por resolver y dilucidar si los hechos relevantes tienen una similitud tal como para justificar que, en ambos casos, se adopte la misma solución jurídica. En otras palabras, si los jueces inferiores encontraran diferencias relevantes entre los hechos que dieron lugar al precedente de la Corte y el que ahora deben resolver, no estaría en juego la obligatoriedad del precedente de la Corte: este, directamente, no sería aplicable, pues procedería el *distinguishing*.

Aquella doctrina del precedente ha recibido diversas denominaciones: obligatoriedad atenuada (o presunción *iuris tantum* de obligatoriedad) (Legarre, 2016, caps. VII y VIII); vinculatoriedad o sometimiento condicionados (Sagüés, 1981, p. 837; 2008, p. 893); tesis afirmativa de la obligatoriedad de los fallos de la Corte (Bianchi, 2001; 2013, pp. 426-445) o régimen débil de obligatoriedad vertical (Garay y Toranzo, 2005, p. 1093).

En mi opinión, su fórmula deja un margen de discreción demasiado amplio como para reconocer un verdadero deber de seguimiento u obligatoriedad. La posibilidad que se le reconoce a los tribunales inferiores diluye la existencia de una obligación: siempre podrán encontrar nuevos argumentos que no hayan sido considerados y utilizarlos para justificar el apartamiento.¹⁶ En cambio, si

nez Vergara, Jorge Edgardo y otro, 19/02/2008, Fallos: 331:162; *Martins, Raúl Luis s/defraudación por retención indebida*, 30/04/1996, Fallos: 319:699; *González, Herminia del Carmen c/ANSeS s/reajustes por movilidad*, 21/03/2000, Fallos: 323:555.

15 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cerámica San Lorenzo*, 4/07/1985, Fallos: 307:1094. En el caso *Herminia del Carmen González*, del año 2000, la CSJN insistió en que los jueces inferiores podían “apartarse [de las resoluciones del Tribunal] cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal abandono hubiera sido debidamente fundado en razones *novedosas y variadas*” (énfasis agregado). Tal expresión tampoco aporta claridad sobre la naturaleza de aquellas razones, por el contrario, parece flexibilizarlas.

16 En este sentido, Garay y Toranzo (2005) han señalado que “[e]l estándar propuesto por la Corte es fácilmente superable, pues, generalmente, con el dictado de una sentencia ni la Corte ni un juez

la Corte Suprema definiera con mayor precisión en qué tipo de circunstancias o bajo qué estándares su precedente podría ser abandonado en instancias inferiores, quizás sí podría encuadrarse su doctrina del precedente vertical como una verdadera obligatoriedad que admite excepciones. Es por eso que entiendo que, de acuerdo con la clasificación efectuada por Peczenik (2016) de los grados de reconocimiento que puede tener el precedente en un ordenamiento jurídico, se trataría de un precedente al que se le reconoce “fuerza superable” (por oposición a “vinculatoriedad formal”) (p. 475). En estos casos, el precedente no es obligatorio (no hay deber jurídico de seguirlo), sin perjuicio de lo cual aquella decisión judicial que no lo sigue, aunque válida, está sujeta a crítica por esa razón y podría llegar a ser revocada. En otras palabras, si el precedente no es aplicado, ello no implica *per se* que la sentencia sea contraria a derecho, pero el hecho de que un precedente no haya sido aplicado da motivos para una revisión y podrá dar lugar a la revocación (y, de hecho, a veces esta tiene lugar).

La diferencia entre “fuerza superable” y “obligatoriedad” reside en la sutil distinción que la lengua inglesa ofrece en los términos *must* y *should* y que, sin embargo, no encuentra réplica tan transparente en español. En el primer caso, si una sentencia no sigue el precedente, no es conforme a derecho (*unlawful*) –y será *necesariamente* revocada en una instancia ulterior–; en el segundo, si una sentencia no sigue el precedente, es, en principio, conforme a derecho, pero es pasible de crítica y *podrá* ser revocada en la apelación con motivo de dicho apartamiento (Peczenik, 2016, pp. 463, 472).

La aplicación de la doctrina del precedente delineada en *Cerámica San Lorenzo* lleva a sostener que si una sentencia del tribunal inferior se aparta del precedente de la Corte, no será revocada *necesariamente*, sino que *podrá serlo*, previo análisis de si se han aportado (o no) nuevos argumentos que justificasen modificar la posición de la Corte. Parecería ser esto a lo que la CS se refiere al sostener, como lo ha hecho, que “el apartamiento por parte de los jueces inferiores de la jurisprudencia de la Corte no basta para habilitar la jurisdicción extraordinaria”¹⁷ y que “la ausencia de argumentos que permitan determinar el criterio seguido para prescindir de la doctrina jurisprudencial referida, importa

agotan la cantidad de razones en la que basan su decisión. Por lo tanto, ello generará el espacio suficiente como para la explicitación de nuevas razones por parte de los tribunales inferiores, quienes, entonces, se encontrarán habilitados para fallar el caso en sentido contrario al precedente que rige la cuestión” (p. 1094).

17 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *El Hogar Obrero v. Rafael García*, 1965, Fallos: 262:101; *Piatti de Romano, Elisa*, 1976, Fallos: 296:53; *Paz, Daniel Nicolás*, 1985, Fallos: 307:2124; *Pulcini, Luis Benjamín y Oscar Alberto Dobra pssa. Infractores ley 20771*, 26/10/1989, Fallos: 312:2007.

una decisiva carencia de fundamentación que vicia a la sentencia como acto jurisdiccional válido [...], tornándola arbitraria”.¹⁸

Es dable preguntarse por qué, si no hay obligación jurídica de seguir el precedente, podrá ser sujeta a revisión y revocada por ese motivo: ¿es posible revocar una sentencia por el incumplimiento de un deber que no existe? Para esclarecer el punto, hay que señalar que la nulidad, en el caso de fuerza superable, no se desprende del mero hecho de no seguir el precedente (puesto que no existe un deber jurídico de hacerlo), sino de algún vicio que el “no seguimiento” trae aparejado y que tiene que ver, de acuerdo con lo que puede extraerse de la doctrina de la Corte en *Cerámica San Lorenzo*, con la ausencia de fundamentación suficiente (la Corte afirma que “carecen de fundamento...”). De este modo, se prioriza la fuerza argumentativa del precedente (que el magistrado inferior debe vencer, si quiere desaplicarlo) por encima de su fuerza autoritativa (que le es desconocida).

Podría parecer inútil dilucidar si lo que verdaderamente subyace en la doctrina del precedente vertical de la Corte es un deber u obligación jurídica que admite excepciones o si se trata simplemente de una exigencia argumentativa superable: en teoría, el resultado será, en ambos casos, que el tribunal inferior deberá seguir el precedente o proporcionar un argumento nuevo que justificase su apartamiento. Sin embargo, la reticencia de parte de la Corte Suprema a admitir sin rodeos la obligatoriedad de sus precedentes posee consecuencias prácticas concretas: en una cultura jurídica que no está arraigada en el uso del precedente y, tradicionalmente, desconoce su calidad de fuente de derecho (Oteiza, 2011), la amplitud de los términos en la doctrina delineada por la Corte y la facultad de apartamiento no es interpretada como excepción, sino como libertad irrestricta.¹⁹ En consecuencia, los tribunales inferiores no se sienten jurídicamente compelidos a seguir los precedentes de la Corte y, por ende, abundan los ejemplos de apartamiento (Legarre y Rivera, 2009).²⁰ En la mayo-

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Caric Petrovic, Pedro y otros c/Báez, Juan Carlos y Fernández, Miguel Ángel*, 28/05/2002, Fallos: 325:1227.

19 En un estudio reciente que llevé a cabo sobre la doctrina del precedente en Canadá, comprobé que la Suprema Corte, en recientes casos, habilitó el *anticipatory overruling* de su precedente, es decir, admitió que los tribunales inferiores se apartaran del precedente de la Corte (en situaciones excepcionales que no vienen al caso). Sin embargo, los primeros años de práctica forense desde que esta excepción fue habilitada demostraron que, no obstante tener a favor esta posibilidad, los tribunales inferiores han sido cautelosos en utilizarla y ello se debe, justamente, a la arraigada cultura del precedente que existe allí.

20 A los casos que allí se mencionan se agregan otros recientes en los que los tribunales inferiores no solo se apartan del precedente de la Corte, sino también de lo resuelto por ella en la misma causa.

ría de estos casos, la Corte, al recibir (a veces por segunda y hasta tercera vez)²¹ el expediente, finalmente impone su criterio por encima del de los tribunales inferiores. Pero, para ese entonces, transcurrieron largos años de tramitación de la causa y se invirtieron recursos judiciales desproporcionados.

Es cierto que, muchas otras veces, los precedentes de la Corte Suprema son invocados y seguidos por los tribunales inferiores; sin embargo, los numerosos casos de apartamiento evidencian que cada vez que los jueces inferiores están en desacuerdo con la Corte, dejan de lado sus precedentes. Y, en una doctrina del precedente vinculante, es justamente en situación de desacuerdo cuando el precedente despliega su verdadero valor (pues si quien debe aplicarlo está de acuerdo con él, no rige la obligatoriedad, sino la persuasión) (Chiarloni, 2014; Garay, 2013, p. 203; Schauer, 1987, p. 576).

En suma, está claro que la doctrina del precedente vertical de *Cerámica San Lorenzo* no ha logrado, en la práctica, que los tribunales inferiores se comporten como si el principio general fuera el acatamiento al precedente de la Corte; y el apartamiento, la excepción. En sentencias muy recientes, la Corte parece haberse hecho eco de esta problemática y reforzado la obligatoriedad de su precedente en ciertas cuestiones. A continuación, se analizan algunos de estos casos, con la debida advertencia de que su cercanía en el tiempo impide avizorar si darán forma o no a una nueva doctrina del precedente vertical o si se perderán como casos aislados en los vaivenes jurisprudenciales de la CS.

3.1. Últimas tendencias en torno al precedente vertical

En los últimos meses de 2019, la Corte dictó algunas sentencias en las que se entrevé una seria preocupación por situaciones de reiterado y constante apartamiento de sus precedentes por parte de los tribunales inferiores. Ante tal situación, asumió una estrategia diversa: reiteró la doctrina del precedente vertical vigente hasta aquí (“los fallos de la Corte no son obligatorios para los casos análogos, pero hay un deber de conformar las sentencias a esos precedentes, del que se exceptúa el juez o tribunal que aporte nuevos argumentos”), pero, acto seguido, fue un poco más allá.

Esto sucedió, por ejemplo, en la causa *Pastore* (16/04/2019, Fallos: 342:681) y también en *Farina* (26/12/2019, CSJ 002148/2015/RH001), casos sobre los que se volverá oportunamente.

21 En estos casos hay, además, un incumplimiento de lo sentenciado por la Corte en el mismo expediente, que es algo distinto y algo más grave que desoír su precedente, puesto que implica el desconocimiento de su autoridad institucional.

En *Espíndola*²² –sentencia dictada el 5 de noviembre de 2019–, la Corte calificó la prolongación del proceso penal en la provincia de Buenos Aires como “un problema serio y recurrente”, y señaló que al respecto existen precedentes de la Corte con más de una década de vida, en casos provenientes de la misma jurisdicción que, sin embargo, el tribunal bonaerense continúa desaplicando. A raíz de ello, la Corte dictó una sentencia exhortativa, a través de la cual solicitó a los tribunales de la provincia de Buenos Aires que adoptasen medidas urgentes para hacer cesar la problemática descripta.

El mismo día que dictó *Espíndola*, la Corte emitió otra sentencia en los autos *Volkswagen c/Provincia de Misiones*,²³ en la que se expidió sobre la constitucionalidad del establecimiento, a nivel local, de un régimen de prescripción liberatoria diverso al del Código nacional. Sostuvo que el Superior Tribunal de Justicia de Misiones se había apartado de sus numerosos precedentes en la materia, y que lo había hecho en contradicción con el deber existente de conformar sus sentencias a las decisiones de la Corte, pues no había formulado argumentos que justificasen el apartamiento. Pero agregó que esa deficiencia argumental se agudizaba por cuanto: (i) la parte había invocado los precedentes de la Corte desde el inicio de las actuaciones; y (ii) la CS, en otra causa, “ya había dejado sin efecto lo resuelto por aquel tribunal superior, por considerar que lo allí decidido no se ajustaba a la doctrina establecida en el caso ‘Filcrosa’”. Es decir, el Superior Tribunal reincidía en el apartamiento de los precedentes de la Corte y ella lo hacía notar.

Finalmente, poco más de un mes después, la Corte se animaría a dar un paso más. El 26 de diciembre de 2019, dictó sentencia en los autos *Farina, Haydee Susana s/homicidio culposo*. Este fallo podría alterar la doctrina del precedente vertical hasta aquí vigente.

Se trataba de una causa en la que se imputaba un homicidio culposo. No era la primera vez que el expediente llegaba a la Corte: esta ya había resuelto dos veces que el juez de origen debía evaluar si se había producido la prescripción de la acción en el marco del artículo 67 inciso “a” del Código Penal (es decir, verificar si la imputada había cometido nuevos delitos) y, si correspondiese, de conformidad con los precedentes de la Corte que interpretaban la prescripción del Código Penal, declarar prescripta la acción. La CS reenvió la causa, en am-

22 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Espíndola, Juan Gabriel s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, 9/04/2019, Fallos: 342:584.

23 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/Provincia de Misiones – Dirección General de Rentas y otro s/demanda contencioso administrativa*, 5/11/2019.

bas oportunidades, al juzgado de origen para que este dictara una sentencia en consecuencia. Sin embargo, los tribunales inferiores mantenían su postura en el sentido de que la prescripción no operaba en el caso, por aplicación del artículo 67, inciso e, al considerar que la sentencia de los tribunales intermedios era un factor interruptivo de la prescripción. Esto último implicaba apartarse expresamente de la interpretación que la CS había desarrollado del artículo 67, inciso e, del Código Penal, en diversos precedentes (en causas provenientes también del fuero penal bonaerense), en los que había explicitado que el único y último acto que interrumpe la prescripción, en el marco del inciso en cuestión, es el dictado de la condena no firme. Y también implicaba apartarse del reenvío que la Corte había hecho de la causa al tribunal bonaerense con la instrucción expresa de expedirse sobre la prescripción en el marco del artículo 67, inciso a, es decir, limitarse a verificar si la señora Farina había cometido nuevos delitos o no.

Al recibir la causa por tercera vez, la CS hizo algo que, hasta aquí, no había hecho nunca: resolvió expresamente que su interpretación del artículo 67, inciso e, del Código Penal era de aplicación obligatoria para todos los tribunales inferiores, tanto nacionales como locales. En primer lugar, se refirió a la obligación que recae sobre el tribunal inferior de acatar la sentencia de la Corte en la misma causa en la que esta fue dictada (considerando 16°).²⁴ Pero luego agregó que la falencia de acatamiento de parte de los tribunales bonaerenses revestía trascendencia institucional, pues no se limitaba a una “causa singular aislada”, sino que se proyectaba a numerosas causas y generaba, de ese modo, la “afectación al funcionamiento de todo un fuero” (considerando 17°), un “alzamiento” de parte de los tribunales inferiores y la persistencia de una “doctrina jurisprudencial *contra legem*” (considerando 19°).

La Corte entendió que aquella trascendencia institucional exigía que ella, como jefa del Departamento Judicial Federal y una de las autoridades del Gobierno federal, adoptase “una decisión que dej[as]e en claro –ante la sociedad

24 Aquí, la CS apela a la doctrina del “leal acatamiento”, que impera cuando el Máximo Tribunal se expide en el marco de una causa y, luego, la reenvía a los tribunales inferiores en los términos del artículo 16 de la Ley 48, al efecto de que dicten una nueva sentencia en ese sentido. Si los tribunales inferiores se apartan de la sentencia de la CS recaída en esa misma causa, queda habilitado el recurso extraordinario por “palmario apartamiento” y, por lo general, la CS revisa lo actuado (v.gr. Fallos: 308:215; 321:2114; 330:1236; 337:62; 341:1846, entre otros). En rigor de verdad, el acatamiento de una sentencia de la Corte en la misma causa en la que esa sentencia fue dictada es, como se señaló anteriormente, algo distinto del *stare decisis* o de la obligatoriedad del precedente. Sin embargo, como se verá a continuación, en *Farina* se “mezclaron” ambas cuestiones: pues la Corte había dictado sentencia en el expediente reenviando la causa al tribunal inferior para que este dictase una

y ante el resto de los tribunales- el criterio con el que deb[ía] resolverse el tema sometido a conocimiento en procesos análogos” (considerando 19°). De allí que afirmara que, más allá de la decisión adoptada para el caso concreto de *Farina*, era necesario instruir a la Suprema Corte de Buenos Aires para que

adopt[as]e las medidas necesarias para que sus pronunciamientos y los de los tribunales penales en la jurisdicción a su cargo se adecu[as]en a lo establecido por el legislador en el art. 67, inc. e. del Código Penal y a la doctrina sentada en la jurisprudencia de la Corte sobre la materia.²⁵

Pero lo más novedoso del caso es el segundo inciso de la parte resolutive de la sentencia, por medio del cual se decide “[d]eclarar que la doctrina judicial de esta Corte referida a la interpretación del art. 67, inc. e, del Código Penal es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales judiciales del país”. Es la primera vez que la Corte reconoce, sin ambages, una obligación de los tribunales inferiores de seguir sus precedentes. Lo hace, además: (i) en la parte resolutive de una sentencia; y (ii) sin el acompañamiento de la frase “a menos que aporten nuevos fundamentos” o afines, lo cual lleva a pensar que los tribunales inferiores no podrían desprenderse de esa vinculatoriedad.

Es necesario destacar que, en este caso, la Corte no postula la obligatoriedad de sus precedentes *en general* –lo que significaría una modificación sustancial de su doctrina del precedente vertical–, pero sí confirma la obligatoriedad de *esos precedentes en particular*, es decir, aquellos que se refieren a la interpretación del artículo 67, inciso e, que ella engloba bajo la denominación “doctrina judicial”. El juez Carlos Rosenkrantz efectuó una disidencia parcial y manifestó su disconformidad justamente en esta cuestión, pues entendió que ello significaba que la CS asumiera una función casatoria y unificadora de la jurisprudencia de la que carece.

nueva sentencia: (i) en el marco del artículo 67, inciso a (no del inciso e); (ii) la nueva sentencia debía respetar la interpretación del inciso e, existente en los precedentes de la Corte.

25 Un detalle no menor sería determinar si la interpretación del artículo del Código Penal es una cuestión de derecho común –por tanto, reservada a la interpretación de los tribunales locales– o si hay una cuestión constitucional suficiente para que la Corte imponga su criterio. La Corte, en su sentencia, niega expresamente que se trate de una materia de derecho común, pues sostiene que están en juego diversos artículos de la Constitución Nacional (menciona el principio de legalidad del artículo 18, el artículo 31 y los artículos 116 y 117). De cualquier modo, aun aceptando que se tratara de una cuestión de derecho común, entiendo que el reenvío de la Corte con expresas instrucciones de seguir sus precedentes y de expedirse sobre la prescripción en el marco de un inciso distinto debe ser obedecido. Lo contrario tiene por resultado lo que efectivamente sucedió: en la lucha de poder entre órganos judiciales, quien perdió fue el justiciable, que esperó más de trece años para obtener una sentencia definitiva.

Dos meses después de esa sentencia, en el caso *Apoderados de la Alianza*,²⁶ la Corte sostuvo que las razones que la Cámara Electoral invocaba para apartarse de sus precedentes eran insuficientes e inidóneas y no cumplían con la “rigurosa carga argumentativa” exigida para eximirse del deber de conformar las sentencias a los precedentes de la Corte. De este modo, la Corte pasó del estándar de la aportación de “nuevos argumentos” al de una “rigurosa carga argumentativa” a cargo del tribunal inferior, pero, además, agregó otro factor para tener en cuenta: si el precedente de la Corte era o no reciente.²⁷ El factor temporal, que había tenido una aislada mención en el caso *Santín*, para luego desaparecer, regresa a escena a través de esta sentencia y, al parecer, torna aún más rigurosa la carga argumentativa de quien pretende el apartamiento.²⁸

Será necesario estar atentos al desenvolvimiento de estas nuevas pautas que parecen fortalecer la influencia del precedente de la Corte sobre los tribunales inferiores, pues es sabido que, cuando se trata de precedentes, la delineación de una regla jurídica con límites estables y definidos no se produce al ser formulada una única vez, sino que puede requerir su desenvolvimiento en múltiples casos. Habrá que ver si se trata de casos aislados, fundados en la trascendencia institucional que la Corte consideró configurada a partir de la desobediencia reiterada del fuero, o si es el inicio de una nueva doctrina del precedente a partir de la cual la Corte otorgue expresamente fuerza vinculante a algunas de sus decisiones (o a todas).

4. Precedente horizontal de la Corte Suprema argentina

La doctrina del precedente horizontal de la Corte Suprema se refiere a las reglas y estándares a los que ella debe atenerse respecto a su propio precedente. Define, en términos generales, si la Corte está obligada o no a seguirlo, en qué casos puede modificarlo y bajo qué condiciones o requisitos. Desde el inicio de

26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Apoderados de la Alianza Frente Patriota Bandera Vecinal Distrito Buenos Aires* (art. 71 bis ley 26.215) s/aportes públicos, 18/02/2020, Fallos: 343:42.

27 Acto seguido, la Corte cita cuatro precedentes: Fallos: 307:1094 (*Cerámica San Lorenzo*); Fallos: 315:2386 (*Jáuregui*); Fallos: 329:759 (*Barreto*); Fallos: 332:616 (*Casa Casmma*). No obstante, en ninguno de ellos se menciona el hecho de que la argumentación para el abandono del precedente se agudiza cuando el precedente es reciente. Es uno de los tantos ejemplos en los que el uso de citas en la Corte Suprema es desprolijo u obscuro, lo que torna realmente dificultoso construir una línea jurisprudencial.

28 Sin embargo, no fue un factor que la Corte tuviera particularmente en cuenta cuando dejó de lado los precedentes *Smith* (Fallos: 325:28) y *Provincia de San Luis* (Fallos: 326:417) en el caso *Bustos* (Fallos: 327:4495).

su actuación como tribunal federal superior, la Corte tuvo por hábito invocar sus propias sentencias al resolver un caso.²⁹

*Baretta*³⁰ es una sentencia hito en la definición de la doctrina del precedente horizontal de la Corte. Allí se formularon ciertas pautas para resolver cuándo podría la CS apartarse de sus precedentes, al señalar que: (i) como principio general, la solución a una misma cuestión legal debe buscarse en los precedentes; (ii) como excepción, solo “causas graves” podrían originar que el Tribunal se apartase de su doctrina, cuando resultase “de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito”.

La Corte indicó, entonces, que el “error” y la “inconveniencia” de los precedentes eran factores que la habilitaban a abandonarlos. Está claro que los parámetros proporcionados poseen un grado alto de abstracción para su aplicabilidad: ¿cuándo es “inconveniente” mantener un criterio? ¿cuán grave debe ser el error y cómo evitar que este se transforme en una habilitación a abandonar todo aquel precedente que no le resulte simpático al juez?

En 2006, la Corte precisa un poco más –en la causa *Barreto*–³¹ qué factores dan lugar al cambio de jurisprudencia. Afirma, pues, que deben existir: (i) causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio; o (ii) “razones de justicia”. Entre estas últimas, enumera: (a) “el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión”; (b) la apreciación de las lecciones de la experiencia; (c) la existencia de cambiantes circunstancias históricas que hubieran demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido. No aclara si tales factores son válidos para que la modificación de jurisprudencia se produzca tanto de su parte como de los tribunales inferiores, pero, en tanto se trata de un caso en el que ella misma reflexiona sobre la necesidad de apartarse de un precedente respecto a su propia competencia originaria, parece que se refiriera únicamente al precedente horizontal.

En *Arte Radiotelevivo*,³² se reiteró lo afirmado en *Baretta*, con transcripción, incluso, de las mismas citas doctrinarias efectuadas en aquella oportunidad en

29 Para un análisis detallado de la historia de la Corte Suprema y del primer caso en el que resolvió una controversia con remisión a su precedente, véase Garay (2019).

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Baretta, Miguel c/Prov. de Córdoba. Ferrocarril del Sud c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales*, 15/05/1939, Fallos: 183:409.

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Barreto, Alberto Damián y otra c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios*, 21/03/2006, Fallos: 329:759.

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Arte Radiotelevivo Argentino SA c/EN – JGM s/amparo ley 16986*, 11/02/2014, Fallos: 337:47, considerando 7°.

favor del mantenimiento del precedente.³³ Pero, esa vez, la Corte agregó algo más a la doctrina de su precedente horizontal: determinó sobre quién recaía la carga argumentativa tendiente a demostrar que el cambio de precedente era necesario. En este sentido, afirmó que, cuando la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa se fundase en precedentes de la Corte, es quien pretendiera que ella efectuase un nuevo examen sobre la cuestión constitucional el que “deberá exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable” (considerando 7º). Esa carga se agrava si quien pretende el cambio jurisprudencial intervino como parte en la causa en la que el precedente fue dictado (como sucedía en ese caso).

En suma, en *Arte Radiotelevisivo* la Corte mantuvo, por un lado, el criterio de que solo causas graves habilitarían el abandono de su precedente y que ellas deben ser alegadas y demostradas por la parte que lo pretende. Esas causas graves parecerían estar relacionadas con el error y la inconveniencia que podría poseer el precedente. Por otro lado, asignó un rol protagónico a la parte en el proceso de modificación del precedente y, en especial, a la argumentación que esta ofrezca en torno a la cuestión.³⁴ Aún más, en el entendimiento de que dicha carga había sido incumplida por el Estado Nacional, la Corte se consideró eximida de efectuar cualquier otra consideración sobre los agravios planteados (considerando 7º). Es decir, la Corte no se adentró, *motu proprio*, en el análisis de si su precedente debía ser o no modificado, sino que, frente a la omisión argumentativa de quien así lo pretende, decidió conservarlo.

En el caso *Schiffrin*,³⁵ la Corte debió evaluar si mantenía o modificaba el precedente *Fayt*,³⁶ por medio del cual había declarado inconstitucional la reforma de la Constitución de 1994 al artículo 99, inciso 4, en cuanto exigía un nuevo nombramiento de los magistrados una vez que alcanzaran los 75 años,

33 La Corte señalaría los mismos factores, dos años más tarde, en el caso *CEPIS (Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo)*, 18/08/2016, Fallos: 339:1077).

34 Cabe destacar que, en los sistemas del *common law*, el deber de invocar todos los precedentes aplicables, sea que favorezcan o no a la parte, es una obligación que suele estar consagrada en los Códigos de conducta o de ética profesional para abogados.

35 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa*, 28/03/2017, Fallos: 340:257.

36 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fayt, Carlos Santiago c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento*, 19/08/1999, Fallos: 322:1616.

renovable cada cinco años. En tal oportunidad, indicó que la carga argumentativa referida a la necesidad de modificar el precedente le corresponde “a quien pretende apartarse de él”, sin especificar si esto aplica únicamente a la parte que pretende que la Corte revise su precedente (como había afirmado en *Arte Radiotelevisivo*) o si también se incluía a sí misma, de modo de autoimponerse la carga de argumentar cada vez que quisiera apartarse de su precedente. La segunda interpretación parece la más adecuada, toda vez que acto seguido la Corte comienza a desarrollar una estructura argumentativa tendiente a explicar por qué resolverá que el precedente debe modificarse.

A diferencia de lo que había sucedido en *Baretta* y en *Arte Radiotelevisivo*, en *Schiffirin* la Corte efectivamente consideraba que su precedente debía ser dejado de lado. Es por esto que asumió la imposición de explicar por qué habría de modificar su precedente. Para ello, invocó la “relevancia institucional” del caso e identificó una estructura de argumentación consistente en seis razones que desarrollaría a lo largo de la sentencia y que la llevaron “a la conclusión de que el precedente debe ser modificado” (considerando 7º). En esa oportunidad, la CS agregó que una de las razones que habían dado lugar a modificaciones de precedentes en distintas materias (previsional, laboral, ambiental, derechos fundamentales, lesa humanidad, penal) y en cuyo marco debía ser evaluado *Fayt*, fue la aplicación de la reforma constitucional de 1994. Así es que configuró, como causal de modificación del precedente, “el cambio sustancial en el ordenamiento constitucional” provocado por la reforma de 1994.

Más allá de las pautas salpicadas en distintas sentencias de la Corte Suprema en torno a su precedente horizontal que hasta aquí se han analizado, es preciso señalar que, muchas veces, la Corte abandonó su precedente y, en reiteradas ocasiones, lo hizo influenciada por las circunstancias políticas subyacentes o fundada únicamente en los cambios de composición del tribunal.³⁷

4.1. Últimas tendencias en torno al precedente horizontal

Más allá de las sentencias mencionadas en el apartado anterior, en virtud de las cuales la CS desarrolla una serie de pautas y requisitos exigibles para su cambio de criterio, hay dos sentencias recientes en las que es necesario detenerse, por-

37 Véase, por ejemplo, el caso *Bustos* (Fallos: 327:4495) (que dejó de lado *Smith* (Fallos: 325:28) y *Provincia de San Luis* (Fallos: 326:417)) o el vaivén jurisprudencial en materia de tenencia personal de estupefacientes (*Colavini* (Fallos: 300:254), *Bazterrica* (Fallos: 308:1392), *Montalvo* (Fallos: 313:1333) y *Arriola* (Fallos: 332:1963)).

que la Corte podría estar borrando con el codo lo que escribió con la mano. Se trata de los casos *Asociación Filantrópica Francesa*³⁸ e *Institutos Médicos Antártida*.³⁹ En ambos, los hechos presentaban una gran semejanza y se relacionaban con la configuración de mala praxis durante el nacimiento, que había causado una severa discapacidad en los recién nacidos. Ambas familias demandaron a los médicos intervinientes y a los hospitales respectivos en los que los nacimientos se habían producido; luego de largos procesos, sus demandas prosperaron. Pero los institutos médicos se declararon en quiebra, motivo por el cual, en ambos procesos concursales, las respectivas familias solicitaban que se les reconociera a sus créditos un privilegio para cobrar con anticipación respecto a los demás acreedores, incluso de aquellos que contaban con créditos hipotecarios. Se invocaba, para fundar dicha pretensión, la inconstitucionalidad de la Ley de Concursos y Quiebras, al no prever un privilegio crediticio en favor de la discapacidad.

La primera decisión de la Corte recayó en *Asociación Filantrópica Francesa* en noviembre de 2018. Allí, con una mayoría de 3 sobre 2, se declaró la constitucionalidad del régimen de quiebras. La segunda sentencia, en el caso *Institutos Médicos Antártida*, también fue resuelta con una mayoría de 3 sobre 2, pero, ante la excusación del ministro Rosenkrantz, intervino como conjuera Graciela Medina. Esta vez, la Corte resolvió que el régimen de quiebras era inconstitucional y otorgó un privilegio para el crédito del niño con discapacidad para cobrar con anterioridad a cualquier otro acreedor.⁴⁰ En otras palabras, con una diferencia de cuatro meses, debido exclusivamente a un cambio circunstancial de composición del tribunal en uno de sus miembros por la excusación de un ministro, la Corte se contradijo a sí misma y resolvió exactamente lo opuesto a lo que había resuelto tan solo meses antes en un caso prácticamente idéntico.

Aún más: a la Corte no le bastó con modificar su reciente precedente a partir de un cambio circunstancial y eventual de su integración, sino que tampoco se ofreció la “rigurosa carga argumentativa” para justificar por qué decía “sí” a lo que cuatro meses atrás había dicho “no”.⁴¹ Y mucho menos para res-

38 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R y otros*, 6/11/2018, Fallos: 341:1511.

39 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/incidente de verificación*, 26/03/2019, Fallos: 342:459.

40 No es posible efectuar aquí un análisis del fondo de la cuestión, para cuyo estudio me remito a lo señalado por Capdevila y Palazzo (2020). El abordaje de esta diada de sentencias se realiza, en este trabajo, desde la perspectiva del precedente.

41 En definitiva, subyace en eso una consolidada (pero no por eso menos errada) creencia de que el

guardar la seguridad jurídica, doblemente lesionada: en primer lugar, porque un precedente dictado en noviembre es abandonado en marzo y, en segundo lugar, porque, al ser abandonado por una mayoría circunstancial, hay muchas probabilidades de que el precedente de noviembre se retome en un tercer e hipotético caso.

La mayoría en *Institutos Médicos* invocó, en el entendimiento de que el régimen concursal debía integrarse con los tratados internacionales, un precedente de 2014 –*Pinturas y Revestimientos*–,⁴² en el que se había reconocido prioridad de cobro en una quiebra a un crédito laboral. Sin embargo, la Corte no explicó por qué la aplicación de este precedente, con una plataforma fáctica distinta a la de *Institutos Médicos*, debía prevalecer sobre la aplicación de *Asociación Filantrópica*, con una plataforma cuasi idéntica.⁴³ Tampoco se le dio la relevancia necesaria a la circunstancia de que en el caso *Pinturas y Revestimientos* el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, que resultaba aplicable, preveía específicamente la situación del trabajador frente a la insolvencia del deudor. Ello no sucedía, en cambio, en los tratados internacionales que se invocaron en *Institutos Médicos*, configurando un factor de distinción relevante entre ambas causas.

Es cierto que la sentencia *Asociación Filantrópica* fue dictada con la mayoría mínima requerida (y eso podría debilitar su fuerza como precedente), y también es cierto que los jueces que resolvieron *Institutos Médicos* podrían alegar una causal de injusticia palmaria y grave para desoír el precedente de la Corte. Pero, aun así, creo que no puede convalidarse el cambio de precedente, puesto que: (i) el abandono del precedente fue efectuado por una mayoría circunstancial, a raíz de lo cual no es posible afirmar que ese criterio será mantenido en el futuro (con la consecuente cascada de litigios que esto implicará, pues los tribunales inferiores no tienen un precedente claro al que seguir y los litigantes querrán todos probar suerte de que la Corte falle a su favor); (ii) la Corte no brindó ningún tipo de argumentación que justificase el abandono del prece-

mero cambio en los integrantes de la Corte habilita el cambio en su jurisprudencia, tema sobre el que se volverá en el apartado 7.3 de este estudio.

42 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/quiebra*, 26/03/2014, Fallos: 337:315.

43 López Medina (2001) califica esto como una forma ilegítima de utilización del precedente, puesto que “se desplaza una sentencia con fuerza primaria de precedente por otra que solo tiene fuerza secundaria por tratarse de un referente conceptual común” (p. 116). Es decir que, en estos casos, se deja de lado un precedente estrictamente aplicable para preferir otro que podrá o no tener similitud con el caso presente, pero no la suficiente en comparación con el precedente que se omite aplicar.

dente que estaba llevando a cabo (es más, lo invoca confusamente para fundar su decisión, como se verá a continuación).

En conclusión, con independencia de las atendibles opiniones en favor y en contra del criterio esbozado por la CS en *Institutos Médicos*, lo reprochable es que no haya sido la composición natural de la Corte la que operó el cambio de precedentes y que no se haya fundamentado debidamente el apartamiento de un precedente que la Corte había dictado apenas meses antes. La actitud de los ministros que habían formado la disidencia en *Asociación Filantrópica* debió ser la de adherir a lo resuelto meses antes por la composición natural de la Corte.

Finalmente, y como si todo lo mencionado fuera poco, en el considerando 6° del voto mayoritario de la sentencia recaída en *Institutos Médicos*, la Corte cita la sentencia dictada en *Asociación Filantrópica*. Pero no la invoca para explicar por qué no es aplicable o por qué se apartará de ese precedente, sino que –en lo que constituye la expresión más extrema de la imprecisión y la obscuridad en el uso de citas y precedentes por parte de la Corte– se invoca la disidencia del juez Juan Carlos Maqueda en *Asociación Filantrópica*, como si lo resuelto en ese caso hubiera sido justamente lo contrario a lo que en realidad se resolvió. En efecto, dice la Corte:

Que las circunstancias fácticas y las cuestiones de fondo planteadas en la presente causa resultan sustancialmente análogas a las examinadas y resueltas en la causa “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidencia de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, *voto en disidencia del juez Maqueda (Fallos: 341:1511)*, en el que se hizo lugar al reclamo efectuado por los incidentistas, se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 239, primer párrafo; 241; 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2° de la ley 24.522, y se verificó el crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio.⁴⁴

En síntesis, más allá del cuestionable apartamiento de la Corte de su reciente precedente, la confusa invocación del precedente en esos términos es intolerable. Si el lector no se encuentra familiarizado con él, probablemente pensará que en *Asociación Filantrópica* efectivamente se verificó el crédito con privilegio especial y se declaró la inconstitucionalidad del artículo 239 de la Ley de Concursos y Quiebras, cuando lo que sucedió *fue todo lo contrario*.

44 Considerando 6° de la sentencia *Institutos Médicos*. Énfasis agregado.

5. Recapitulación: la doctrina del precedente de la Corte Suprema

Como síntesis de lo analizado en los dos apartados anteriores, se podría delinear la doctrina del precedente de la Corte Suprema del siguiente modo:

- Si los tribunales inferiores quieren apartarse del precedente de la Corte Suprema, deben proporcionar nuevos argumentos, es decir, razones que ella misma no hubiera considerado ya.
- La sentencia del tribunal inferior que se apartare del precedente de la Corte sin proporcionar nuevos argumentos carece de fundamentación y podrá ser descalificada por arbitrariedad.
- No basta para justificar el apartamiento del precedente de la Corte que el tribunal inferior señale la mera discrepancia.
- El abandono del precedente exige la configuración de una causa grave que haga ineludible el cambio de criterio. Entre los factores que contribuyen al cambio, la Corte ha admitido el error o la inconveniencia, la apreciación de lecciones de la experiencia o la existencia de cambiantes circunstancias históricas.
- Si una parte pretende que la Corte Suprema abandone su precedente, debe enfrentar una carga argumentativa rigurosa o calificada, tendiente a demostrar que existe una causa grave que hace ineludible el cambio de criterio.
- Algunos factores que podrían agravar la carga argumentativa respecto a la necesidad de modificar el precedente son: que el precedente sea reciente, que una de las partes lo hubiera invocado expresamente como sustento de su pretensión, que la parte que solicita su modificación ya hubiera intervenido en otra causa en la que se aplicó el precedente.

6. Valoración de la doctrina del precedente de la Corte Suprema

Corresponde analizar si la doctrina del precedente de la Corte es la más adecuada a fin de atender los valores que promueve (seguridad jurídica, igualdad, eficiencia y legitimidad judicial). Subyace en estas consideraciones la decisión de en quién debe recaer la promoción de la evolución del derecho y la modificación de la jurisprudencia.

Cuando la Corte permite que los tribunales inferiores se aparten de su precedente sobre la base de nuevos argumentos, tiene la intención de evitar la cristalización del derecho o la repetición de un criterio que, visto desde otro perfil o perspectiva que ella no tuvo la oportunidad de considerar, se presenta como inadecuado. La CS admite que la modificación del derecho puede venir

“desde abajo”, ser encabezada por los tribunales inferiores, y evidentemente interpreta que de ese modo la seguridad jurídica queda a resguardo. Sin embargo, considero que si ese es el camino que la Corte desea elegir para su precedente vertical, se necesita algo más para hacer efectiva la consagración de la seguridad jurídica y la igualdad: la definición de estándares de qué tipo de argumentos habilitarían un apartamiento. No basta, para asegurar la estabilidad en el derecho, con admitir la invocación de nuevos argumentos de parte de los tribunales inferiores.

De cualquier modo, a mi entender, la doctrina del precedente vertical de la Corte que debería adoptarse es el reconocimiento de obligatoriedad, tanto horizontal como vertical. En este último caso, el tribunal inferior podría, al aplicar el precedente de la Corte, dejar asentado su criterio u opinión discordante y la Corte tomarlo en cuenta para considerar, llegado el caso, si mantiene o no su precedente. Lo contrario implica, en un ordenamiento como el argentino, en el que es realmente dificultoso acceder a la Corte Suprema, que la interpretación de la Constitución efectuada por el Máximo Tribunal pueda ser constantemente dejada de lado por los tribunales inferiores con un doble riesgo: (i) que en todos esos casos se intente alcanzar la jurisdicción de la Corte, lo que agrava el cúmulo de expedientes que hay en su seno; (ii) que la Constitución adquiera un significado y su contrario al mismo tiempo, en el mismo ordenamiento jurídico y para las mismas situaciones.

En otras palabras, creo que la doctrina del precedente vertical de la Corte Suprema es mejorable, y que el camino adecuado para su mejora es reconocer la obligación de seguimiento del precedente por parte de los tribunales inferiores y constituir a la Corte, en tanto intérprete final de la Constitución, en la encargada de llevar a cabo (en las situaciones excepcionales que ello fuera necesario) la modificación del precedente y el cambio en el derecho. Esto implicará que los tribunales inferiores, aun si estuvieran en desacuerdo con el precedente de la Corte, deberán seguirlo, pero empeñarse en dejar en evidencia su opinión en contrario, reunir y detallar todos los argumentos posibles para que sea la Corte la que considere si, sobre la base de esos nuevos argumentos, mantiene su postura o la modifica. Entiendo que solo así podrá asegurarse efectivamente la necesaria estabilidad del derecho y el respeto por la igualdad jurídica.

Podría argumentarse que permitir que el tribunal inferior se aparte, proporcionando nuevos argumentos, y que luego esa sentencia sea revisada por la Corte lleva al mismo resultado que el camino propuesto sin necesidad de reconocer la vinculatoriedad del criterio de la Corte. Sin embargo, no es así por diversos

motivos: en primer lugar, la Corte Suprema tiene la potestad (conferida por el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) de rehusarse a resolver un caso y, efectivamente, en muchísimos casos lo hace. Ello podría ocasionar que la causa jamás llegue a la Corte (incluso, a partir de la Acordada 4/2007, por cuestiones formales). En segundo lugar, porque ello implica poner sobre la espalda de la parte que se ha atenido a la doctrina de la Corte el deber y los costos (cuanto menos, hasta el dictado de la sentencia) de litigar hasta la instancia máxima, en vez de hacerlos recaer sobre la parte que busca y pretende un cambio jurisprudencial. Por último, es evidente que, hasta aquí, la doctrina del precedente que permite el apartamiento del tribunal inferior en tan amplios términos no ha logrado su cometido de estabilidad: la actitud de los tribunales inferiores es reticente al seguimiento de los precedentes de la Corte.⁴⁵

Con frecuencia, se invoca la libertad de criterio o la independencia judicial para oponerse al reconocimiento de obligatoriedad al precedente de la Corte. Considero que ello no es así por las razones que ofreceré a continuación. La independencia judicial debe ser entendida como una garantía para las partes, no para el juez: se orienta, precisamente, a que las partes puedan obtener un resultado justo para su pleito, sin presiones ni coacciones hacia los jueces que deben resolverlo. De allí que resulte suficiente para asegurar la independencia judicial que el juez quede vinculado “al sistema de fuentes del derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado” (Bernal Pulido, 2008, p. 86). No obstante, sería absurdo que, en su defensa, se justificase que dos personas en análogas situaciones recibieran de la misma Justicia respuestas contrarias. Eso equivaldría a concebir el sistema en interés y para protección de los jueces por encima del interés y de la protección de los justiciables. En otras palabras, la protección frente a injerencias indebidas se refiere a la intervención directa que cualquiera podría tener sobre la resolución de un caso concreto (Bravo Hurtado, 2014),⁴⁶ y no debe ser entendida como una libertad absoluta de criterio, en especial en ocasiones en las que el ejercicio de esa libertad contrariase una garantía constitucional como la de igualdad. Reconocer la obligatoriedad del precedente, por lo demás, no excluye que se

45 Del estudio que han efectuado Legarre y Rivera (2006) sobre la actitud de los tribunales inferiores respecto al precedente de la Corte, se extrae como conclusión que los protagonistas (jueces y litigantes) no perciben la doctrina del precedente que la Corte ha delineado como una verdadera obligación. Por el contrario, los tribunales inferiores entienden que pueden válidamente apartarse del precedente de la Corte y, más aún, que en algunos casos *deben* hacerlo.

46 Bravo Hurtado (2014) da como ejemplo más concreto de la intervención directa el “telefonazo” de una instancia superior a una inferior para indicarle cómo debe resolver un caso.

garantice a aquel juez que posee un criterio distinto la libertad de dejarlo de manifiesto en su sentencia, fundarlo y contribuir así a que la Corte evalúe si es o no necesaria una evolución en el derecho, que es lo que habitualmente ocurre en el *common law*, en el que nadie se atrevería a afirmar que los jueces carecen de independencia por estar sujetos al precedente de jueces de instancias superiores.

Sin perjuicio de todo lo dicho, entiendo que un supuesto distinto viene dado por el precedente gravemente injusto, que obliga en ciencia y conciencia al juez a su inaplicación. Pero se trata de situaciones excepcionalísimas, en las que el precedente dictado por la Corte ocasionara una injusticia grave, notoria, manifiesta. Aun ante una doctrina del precedente obligatorio, podría aceptarse que, en tales casos, y luego de evaluar que la injusticia de apartarse del precedente será menor que la de resolver de conformidad a él, el juez se apartase del criterio. Si lo hace, deberá fundarlo expresa y exhaustivamente.

En relación con el precedente horizontal, entiendo que también debe reconocerse la obligatoriedad de seguimiento por parte de la Corte Suprema y habilitar el apartamiento solo ante circunstancias excepcionales. Algunas de esas circunstancias serán analizadas más adelante. Basta aquí señalar que el requisito básico de una doctrina que estableciera la obligatoriedad horizontal del precedente sería que, cuando se configurase una causa que exigiese la modificación del precedente, la Corte debería fundar expresamente el cambio de criterio.

Vale efectuar algunas aclaraciones respecto a la doctrina del precedente propuesta: en primer lugar, todo lo antedicho aplica para el caso del precedente de la Corte en materia federal. En cuanto al precedente en materia de derecho común, que será abordado en el siguiente apartado, advierto el riesgo que la pretendida constitucionalización de todo el derecho podría significar al ejercicio de la jurisdicción provincial de acuerdo con la distribución efectuada por la Constitución. Coincido con Garay (2015a) en que el ejercicio de funciones casatorias de parte de la Corte en materia de derecho común “excede el plan constitucional” (p. 25). En segundo lugar, un peligro semejante se desprende del activismo judicial volcado en ciertas sentencias que se inmiscuyen en la actividad legislativa y definen cuestiones que deben ser debatidas y resueltas en el Congreso y respecto a las cuales es necesario el ejercicio del *judicial restraint*. En tercer lugar, es necesario recordar que la obligatoriedad del precedente debe circunscribirse a lo que en él “se decidió”, es decir, a su *ratio decidendi*, no a lo

que en él “se dijo”,⁴⁷ y se extiende exclusivamente a la plataforma fáctica del caso en concreto y a hechos suficientemente análogos. Por ende, carecen de obligatoriedad para casos análogos posteriores todas aquellas manifestaciones adicionales que la Corte Suprema suele hacer en sus sentencias y que no constituyen la regla jurídica indispensable para resolver el caso o que se refieren a hechos hipotéticos que no son los que dieron origen al precedente. También se volverá sobre esto en el siguiente apartado.

Finalmente, cabría cuestionarse si la doctrina de la obligatoriedad del precedente en materia federal o constitucional puede ser impuesta por la Corte a través de sus precedentes o si es preciso el dictado de una ley que le otorgue ese valor. En tal sentido, entiendo que, tal como lo ha reconocido la propia Corte, el deber de los tribunales inferiores de conformar sus decisiones a los precedentes del Máximo Tribunal emana de la propia Constitución, del carácter de la Corte de intérprete final de su texto y cabeza del Poder Judicial de la Nación⁴⁸ y de la necesidad de garantizar la igualdad y la seguridad jurídica. Por ende, no sería necesario que el Congreso dictara una norma para reconocer expresamente la obligatoriedad de los tribunales inferiores de estar a lo resuelto por la Corte en casos análogos. Sin embargo, reconozco que podría ser conveniente que una norma así lo dispusiera, no solo para reglamentar todas las aristas de la doctrina del precedente de modo esquemático (cuándo puede ser modificado, a quién corresponde la carga de la prueba, etcétera),⁴⁹ sino también como un intento de paliar la desobediencia reiterada de los tribunales inferiores hacia el precedente de la Corte.

7. Precisiones sobre el uso del precedente de la Corte

A continuación se desarrollarán algunas peculiaridades del uso del precedente de la Corte Suprema argentina y se resaltarán la importancia de técnicas que deben acompañar la aplicación de un precedente judicial y que son pasibles de análisis y crítica valorativa, en atención a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad a la que la doctrina del precedente se orienta.

47 Tomo de Garay (2013) esta distinción entre “lo que se resuelve” y “lo que se dice”.

48 Cfr. artículo 108 de la CN.

49 Tal como sucedió con el nuevo Código Procesal Civil de Brasil.

7.1. Precedente de derecho federal y precedente de derecho común

Las circunstancias históricas que rodearon la incorporación de Buenos Aires a la Confederación, en 1860, motivaron la primera reforma a la Constitución Nacional de 1853, inspirada en la intención de debilitar el poder federal. Una de las consecuencias de esta reforma fue la reserva de la aplicación de los códigos de derecho común –dictados por el Congreso Nacional por disposición del artículo 67– por parte de los jueces locales. Esto generó un híbrido en virtud del cual el legislador nacional dictaría el código de fondo, pero el juez local sería el encargado de interpretarlo y aplicarlo. En consecuencia, por disposición constitucional, la Corte no tiene competencia para resolver cuestiones planteadas en la aplicación de derecho común, sino que se reserva esa competencia al derecho federal y a los puntos regidos por la Constitución. Tampoco la tiene, en teoría, en materia procesal y de derecho público local.

Sin embargo, a través de su jurisprudencia, la Corte amplió su competencia por distintas vías. En primer lugar, reconoció que, en ocasiones, se configura una cuestión federal a partir de la interpretación de normas no federales.⁵⁰ En segundo lugar, desarrolló las doctrinas de arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional como causales pretorianas de admisibilidad del recurso extraordinario federal. La realidad es, entonces, que por estos cauces muchas veces llegan a la Corte cuestiones de interpretación y aplicación de derecho común, derecho procesal o derecho público local en las cuales se pronuncia y dicta un precedente.

La cuestión reside, entonces, en dilucidar si ese precedente, que la Corte dicta en interpretación del derecho no federal, tiene (o debería tener) distinto valor que el dictado en aplicación o interpretación del derecho federal.

En un principio, en cuanto a materias de derecho público local, la Corte sostuvo que sus precedentes carecían de fuerza vinculante para los tribunales locales en virtud del sistema federal adoptado en la Constitución.⁵¹ En cuanto a materias de derecho común, se pronunció a favor de la aplicación de su doctrina del precedente vertical –en aquellos casos en los que se hubiera expedido “para contribuir al desarrollo del derecho en la materia y con el propósito de afianzar la seguridad jurídica”– para frenar diversas tendencias jurisprudenciales.⁵²

50 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Marchelli, Eduardo y Cía. c/ Empresa Tranway Metropolitano*, 1905, Fallos: 102:379; *P. Cesari y Cía. c/ La Empresa del Ferrocarril Central Argentino*, 1916, Fallos: 123:313; *Sumario instruido contra Frery José*, 1916, Fallos: 124:395; *Graffigna, Domingo*, 1926, Fallos: 147:286.

51 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Lopardo, Rubén Ángel c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, 1982, Fallos: 304:1459; *Vivas, Victor c/ Provincia de Entre Ríos*, 16/06/1992, Fallos: 315:1319.

52 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Encinas, Marcelino c/ Francisco Ballester y otro s/ indemnización*.

En el reciente caso *Farina*, al afirmar el carácter vinculante de la interpretación de la Corte al artículo 67 del Código Penal, el Tribunal se cuidó de señalar que no se trataba de una cuestión de derecho común, pues estaban en juego diversos preceptos constitucionales, que a continuación citó (considerando 16º) y, por ende, se configuraba una cuestión federal a partir de la interpretación de normas no federales.

Lo cierto es que la cuestión exige ser analizada, hoy en día, desde la perspectiva del fenómeno denominado “constitucionalización de todo el derecho”. Esto, que lleva a algunos a sostener que la Constitución gobierna la interpretación de todas las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación,⁵³ podría implicar, en la práctica, que la Corte se expidiera en prácticamente cualquier asunto de derecho común. Y, en estos casos, al aplicar esas normas de derecho común desde la óptica constitucional, el precedente de la Corte robustecería su fuerza en todos los supuestos, pudiendo llegar a provocar la casación del derecho común.

Sin intención de agotar el tema, me limitaré a reiterar que la extensión de obligatoriedad del precedente de la Corte en materias que, en principio, el texto constitucional deja fuera de su competencia debe ser interpretada restrictivamente, puesto que podría vulnerar el federalismo judicial.⁵⁴ Será necesario dilucidar, caso a caso, si verdaderamente está en juego la interpretación de la Constitución o de alguno de los tratados internacionales, o si simplemente se requiere, para resolver la cuestión planteada, la interpretación de una norma de derecho común, procesal o local. En definitiva, en el modelo constitucional adoptado se aceptó, implícitamente, que existieran diferencias interpretativas de normas no federales desde el mismo momento en el que se concedió a los tribunales locales la potestad de aplicarlas. Considero que el supuesto sería distinto al de contradicción o desigual aplicación de una misma norma dentro de un mismo tribunal o dentro de una misma jurisdicción.

Finalmente, en cuanto al precedente dictado por la Corte en ejercicio de su

zación rec. de casación, 25/08/1998, Fallos: 321:2294; *Quadrum S.A. c/Ciccone Calcográfica S.A.*, 6/07/2004, Fallos: 327:2842; *Autolatina Argentina S.A. c/Dirección General Impositiva y otro s/res. apel. TFN*, 13/03/2007, Fallos: 330:704.

53 En especial, a partir de que su artículo 1 dispone: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte [...]”. Énfasis agregado.

54 Sobre el peligro que esto podría acarrear al esquema judicial adoptado en la Constitución, en relación con la apelabilidad de prácticamente todas las sentencias de los Tribunales Superiores provinciales ante la Corte, véase Garay (2015a).

competencia originaria y en materia de derecho común, esta ha dicho que no es de seguimiento obligatorio.⁵⁵

7.2. La importancia de los hechos. *Ratio decidendi* y *obiter dicta*

Una de las grandes diferencias en el uso de precedentes en el *civil law* y en el *common law* reside en la importancia que se le atribuye a los hechos del caso en el que precedente fue dictado y su comparación o relación con los hechos del caso en el que será aplicado. El modo de pensar del operador jurídico continental tiende a la abstracción y, por ende, suele aislar extractos de la sentencia para enunciarlos en casos posteriores como si fueran reglas, sin proporcionar un anclaje en los hechos concretos para los que esa regla fue enunciada (Carrió, 1987, pp. 174 y 177; Cueto Rúa, 1982, p. 138; Garay, 2013, pp. 77 y 78).

Aquello provoca dos inconvenientes: (i) la aplicación de precedentes a circunstancias fácticas distintas de aquellas que inspiraron la decisión en el caso anterior; (ii) la invocación de un precedente sin distinción de su *ratio decidendi* y los *dicta* que contiene. Ambas prácticas debilitan la doctrina del precedente, puesto que colocan al Poder Judicial fuera del ámbito propio de su función (que es la resolución de casos concretos con plataformas fácticas específicas) y lo exponen, de ese modo, a las críticas fundamentales de los detractores del uso del precedente (vulneración a la división de poderes, renuncia al ejercicio del control de constitucionalidad).

En Argentina, es frecuente que los hechos del caso queden “en penumbras” (Mosmann, 2016; Oteiza, 2007).⁵⁶ Los jueces, al redactar las sentencias, tienden al maximalismo (Grosman, 2010, p. 53) y omiten relatar apropiadamente los hechos y circunscribir la *ratio* –es decir, la regla que aplicarán para resolver la controversia– a los hechos del caso que tienen ante sí. A su vez, aquellos jueces que deben utilizar esa sentencia como precedente invocan expresiones generales de la sentencia sin contextualizarlas con la plataforma fáctica en la

55 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pereyra Rodríguez, Gustavo Rodolfo Marcelo y Morel de Pereyra, Gloria Rosa c/Cruz, Medardo Idanor y Gilardi, Luis Esteban*, 10/04/2003, Fallos: 326:1204; *Ferreya, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/V.I.C.O.V. S.A. s/daños y perjuicios*, 21/03/2006, Fallos: 329:646 (en particular, el voto concurrente de Highton de Nolasco). Ampliase en Ibarlucía (2006, p. 223); Legarre y Rivera (2006).

56 La concepción del precedente en Argentina queda explicitada a través del expresidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti (2014, p. 31), quien, al referirse a la jurisprudencia, señaló que se trata de “una serie de decisiones judiciales que interpretan una norma en sentido coincidente [...], pero lo que interesa no son los elementos fácticos, sino la doctrina que se desarrolla con aptitud para valer como fundamento en casos posteriores”. Énfasis agregado.

que fue dictada. En este último caso, la dificultad de anclar el precedente en una plataforma fáctica determinada se acentúa por la ausencia de una adecuada descripción de los hechos en el texto de las sentencias judiciales (en especial, de los tribunales supremos),⁵⁷ lo que conduce a una circularidad viciosa. En otras palabras, ni los jueces están habituados a utilizar los precedentes dentro del contexto fáctico determinado para el cual fueron dictados ni las sentencias judiciales contienen un relato adecuado de la plataforma fáctica que permita hacerlo.

La descripción y el relato de los hechos efectuado por el tribunal son cruciales no solo para determinar el área de aplicabilidad del precedente (que debe limitarse a las circunstancias fácticas análogas), sino también para apreciar qué hechos han sido considerados relevantes para el tribunal y cuáles no. Esto es imprescindible para que el operador jurídico, una vez que se ha topado con un caso posterior que parece ser análogo, pueda dilucidar si cabe aplicar el precedente o si procede el *distinguishing* (es decir, si es posible o necesario distinguir el caso actual del caso pasado); para eso, deberá saber a qué hechos le otorgó relevancia el juzgador para resolver como lo hizo en el caso anterior y comprobar si se reprodujeron o no en el caso actual. En este sentido, cabe llamar la atención sobre una práctica habitual de la Corte que obstaculiza la adecuada ponderación de la plataforma fáctica: se trata de la remisión, en cuanto a los hechos, al Dictamen de la Procuración General.⁵⁸ La remisión, por un lado, provoca que la sentencia pierda autosuficiencia (de modo que el lector debe echar mano de otras actuaciones de la causa para comprenderla cabalmente), y, por el otro, exime al tribunal de efectuar un relato propio de los hechos a partir del cual dejar explicitados aquellos que son relevantes.

En relación con lo analizado, en los últimos años, la Corte descalificó como arbitrarias algunas sentencias que aplicaban precedentes sin atender a la similitud de las circunstancias fácticas y jurídicas entre el precedente en cuestión y el caso que resolvían e invocando expresiones generales. Se trata de una doctrina que desarrolló la Corte, por primera vez, en el caso *Municipalidad de la Capital c/Elortondo*.⁵⁹ En aquella oportunidad, había sostenido que

57 Véanse, como ejemplos, el famoso caso *Peralta*, Fallos: 313:1513 (27/12/1990) y *Arriola*, Fallos: 332:1963 (25/08/2009).

58 Esto ha ocurrido en *Pilaga* CSJ 570/2016, y en *Sisnero Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros s/amparo*, 20/05/2014, Fallos: 337:611.

59 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Municipalidad de la Capital c/Isabel A. de Elortondo*, 14/04/1888, Fallos: 33:162.

las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y [...] en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan al juicio del tribunal para los casos subsiguientes.

En los casos *Acosta*,⁶⁰ *Karpin*,⁶¹ *Bignone*⁶² y *Freire Díaz*⁶³ se invocó esa doctrina nuevamente. Hay que destacar que cuando la Corte se refiere a las circunstancias del caso, no alude únicamente a cuestiones fácticas, sino que las extiende asimismo a las jurídicas: en efecto, en *Acosta*, la Corte descalificó por arbitraria una sentencia que se basaba en un precedente sin atender a que el marco normativo aplicable era distinto, pues “soslayó las diferencias jurídicas existentes entre un caso y otro”. Asimismo, en *Bignone*, la Corte expresamente afirmó que “resulta imprescindible ponderar las *circunstancias fácticas y normativas relevantes*”.⁶⁴

Así y todo, es necesario señalar que muchas veces es la propia Corte la que invoca una expresión general del precedente en un caso que en nada se relaciona con él o resuelve una controversia mediante reglas y principios mucho más extensos que los requeridos por la plataforma fáctica y sin anclaje en esta. Lo primero ocurre, por ejemplo, en el caso *Albornoz*, con la invocación de los casos *Banco de Mendoza*⁶⁵ y *Villada*.⁶⁶ Lo segundo, en *Arriola*.⁶⁷ Pero no hace falta siquiera ir a casos tan específicos para comprobar que cualquier sentencia de la Corte Suprema invoca una gran cantidad de precedentes y la mayoría de ellos no presenta relación alguna con la plataforma fáctica que se está analizando.

Esto no quiere decir que no puedan utilizarse principios o reglas generales contenidas en sentencias anteriores para resolver casos presentes; no se les pide a los tribunales que inventen la rueda cada vez que dictan sentencia y,

60 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Acosta, Leonel Ignacio s/impugnación de precandidatos elecciones primarias – Frente Justicialista Riojano*, 22/08/2017, Fallos: 340:1084.

61 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Karpin Mario c/Estado Nacional – Ministerio de Justicia s/personal military y civil de las FFAA y de Seguridad*, 7/11/2006, Fallos: 329:5019.

62 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario*, 3/05/2017, Fallos: 340:549.

63 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Freire Díaz, Manuel Santos y otro s/defraudación*, 19/03/2019, Fallos: 342:278.

64 Énfasis agregado.

65 Para un análisis y crítica sobre la pertinencia de estas citas, véase Garay (1993).

66 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Villada, Juan Carlos y otros s/robo calificado*, 9/10/1990, Fallos: 313:1010.

67 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Arriola Sebastián y otros s/causa n° 9080*, 25/08/2009, Fallos: 332:1963. Véase, en ese sentido, Grosman (2010).

de hecho, es preferible que se apoyen en lo que ellos mismos han sostenido anteriormente, pues eso mantiene la coherencia en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, lo que sí es criticable es cualquiera de los dos extremos: (a) que se invoque un principio abstracto sin considerar y, eventualmente, argumentar por qué resulta aplicable a la plataforma fáctica sobre la que se está resolviendo; (b) que se ignore o se deje de lado un principio desarrollado en una sentencia anterior, haciendo incurrir al tribunal en una autocontradicción insalvable.

Por último, me referiré brevemente a la necesaria distinción entre *ratio* y *obiter*. La *ratio decidendi* de un caso es “aquella regla de derecho expresa o implícitamente considerada por el juez como un paso necesario para arribar a su conclusión, teniendo en consideración la línea argumental adoptada por él” (Cross y Harris, 1991, p. 72). La *ratio* debe ser extraída del voto mayoritario del tribunal. Del *obiter dictum*, por su parte, basta una definición residual: todo aquello que no es *ratio* es *obiter*.⁶⁸ El *obiter* refleja, no solo etimológicamente, sino también en su aplicación, el “dicho sea de paso”. Es lo complementario, lo que no es necesario para resolver el caso, lo que se dice “a mayor abundamiento”. A su vez, hay quienes distinguen entre *obiter dicta* y *dicta*: estas últimas serían aquellas proposiciones no necesarias para resolver el caso, pero relacionadas con él, mientras que *obiter dicta* serían las proposiciones relacionadas con un caso distinto al que se está resolviendo (Wambaugh, 1894, p. 18). Lo importante de la distinción entre *ratio* y *dicta* desarrollada en el *common law* es que solo lo necesario para resolver el caso obliga en un caso análogo futuro, pues se presume que es a ello a lo que el tribunal le otorgó atención, deliberación y esfuerzo como para dotarlo de autoridad y fuerza. Lo demás, aquello esgrimido de modo adicional o que no está estrechamente relacionado con el caso en cuestión, podrá tener fuerza persuasiva, pero no obliga.⁶⁹ Es una distinción necesaria en el uso del precedente, en especial en sentencias extensas como las de nuestra Corte Suprema, en las que no es dable suponer que todo se afirma y se invoca con la misma fuerza o ha merecido la misma deliberación y reflexión.

68 Como sostienen Cross y Harris (1991, p. 75), no hay mejor forma de definirlo ni mucho más para decir. Sin embargo, para un estudio más abarcativo de tipos o ejemplos de *obiter*, se puede consultar aquella obra en sus páginas 75-84.

69 Muchas veces sucede que la Corte, aunque niega su competencia para resolver un asunto, manifiesta toda su opinión en un largo *obiter*. Esto es confuso para quien no está habituado en las técnicas del precedente (y, a veces, para los mismos jueces), que le otorgan a lo dicho allí un peso que no merece. Véanse, como ejemplos de esto, el caso *Barrick* (4/06/2019, Fallos: 342:917) y la reciente sentencia

7.3. El precedente y los cambios de integración del Tribunal

Con frecuencia, la Corte menciona expresamente en sus sentencias que lo invocado como precedente fue sentenciado “con esta misma composición” o “en esta misma integración” (o en una anterior), como si ello fuera indicio de algo, como si el hecho de que sean los mismos jueces los que están resolviendo hoy un caso parecido al que se resolvió ayer le diera más peso al pasado.⁷⁰ Doctrinariamente, también suele aceptarse que un precedente sea modificado o abandonado a raíz de un cambio de composición del tribunal (Ibarlucía, 2006; Mosmann, 2016, p. 21).⁷¹

A su vez, la historia institucional de la Corte Suprema da cuenta de situaciones de manipulación del precedente judicial a partir de los cambios en la composición del tribunal (no solo a partir de “la variación en la composición de los nombres de sus ministros, sino también por el cambio de composición en la cantidad de los ministros” (Oteiza, 1994)⁷²).

A pesar de estas prácticas o hábitos consolidados, entiendo que el cambio de composición del tribunal no puede ser en sí mismo una causal que justifique el abandono de un precedente sin que ello afecte gravemente la seguridad jurídica y la legitimidad judicial. Con respecto a la seguridad jurídica, la Corte Suprema ha afirmado que, frente a situaciones sustancialmente idénticas, los justiciables tienen legítimo derecho a esperar que las decisiones judiciales tengan continuidad y correspondencia con la jurisprudencia existente, aun frente a ocasionales modificaciones en la integración del órgano jurisdiccional⁷³ y que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional, “sin que resulte por ende admisible que dos sentencias emanadas del mismo tribunal resuelvan la cuestión de modo

dictada en ocasión de la acción declarativa interpuesta por la vicepresidenta del Senado para cuestionar la constitucionalidad de las sesiones virtuales del Senado en el marco de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 (Fernández de Kirchner, *Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza*, 24/04/2020, CSJ 000353/2020/CS001).

70 Véase, por ejemplo, el considerando 6° del fallo *Arte Radiotelevisivo*.

71 Asimismo, se encuentran ejemplos en igual sentido en el derecho comparado: se señala que es usual que los nuevos integrantes de órganos jurisdiccionales de México “utilicen expresiones como ‘ustedes sostuvieron’ o ‘a mí no me obliga la jurisprudencia sustentada cuando no formaba parte de este tribunal’, tras lo cual exponen su propio criterio” (Soberanes Diez, 2013, p. 343).

72 En el mismo sentido, véase Sedlacek (2015).

73 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Baretta, Miguel c/Prov. de Córdoba. Ferrocarril del Sud c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales*, 1939, Fallos: 183:409; *Provincia de San Luis c/Compañía de Electricidad de los Andes*, 1948, Fallos: 212:325; *González, Herminia del Carmen c/ANSe s/reajustes por movilidad*, 21/03/2000, Fallos: 323:555.

diverso, aunque hayan cambiado sus integrantes”, si no medió circunstancia sobreviviente o que no hubiese podido ser apreciada en el fallo anterior.⁷⁴

En cuanto a la legitimidad judicial, se trata de la garantía de que es el tribunal el que está juzgando y decidiendo (Mead, 2012, p. 813), independientemente de la opinión de los jueces que ocasionalmente lo integran.⁷⁵ Tiene su correlato en la confianza en el Poder Judicial por parte de la sociedad. En tal sentido, cuando las personas físicas y jurídicas notan que un tribunal trata del mismo modo a las partes que les presentan casos similares, se desarrolla un nivel de confianza en el sistema que, de otro modo, no existiría. Por el contrario, cuando las reglas de juego se reformulan constante y azarosamente, lo que se desarrolla es una concepción de arbitrariedad e inestabilidad (Kozel, 2010, pp. 412-413; Shapiro, 1972, p. 125). Para garantizar esa legitimidad, se debe preservar la idea de tribunal por encima de la de un juez o jueces individuales que ocupan transitoriamente un sitio en el órgano judicial.

En síntesis, considero que el cambio en la integración de un tribunal no es motivo suficiente para justificar la modificación del precedente. Aún más: entiendo que es más genuino el cambio de precedente que se produce con los mismos integrantes que aquel que tiene lugar luego de un cambio de personal. Ello es así toda vez que el primero reflejará, en la mayoría de los casos, una reflexión profunda que conlleva el reconocimiento de la necesidad de cambio; mientras que el segundo reflejará, en la mayoría de los casos, la influencia de la subjetividad del decisor por encima de la estabilidad jurídica. Esto último se exagera cuando, como en la sentencia *Institutos Médicos* analizada más arriba, el cambio de precedente se da a partir de una modificación circunstancial de la integración del tribunal.

7.4. El precedente y el error

Aristóteles afirmaba, varios siglos atrás, que la existencia de cambios frecuentes en el derecho no es buena para la sociedad política.⁷⁶ Contemporáneamente,

74 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Nación c/Muzaber, Rafik*, 1969, Fallos: 273:312; *Rodríguez Gómez, Eugenio c/Municipalidad de Chascomús*, 1979, Fallos: 301:762.

75 En este sentido, la Suprema Corte de Estados Unidos ha afirmado que la doctrina del *stare decisis* permite a la sociedad presumir que los principios fundamentales se sustentan en el derecho mismo y no en las inclinaciones de los individuos que integran los tribunales y, por tal razón, ello contribuye a la integridad del sistema constitucional de gobierno, tanto en apariencia como en la realidad. Cfr. *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254, 265-266 (1986).

76 Sostenía que los cambios en las leyes solo incentivarán la desobediencia, pues dañaría el hábito creado

se ha señalado que un ordenamiento jurídico cambiante se opone al Estado de derecho (Waldron, 2012, p. 26). De allí que el principio general que debe imperar cuando un cambio en el derecho es inevitable es que aquel debe tener lugar por medio de normas y no de precedentes:

[s]i los poderes constituidos desean que cambie “la regla del juego”, la ley es la que debe ser alterada, nunca el entendimiento jurisprudencial a respecto de ella, que tiene que ser el mismo, en un sólo momento histórico y no modificarse más. Admitir decisiones diferentes concomitantes o, los llamados grandes vuelcos, es negar el Estado de Derecho, es estimular la proposición de acciones y el acto de recurrir. (Alvim Wambier, 2010, p. 80)

No obstante, está claro que existen ciertas circunstancias en las que un precedente judicial debe ser dejado de lado. Si bien el análisis de todas las causales o factores que podrían justificar un cambio de jurisprudencia excede el objeto del presente trabajo, es preciso dejar sentados algunos criterios o principios rectores del cambio jurisprudencial que podrían evitar que se configure un verdadero “derecho dúctil”:⁷⁷ (i) el cambio es la excepción, la regla debe ser la estabilidad que proporciona certeza, seguridad jurídica y garantiza la igualdad ante la ley; (ii) el cambio jurisprudencial es un ámbito en el que debe regir el *judicial restraint*, de modo que la primera pregunta que deberá realizarse un juez ante la disyuntiva de llevar a cabo una modificación en el derecho es si le corresponde al poder judicial efectuarla o más bien es una competencia propia del legislador; (iii) el tribunal habilitado para llevar a cabo el cambio es el tribunal supremo; se debe desalentar la habilitación a jueces inferiores a apartarse del precedente de la Corte, por los motivos proporcionados al valorar la doctrina del precedente vertical; (iv) todo cambio de criterio debe estar justificado; ello exige que no solo se den razones que fundamenten el nuevo criterio, sino que se justifique expresamente por qué es necesario introducir un cambio y abandonar el anterior; (v) hay factores que no justifican por sí mismos el abandono de un precedente; como se vio en el apartado anterior, uno de ellos es el cambio de personal en el tribunal, otro es el mero error o discrepancia con el precedente. Me detendré específicamente en este último aspecto, pues el “error” es mencionado por la Corte Suprema argentina como uno de los factores habilitantes del abandono del precedente.

por la antigua ley, que solo se alcanza con el paso del tiempo (Aristóteles, 1988, libro II, p. 122).

77 La expresión ha sido acuñada por Zagrebelsky (2003).

La cuestión a resolver no es si es deseable o conveniente la conservación de un precedente que es considerado “erróneo” o su reemplazo por otro, considerado “correcto”. Todos estaríamos de acuerdo con esto último. El verdadero problema de admitir el abandono o modificación del precedente a partir del mero reconocimiento del error reside en que, una vez que esto se habilita, se vuelve incontrolable la delimitación entre lo erróneo y lo correcto (a menos que todos los jueces adhieran a la misma teoría metafísica, antropológica, gnoseológica, ética y iusfilosófica).⁷⁸ Todos los tribunales podrían abandonar un precedente que consideren erróneo simplemente mediante la invocación de una diferente interpretación que enarbolan como “correcta”. De hecho, es probable que eso suceda (en especial en una cultura que, como la nuestra, no está inmersa en la valoración por el precedente), puesto que es esperable que dos personas puedan realizar dos o más interpretaciones disímiles de un mismo precepto o principio y que consideren que la propia es la correcta. En la práctica, el precedente perdería toda su fuerza, y tanto la estabilidad como la garantía de igualdad ante la ley desaparecerían. Esto cobra relevancia en relación con la Constitución, puesto que la falta de constancia en su interpretación jurisprudencial “erosiona su significado [...] y su valor simbólico. La Ley Fundamental pasa a ser vista y considerada como si fuera cualquier otra ley” (Garay, 2015b).

En otras palabras, permitir que se deje sin efecto un precedente sobre la única base de considerarlo erróneo es desconocer su obligatoriedad y atribuirle una fuerza meramente persuasiva (Hellman, 1995, p. 1120), debido a que la obligatoriedad del precedente se pone en juego justamente en aquellos casos en los que un juez está en desacuerdo con él. No se necesita una doctrina de *stare decisis* para explicar o promover la decisión de un tribunal de adherir a un precedente que considera correcto o con el que está de acuerdo. Es así que la fuerza del precedente no se deriva de que sea correcto, sino del mero hecho de que haya sido dictado (Gray, 1895, pp. 27-28); la esencia del *stare decisis*

es la adhesión a decisiones anteriores lisa y llanamente porque alguna vez han sido decididos de ese modo, aunque el tribunal en el caso posterior se sintiera preparado para decir, sobre la base de otro criterio interpretativo, que la interpretación que brinda el precedente es errónea. (Paulsen, 2000, p. 1538)⁷⁹

78 Y, aún así, habría discrepancias, pues el derecho es algo práctico, y, en muchos casos, no admite una certeza absoluta sobre lo justo, sino que requiere una decisión prudencial por medio de la cual se distribuya a cada cual lo suyo.

79 En el mismo sentido, véase Schauer (1987, p. 571). En el *common law* hay sobrados ejemplos en los que se ha rechazado el *overruling* fundado en la mera consideración de que el precedente es erróneo.

A su vez, la adhesión al precedente, incluso en aquellos casos en los que la decisión parezca equivocada a la mayoría del tribunal actual, contribuye a la noción de que la ley es de carácter impersonal (Monaghan, 1988, p. 757).

Sin embargo, tampoco se postula una defensa acérrima de la seguridad jurídica que se desentienda absolutamente de la justicia intrínseca de sus resultados. La búsqueda de estabilidad y previsibilidad no implica desatender la búsqueda de un “producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos” (Sagüés, 1996, p. 2). De allí que el cambio de jurisprudencia o el abandono del precedente deben verse como una excepción a un principio general que cede únicamente en determinadas circunstancias y con determinados requisitos. Y para que ese principio ceda, no basta la mera creencia o convicción de que el precedente que debe aplicarse es erróneo, puesto que lo cierto es que “en la mayoría de las cuestiones, es más importante que la regla esté determinada que que esté determinada correctamente”.⁸⁰

7.5. Formalidades de la sentencia. Publicidad

El éxito en la aplicación concreta de la doctrina del precedente está íntimamente ligado a la escritura y a la estructura de la sentencia judicial. En cuanto a lo primero, autosuficiencia y concisión son los parámetros básicos de una buena

Para Estados Unidos, véase *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC.*, 135 S. Ct. 2401 (2015), p. 2409; *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 573 U.S. 258 (2014), p. 266; *Kisor v. Wilkie*, 139 S. Ct. 2400 (2019), pp. 2418 y 2422; Garner et al. (2016, pp. 35-36); Reino Unido: (i) House of Lords: *Fitzleet Estates Ltd. v. Cherry* (1977), 51 T.C. 708, p. 718; (ii) Suprema Corte: *R. v. Taylor*, [2016] UKSC 5, [2016] 4 All E.R. 617, cons. 19; *Willers v. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2017] 2 All E.R. 383, cons. 7; *Knauer v. Ministry of Justice*, [2016] UKSC 9, [2016] 4 All E.R. 897, cons. 22-23; Nueva Zelanda: *Couch v. Attorney-General (No. 2)*, [2010] NZSC 27, [2010] 3 N.Z.L.R. 149, cons. 105 del voto del juez Tipping y cons. 209 del voto del juez McGrath; Australia: *Lee v. New South Wales Crime Commission*, [2013] HCA 39, 302 A.L.R. 363, cons. 62-66 y 70.

80 *Burnet v. Coronado Oil y Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932) (disidencia del Justice Brandeis). En aquellas cuestiones en las que esto no aplica (es decir, en las que pudiera ser más importante que la regla esté determinada correctamente), la procedencia del cambio dependerá de cuán relacionado esté el contenido del precedente con la naturaleza humana y con los principios de la ley natural. Y esta relación procede de dos modos: cuanto más cerca esté de esos principios, si los respeta, más invariabilidad tendrá. Si el precedente se opone a ellos, se dará la excepcionalidad necesaria para que sea modificado una vez que se hubiera verificado que la injusticia del cambio es menor que la que proviene de la aplicación del precedente. Nótese que aquí ya no estamos hablando de error, sino de injusticia. Por el contrario, si el contenido del precedente se refiere a conclusiones lejanas de esos principios o determinaciones de lo que, primeramente, es indeterminado en la ley natural, el principio que regirá la actitud hacia su variabilidad será el de permanencia, puesto que sobre aquello que, en principio, es igual que sea de un modo u otro, siempre será preferible mantenerlo que introducir una modificación. Esto no es más que la aplicación, a la doctrina del precedente, de la doctrina tomista sobre la relación entre ley positiva y ley natural y la ley injusta.

sentencia, en especial si quiere utilizarse como precedente para un caso análogo. Es necesario que el juez sea selectivo con las citas que efectúa, en especial con las citas de precedentes, cuidándose de invocar lo estrictamente aplicable por analogía de plataformas fácticas o jurídicas y de evitar que una sentencia “floreada” oscurezca la identificación de su *ratio*. Deben eliminarse, pues, aquellas citas que alejan el foco de atención de la cuestión jurídica central por resolver.⁸¹ Y, por supuesto, debe evitarse invocar confusamente una disidencia como si fuera un precedente, con el objeto de fundar en ella una decisión posterior.⁸²

Asimismo, una de las problemáticas que presenta la estructura de las sentencias de la CS argentina es que resulta dificultoso identificar los votos correspondientes a cada magistrado y, en ocasiones, se omiten firmas o se consignan errores en la información que acompaña a cada firma (así, por ejemplo, muchas veces se indica que un juez está en disidencia, junto a su firma, y en verdad se trata de un voto concurrente o viceversa).⁸³

El hecho de que no exista un enunciado que indique, al inicio de la sentencia, a qué ministro o ministros corresponde el voto que a continuación se desarrolla y que ese voto sea firmado por todos los ministros presta a confusión. A este inconveniente, que hace a la formalidad de los votos, se agrega otro de fondo: las sentencias en las que cada magistrado efectúa su voto en concurrencia y, consecuentemente, existe un abanico de argumentos que ponen en duda la existencia de mayoría y desvalorizan esa sentencia como precedente. En definitiva, aunque no es posible extenderse aquí sobre esas cuestiones, sino simplemente dejarlas planteadas, suelen evidenciar una frágil colegialidad o insuficiente deliberación entre los ministros.⁸⁴

Finalmente, una exigencia necesaria para dotar de cierta fuerza a un precedente judicial es su publicidad. La publicidad y el fácil acceso a los precedentes

81 Por ejemplo, algo muy común en la práctica forense argentina (que es necesario erradicar) son las cascadas de citas de fallos. Esa concatenación de citas dificulta la comprensión de las sentencias y la construcción de una línea jurisprudencial. Cfr. García de la Concha et al. (2011, p. 13).

82 Me remito a lo analizado en el apartado 4.1. respecto al caso *Institutos Médicos*.

83 El voto del juez Petracchi en el caso *F., A. L. s/medida autosatisfactiva* (13/03/2012, Fallos: 335:197) es un claro ejemplo de lo mencionado. Debajo de la firma del ministro se vislumbra escrito a mano “según mi voto”. Parecería, entonces, que el ministro hubiera emitido un voto concurrente. Sin embargo, en realidad, se trata de una disidencia: la parte resolutive de su voto es declarar inadmisibile el recurso extraordinario. La confusión se incrementa cuando se analizan los considerandos, en los que remite -prácticamente en todo- a los argumentos del voto concurrente de Argibay.

84 De allí que Gelli (2014, p. 383), por ejemplo, postule que el deber de seguimiento del precedente se activa cuando de la mayoría la regla creada por el Tribunal es suficientemente clara y precisa “y emana de la mayoría de sus integrantes en cuanto a la decisión y a los argumentos que sostienen la decisión”.

constituyen no solo garantías básicas para el justiciable, sino también un requisito ineludible para el correcto funcionamiento de una doctrina que le reconozca al precedente cierta fuerza u obligatoriedad. En ese sentido, se señala que “en ausencia de reportes, la doctrina del *stare decisis* es pasible de ineficiencia” (Cross y Harris, 1991, p. 6).⁸⁵

Desde antaño, se ha sostenido en Argentina que el análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales

[a]parte de ser un freno para el mismo poder judicial, y una garantía para el pueblo en el presente, lo es también para su porvenir. Él sabe que una sentencia fundada que hoy se da, no se dará mañana caprichosamente contrariada por otra en un asunto igual. Y esa garantía está toda en la publicidad. (Navarro Viola, 1854, p. 3)⁸⁶

Sin embargo, aún existen grandes inconvenientes en la publicación de las decisiones judiciales en instancias inferiores y en tribunales del interior del país. En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema, en cambio, se han dado importantes avances: podría afirmarse que, hoy en día, todas sus sentencias son perfectamente accesibles desde el sitio oficial de la Corte, e incluso, desde el año 2016 en adelante, es posible rastrear en qué casos cada sentencia fue invocada por la propia Corte y se proporciona un doble formato de descarga de la sentencia (en Word y en PDF), lo que facilita el trabajo del operador jurídico que debe utilizarla. Aún queda, no obstante, algún camino por recorrer, en especial en relación con el formato en el que se presentan las sentencias más antiguas y, particularmente, para evitar que el sitio de la Corte se encuentre inaccesible por inconvenientes técnicos, como a veces sucede.

8. Conclusión

Los lineamientos de la doctrina del precedente de la Corte Suprema deben buscarse en las propias sentencias de dicho Tribunal. Sin embargo, la Corte no ha mantenido una doctrina todo lo estable y precisa que cabría esperar y esa es la primera crítica que puede efectuarse.

En relación con el precedente vertical de la Corte Suprema, resulta incom-

85 En igual sentido, véase Taruffo (2016, p. 451), quien señala que la manera en la que las sentencias se publican determina substancialmente la naturaleza y el modo de aplicación de los precedentes.

86 Énfasis agregado. Sobre la conexión entre la historia del *stare decisis* y el *law reporting* puede verse Healy (2001, p. 89). A su vez, sobre la estrecha relación entre el precedente y los modos de documentación de casos, puede consultarse Chiarloni (2014, pp. 403-430).

previsible que la doctrina del precedente se haya estructurado, y mantenido durante tanto tiempo, sobre la base de una contradicción como la contenida en los términos de *Cerámica San Lorenzo*. Quizás esto, junto con la variación constante de la jurisprudencia de la Corte, da lugar a los tribunales inferiores a apartarse más de lo que a ella le gustaría y de lo que es deseable en términos de igualdad, seguridad jurídica y eficiencia judicial.

De este modo, una de las conclusiones a las que este estudio permite arribar es que es necesario que, cualquiera sea la doctrina del precedente de la Corte que se adopte, su formulación sea clara, estable y precisa. Considero, además, que es deseable y conveniente adoptar una doctrina del precedente de la Corte que reconozca su obligatoriedad vertical y horizontal, que admita, en este último caso, el abandono del precedente, por parte de la Corte Suprema, en circunstancias delimitadas, excepcionales y específicas. En relación con esto, creo que la modificación del precedente bajo el fundamento genérico de que es erróneo o de que ha cambiado la integración del tribunal no es legítima.

Otra conclusión que es posible extraer del análisis efectuado es que deben mejorarse las técnicas de invocación y de utilización del precedente. En relación con esto último, es preciso comprender que el alcance de aplicación de un precedente está ligado a la plataforma fáctica que le dio origen y a su relación con hechos análogos. Asimismo, sería interesante mejorar la formación de los operadores jurídicos en torno a técnicas propias del uso del precedente, tales como el *distinguishing* y la delimitación de la *ratio decidendi*, pues ello mejoraría la fundamentación de las sentencias sobre la base de los precedentes.

Bibliografía

- Alvim Wambier, T. (2010). La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el estado de derecho. *Civil law and common law. Themis*, 58, 71-80.
- Aristóteles. (1988). *Política* (Trad. M. García Valdés). Madrid: Biblioteca Clásica Gredos.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 21, 81-94.
- Bianchi, A. (2001). De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*). *El Derecho Constitucional*, 2000/2001, 335-347.
- Bianchi, A. (2013). *Stare decisis*. En Sacristán, E. B. *Manual de Jurisprudencia y Doctrina* (pp. 425-445). Buenos Aires: La Ley.
- Bidart Campos, G. J. (2004). *Tratado elemental de Derecho Constitucional* (3ª ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Bravo Hurtado, P. (22 de julio de 2014). Precedente vinculante versus independencia judicial en Chile. *El Mercurio*.

- Capdevila, G. H. (h.) y Palazzo, C. (2020). Una solución de justicia distributiva que no repara en sus posibles consecuencias. *Jurisprudencia Argentina*, 2020-I, AR/DOC/3499/2019.
- Carrió, G. R. (1987). *Recurso de amparo y técnica judicial* (2ª ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Chiarloni, S. (2014). Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. *Revista de Processo*, 39(229), 403-430.
- Cross, R. y Harris, J. W. (1991). *Precedent in English Law* (4ª ed.). Oxford: Clarendon Press.
- Cueto Rúa, J. (1982). *Fuentes del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Garay, A. (1993). Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la aplicación retroactiva de los nuevos criterios en materia penal. *La Ley*, 1993-A, 786.
- Garay, A. (2013). *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Garay, A. (2015a). El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados. *La Ley*, RC-CyC, agosto, 25.
- Garay, A. (2015b). *La doctrina del precedente y la seguridad jurídica* XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, Argentina, 10 al 12 de septiembre de 2015. https://www.procesal2015.org.ar/images/Ponencia_Congreso_Procesal_Jujuy_2015_-Garay.pdf.
- Garay, A. (2019). La Corte Suprema y el uso de sus precedentes. *La Ley*, LLAR/DOC/3518/2019.
- Garay, A. y Toranzo, A. (2005). Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV, 1093.
- García de la Concha, V., Bravo Sanestanislaio, G., Carnicer Díez, C., Cañas Pita de la Vega, G., Grijelmo García, A., García Calderón, J. M., Bengoechea Bartolomé, M., Peral Parrado, M. y Gutiérrez Ordóñez, S. (2011). *Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Garro, A. (1989). Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del Derecho Comparado. *Interamerican Law Review*, 20(2), 473-512.
- Gelli, M. A. (2014). La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema (A propósito de 'Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.' y la libertad expresiva. *La Ley*, 2014-B, 383.
- Gray, J. C. (1895). Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence. *Harvard Law Review*, 9(1), 27-41.
- Grosman, S. (2010). El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema. *La Ley Suplemento Constitucional*, agosto, 53.
- Healy, T. (2001). Stare Decisis as a Constitutional Requirement. *West Virginia Law Review*, 104, 43-122.
- Hellman, D. (1995). The Importance of Appearing Principle. *Arizona Law Review*, 37, 1107-1155.
- Ibarlucía, E. A. (2006). Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *El Derecho Constitucional*, 2006-215, 223.
- Kozel, R. J. (2010). Stare Decisis as Judicial Doctrine. *Washington y Lee Law Review*, 67, 411-466.
- Legarre, S. (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Legarre, S. y Rivera, J. C. (h.) (2006). Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 109-124.

- Legarre, S. y Rivera, J. C. (h.) (2009). La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical. *La Ley*, 2009-E, 820-832.
- López Medina, D. (2001). El derecho de *los jueces*. Bogotá: Legis.
- Lorenzetti, R. L. (Dir.). (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Marinoni, L. G. (2016). El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del *civil law*: la contribución de Taruffo. En Ferrer Beltrán, J. y Vázquez, C. (Eds.), *Debatiendo con Taruffo* (pp. 133-156). Madrid: Marcial Pons.
- Mead, J. W. (2012). Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States. *Nevada Law Journal*, 12, 787-830.
- Monaghan, H. P. (1988). Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, 88, 723-773.
- Mosmann, M. V. (2016). El precedente judicial en Argentina. *Revista de Derecho Público*, 2016-I, 205-226.
- Navarro Viola, J. M. (1854). Prospecto. *El Plata Científico y Literario. Revista de los Estados del Plata sobre Legislación, Jurisprudencia, Economía-Política, Ciencias Naturales y Literatura*, 3-7
- Núñez Vaquero, A. (2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de Derecho*, xxxi(1), 51-78.
- Oteiza, E. (1994). *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*. La Plata: Platense.
- Oteiza, E. (2007) El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, VI(10), 157-215.
- Oteiza, E. (2011) Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN. En Oteiza, E. (Coord.), *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios* (pp. 363-406). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Paulsen, M. S. (2000). Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey? *Yale Law Journal*, 109(7), 1535-1602.
- Peczenik, A. (2016). The Binding Force of Precedent. En MacCormick, D. N., Summers, R. S. y Goodhart, A. L., *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (pp. 461-479). Nueva York: Routledge.
- Sagüés, N. P. (1981). Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *El Derecho*, 93, 891-900.
- Sagüés, N. P. (1996). Seguridad jurídica y confiabilidad en las instituciones judiciales. *La Ley*, 1996-E, 957, AR/DOC/20319/2001.
- Sagüés, N. P. (2008). La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema. *La Ley*, 2008-E, 837-841.
- Schauer, F. (1987). Precedent. *Stanford Law Review*, 39(3), 571-605.
- Sedlacek, F. (2015). *Bases para la aplicación de la teoría del precedente de la República Argentina*. XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, Argentina, 10 al 12 de septiembre de 2015.
- Shapiro, M. (1972). Toward a Theory of Stare Decisis. *Journal of Legal Studies*, 1, 125-134.
- Soberanes Diez, J. M. (2013). La igualdad ante la jurisprudencia. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 29, 313-345.
- Taruffo, M. (2016). Institutional Factors Influencing Precedents. En MacCormick, D. N., Sum-

- mers, R. S. y Goodhart, A. L., *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (pp. 437-459). Nueva York: Routledge.
- Tondopó Hernández, C. H. (2007). La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano. Necesidad de aplicación retroactiva y ampliación en su alcance. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, (9), 193-221.
- Waldron, J. (2012). Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. *Michigan Law Review*, 111(1), 1-32.
- Wambaugh, E. (1894). *The Study of Cases. A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-Notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities and Compiling Digests* (2ª ed.). Boston: Little, Brown and Company.
- Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (5ª ed.). Madrid: Trotta.