UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

TÍTULO DE LA TESIS:

*“EL VALOR DEL PRECEDENTE EN EL SISTEMA DEL
CIVIL LAW: EL CASO DE ARGENTINA”.*

ALUMNO: GONZALO SARÁCHAGA.

DIRECTOR: PROF. EDUARDO D. OTEIZA.

JURADO: PROF. ^a PATRICIA BERMEJO; PROF. LEANDRO J. GIANNINI
Y PROF. FRANCISCO VERBIC.

Índice:

PARTE I

CAPÍTULO 1.

1. Introducción.

2. Fuentes del derecho.

2.1. Nociones generales. Problemática del concepto "fuente".

2.2. Clasificación.

2.2.1. Fuentes originarias y fuentes derivadas.

2.2.2. Fuentes de producción y fuentes de cognición.

2.2.3. Fuentes formales y fuentes materiales.

2.2.4. Las fuentes en el código civil y comercial argentino.

CAPÍTULO 2

3. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

3.1. Breves antecedentes históricos.

3.2. Misiones y funciones principales

CAPÍTULO 3.

4. Utilización de fuentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina.

4.1. Constitución Nacional.

4.1.1. Causa "Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta", sentencia del 12 de diciembre de 2017

4.2. Tratados de Derechos Humanos. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.2.1. Causa "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", sentencia del 14 de febrero de 2017.

4.3. La ley.

4.3.1. Causa "Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados", sentencia del 8 de mayo del 2018.

4.3.2. "Muiña", ley 27362 y "Rufino Batalla".

4.4. Usos y costumbres

4.4.1. "Ameriflight S.A. el Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencia del 31 de octubre de 2017.

4.4.2. "Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo", sentencia del 4 de septiembre del 2018.

4.5. **Derecho foráneo**

4.5.1. Control de constitucionalidad.

4.5.2. Acción de amparo

4.5.3. Difamación periodística y la doctrina de la "real malicia".

4.5.4. Caso "Verbitsky" y las condiciones en las que se encuentran los detenidos en la Provincia de Buenos Aires.

4.5.5. Acciones colectivas.

4.5.6. Recurso de casación y el principio del "máximo rendimiento".

4.5.7. Causa "Bustos" – corralito financiero-.

4.6. **Precedente.**

PARTE II

CAPÍTULO 4. ASPECTOS ESENCIALES DE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE.

5.1. Concepto de precedente.

5.2. El valor del precedente en los dos grandes sistemas: diferencias y acercamientos paulatinos entre *common law* y *civil law*.

5.3 Clases.

5.4. Grados de relevancia.

5.5. Votación del tribunal y construcción del precedente.

5.6. Técnica de remisión.

5.7. *Distinguishing* .

5.8. *Overruling*.

5.9. *Ratio decidendi*.

5.10. *Obiter dictum*.

CAPÍTULO 5. DOCTRINA DEL PRECEDENTE EN ARGENTINA.

6.1. El valor de los precedentes de la CSJN a lo largo de su historia.

6.2. Utilidad del precedente vinculante.

6.3. El precedente y la eficacia procesal.

6.4. Respuesta a las críticas denominadas *Legalista/formalista; circular* y de la *independencia judicial interna*.

6.5. Implicancias para los actores jurídicos y la enseñanza del derecho.

6.5.1. Para la Corte.

6.5.2. Para los tribunales inferiores

6.5.3. Para las universidades

6.5.4. Para los litigantes

CAPÍTULO 6.

A modo de conclusión.

ANEXO I. Conformación CSJN a lo largo de su historia.

ANEXO II. JURISPRUDENCIA.

Anexo 2. Jurisprudencia.

1. Causa "Schiffrin".

2. Causa "Viñas"

3. Causa "Farina" (Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo CSJ 002148/2015/RH00126/12/2019; Fallos: 342:2344).

4. Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/ Provincia de Misiones - Dirección General de Rentas y otro s/ demanda contenciosa administrativa * CSJ 004930/2015/RH00105/11/2019; Fallos: 342:1903.

5. Causa "Recurso Queja N° 26 - PROCESADO: DAPERO FERNANDO s/DELITO DE ACCION PUBLICA" CSJN, sentencia del 08/10/2019; Fallos: 342:1660.

6. Causa "Supercanal S.A. c/ AFSCA y otros", CSJN, sentencia del 21/05/2019; Fallos: 342:853.

7. Causa "Ingenieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial", CSJN, sentencia del 09/05/2019; Fallos: 342:761.

8. Causa "Ribolzi, Gabriel Roberto c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ plena jurisdicción - recurso de casación", CSJN sentencia del 02/05/2019; Fallos: 342:738.

9. Causa "Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", CSJN sentencia del 09/04/2019; Fallos: 342:584.

10. Causa "Recurso Salto Instancia N° 1 - BERTUZZI, PABLO DANIEL Y OTRO c/ EN-PJN Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986", CSJN; sentencia del 03/11/2020.

11. "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Gasnor SA c/ Municipalidad de La Banda s/ acción meramente declarativa – medida cautelar", CSJN, sentencia del 7 de octubre de 2021.

12. "Vilte, Víctor Hugo s/ legajo de casación"; Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 03/03/2022.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREVIATURAS.-

CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CSJN. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

SCBA. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

DD.HH. Derechos Humanos.

DNU: Decreto De Necesidad Y Urgencia

1. Introducción.

La presente investigación tiene por objeto estudiar la doctrina del precedente en los sistemas del *civil law*, centrándonos en el caso de Argentina, focalizándonos en el valor que poseen aquellos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de este país. En cuanto al aspecto temporal, el enfoque priorizará la actual composición de la CSJN.

Para dicha tarea la propuesta consiste en dividir el trabajo en dos partes, conformadas por un total de seis capítulos.

En la primera de ellas, nos ocuparemos del estudio del concepto "fuentes del derecho" y enunciaremos alguna de sus principales clasificaciones, para identificar allí en qué lugar se ubica –usualmente– a la jurisprudencia (capítulo I). Seguidamente, intentaremos efectuar un sucinto repaso por los antecedentes históricos de la CSJN, señalando sus misiones y funciones institucionales de mayor relevancia (capítulo II) para luego examinar cómo se han utilizado las distintas fuentes del derecho en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema Argentina (capítulo III).

En la segunda parte nos enfocaremos en el valor y eficacia precedente en Argentina, para lo cual procederemos del siguiente modo. En primer término, comenzaremos analizando los principales elementos que hacen a la técnica del precedente, comúnmente identificados así tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (*distinguishing, reversing, overruling*, etc.); como asimismo, precisaremos algunos elementos distintivos de sistemas comparados del derecho foráneo (capítulo IV).

Con esa base, intentaremos identificar si contamos con algún tipo de sistema de precedentes en Argentina y, en cuyo caso, qué características poseería. Para ello, fundamentalmente se analizarán diversas sentencias relevantes dictadas por el Máximo Tribunal que versan sobre el tópico, a los fines de responder –entre otras cuestiones– si la jurisprudencia en estas latitudes puede ser considerada fuente de derecho –y de ser así, en qué medida o de qué tipo– y si existe un deber de seguimiento de los precedentes del Alto Tribunal tanto de la propia Corte como por los Tribunales inferiores (capítulo V).

Finalmente, unas palabras y reflexiones a modo de conclusión (capítulo VI).

2. Fuentes del derecho.

2.1. Nociones generales.

Enseña Aguiló Regla que el concepto de "fuentes" generalmente refiere a una metáfora relacionada con el origen de algo, y en el caso del derecho -aunque no privativo

de las fuentes- existen tres enfoques: **explicativo** (vinculado a las "causas sociales" que explican los fenómenos jurídicos), **justificativo** (relacionado con la "fundamentación de la obligatoriedad" del derecho) y **sistemático** (que afirma el carácter autónomo del fenómeno jurídico, y en consecuencia sostiene el "origen jurídico de los fenómenos jurídicos")¹.

Bobbio explica que "fuentes del derecho" son "*aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas*", y destaca por un lado, que el conocimiento de un ordenamiento jurídico parte siempre de la enumeración de sus fuentes, como así también, que aquel regula tanto el comportamiento de las personas como también "*el modo como se deben producir las normas*"².

En este sentido, Barberis³ razona que una doctrina de las fuentes construida sobre el poder constituyente pretende que para poder afirmarse que una norma es jurídica, sea un requisito que su producción lo haya sido por una *autoridad normativa* habilitada a su vez por una *norma superior* [para producirla]. No obstante lo cual, advierte que esto último no explica la *aplicación judicial* de fuentes jurídicas que él denomina *adicionales*, y cita por ejemplo a la costumbre⁴, la doctrina, la jurisprudencia, las normas implícitas, las normas extranjeras que no son objeto de reenvío, etc. En esa inteligencia, este autor propone un listado⁵, siguiendo a Ross pero en un orden inverso al suyo –esto es, de la razón o tradición a la legislación, pasando por costumbre y precedente– indicando cuales serían los rasgos *realistas* de este elenco y señalando los "residuos" *creacionistas*. El principal de aquellos rasgos estaría dado por la caracterización de las fuentes como simples "materiales" usados por los jueces en la adjudicación. En cambio, afirma que el residuo *creacionista* estaría constituido en metáforas aplicadas por Ross a tales materiales: la asimilación de la razón y la tradición

¹AGUILÓ REGLA, Josep "Fuentes del Derecho", en FABRA ZAMORA, Jorge Luis; RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica, "Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho", volumen dos Primera edición: 17 de marzo de 2015, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 1021/1022.

²BOBBIO, Norberto, "Teoría general del derecho", Editorial Temis, P. 152.

³BARBERIS, Mauro "Para una teoría realmente realista del derecho"; Revus [Online], 29 | 2016, Online since 12 October 2016, connection on 10 June 2017. URL : <http://revus.revues.org/3561> ; DOI : 10.4000/revus.3561

⁴que en Argentina sí está contemplada como fuente, tal como veremos.

⁵BARBERIS, Mauro "Para una teoría realmente...." Op cit. P. 19/20

como materias primas, de la costumbre y del precedente como productos semi-elaborados, y de la legislación como producto acabado.

1) **Primera fuente, la razón o tradición:** fuente "libre" o simple materia prima que el juez puede modelar, según entiende, "como quiera". Al mismo tiempo, alega que es dudoso que la razón o la tradición puedan etiquetarse como fuentes en cuanto tales: a menudo han sido solo requisitos de la legalidad de otras fuentes, como la costumbre.

2) **El segundo tipo de fuente es la *costumbre* jurídica,** distinguida con dificultades de la costumbre no jurídica. Los principales criterios distintivos adoptados han sido sustanciales, entre los cuales está la conformidad con la razón y la tradición, o puramente formales, como la aplicación por parte de los jueces. Ross combina los dos tipos de criterios, sustancial y formal⁶, considerando como jurídicas a las costumbres formadas en ámbitos regulados por el derecho, de tipo judicial.

3) **El tercer tipo de fuente** encuentra su origen en los dos anteriores, y es el *precedente judicial*, que se distinguió de aquellos cuando la House of Lords se declaró obligada por sus propios precedentes⁷., del mismo modo que los jueces continentales estaban subordinados a los códigos.

4) **El cuarto y último tipo de fuente:** es la *legislación*, o derecho escrito, forma de derecho tan paradigmática que vuelve casi inconcebibles a las otras, y sin embargo tan altamente difusa que necesita ser dividida, al menos, en legislación constitucional, parlamentaria y administrativa (o reglamentaria).

Por último, Barberis sostiene que resulta necesario, para una teoría "realmente realista" de las fuentes del derecho, aportar una corrección, una crítica y una actualización⁸:

- a) La corrección: se centra en postular que ni siquiera la legislación es un producto acabado en absoluto. Con cita del propio Ross -en el cuarto capítulo de *On Law and*

⁶ Por sustanciales entiende aquellos relacionados con la conformidad a la razón y la tradición, y los formales, son los identificados con la aplicación por parte de los jueces.

⁷ aunque aquí vale destacar que otros autores al que se viene citando en este apartado afirman que históricamente el precedente es fuente *de iure* del derecho Inglés con anterioridad a la pronunciado por la House of Lords (ALLEN, Carleton Kemp, "Law in The making", Oxford: Clarendon Press. 1927. p. 123 y sigs.). Algunos remontan sus orígenes por ejemplo al Siglo XII (ver entre otros, GARAY Alberto F. " LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE Y LA SEGURIDAD JURÍDICA", -y sus citas- ponencia general del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, recuperada de https://www.procesal2015.org.ar/images/Ponencia_Congreso_Procesal_Jujuy_2015_-Garay.pdf -fecha de consulta, diciembre 2018-);

⁸BARBERIS, Mauro "Para una teoría realmente...." Op cit. P. 20/21

Justice (sobre la interpretación)-, la legislación es solo un producto más acabado que la costumbre y el precedente, pero también sujeto a interpretación judicial, lo cual no implica que su aplicación sea siempre más previsible que la del precedente. Agrega que la previsibilidad depende de muchos factores ulteriores a la elaboración legislativa, entre ellos, la organización de la magistratura, contexto político, y el grado de pluralismo social.

- b) La crítica consiste en que la primacía de la legislación sobre la adjudicación no puede depender de la "dignidad" democrática de la primera, sin correr el riesgo de *oscurecerse*. Sostiene que en la actualidad la legislación de iniciativa parlamentaria es netamente minoritaria en comparación con la legislación de iniciativa del gobierno: el derecho, así, es más tecnocrático y autocrático antes que democrático. Entiende que por ello el control sobre él está garantizado menos en los parlamentos democráticos, a menudo controlados por el ejecutivo, que en los Tribunales Supremos o Constitucionales, legitimados sólo para la tutela de los derechos.
- c) La actualización señala que la legislación parlamentaria no es la fuente suprema del derecho. En los estados nacionales estará supeditada a la Constitución: considerada auténtico derecho y no moral positiva, como pensaba John Austin, precisamente porque también es aplicada por los jueces, constitucionales y ordinarios. En muchos estados y especialmente en la Unión Europea, además, la legislación interna está sujeta a las limitaciones del derecho internacional. Y también la juridicidad de este depende menos de criterios formales cuanto de su efectiva ejecución por parte de los jueces, tanto internos como internacionales.

Desde otro costado, en el plano de la argumentación y justificación de sentencias, se ha sostenido que las *fuentes legítimas* de derecho, como ser la constitución, leyes, decisiones de la corte, entre otras, constituyen un componente de las *legal reasons* mediante las cuales un Juez puede justificar su decisión⁹.

2.2. Clasificación.

Usualmente es útil destacar las fuentes en sentido formal (las listadas en textos jurídicos autoritativos), las fuentes en sentido sustancial (que no son formales pero son

⁹LEITER, B. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007, pag. 3

consideradas fuentes del derecho vigente a todo efecto), las fuentes en sentido sociológico (que no son fuentes del derecho ni en sentido formal, ni en sentido sustancial, pero que influyen sobre el contenido del derecho y de las decisiones judiciales). Las primeras dos "fuentes de iure", las segundas "fuentes de facto". A continuación, y sin propósito de exhaustividad, intentaremos trazar una clasificación enunciativa de los distintos tipos de fuentes que podemos encontrar en el ordenamiento jurídico.

2.2.1. Fuentes originarias y fuentes derivadas

En lo que sigue, -salvo indicación de otra referencia autoral- tomaremos la clasificación de fuentes propuesta por el profesor Guastini quien realiza distinción entre estos dos tipos de fuentes, señalando que son fuentes derivadas (legales), "*en todo ordenamiento, todos y solo aquellos hechos que son objeto de regulación por parte de alguna norma sobre la producción jurídica (...) y que a su vez, "son fruto de poderes constituidos; vale decir, precisamente, otorgados y regulados por normas preexistentes. Las normas producidas por fuentes legales son normas derivadas: derivadas dinámicamente de las normas sobre la producción que les dan fundamento*¹⁰,".

Desde otro costado, este autor entiende que son fuentes originarias [actos] "*aquellos hechos -no previstos por ninguna norma previa- que dan vida a la «primera» constitución de uno u otro ordenamiento. En todo ordenamiento, la fuente originaria [documento, texto] -precisamente, la primera Constitución- es fruto del poder constituyente: un poder, por definición, ni otorgado ni regulado por ninguna norma y, como resultado, un poder de hecho, extra ordinem. Las normas producidas por fuentes originarias son, evidentemente, normas originarias.*"¹¹

2.2.2. Fuentes de producción y fuentes de cognición.

Es dable hablar de *fuentes de cognición* para designar documentos y publicaciones oficiales a través de las cuales se toma conocimiento del derecho, diferenciándose así de las *fuentes de producción* (o fuentes normativas) del derecho. Estas últimas, tal como indica su denominación, producen derecho, las de cognición se limitan a la documentación de normas ya existentes.

2.2.3. Fuentes formales y fuentes materiales.

¹⁰GUASTINI, Riccardo, "*Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*" Editorial Científica Peruana S.A.C., Raguel ediciones. Lima, Perú, 2015, p. 126.

¹¹GUASTINI, Riccardo, "*Las fuentes del derecho....*" Op cit. p. 126.

En doctrina es usual encontrar la distinción entre fuentes *formales* y fuentes *materiales*. En relación al tópico, Guastini ha sostenido que la noción material "...pretende identificar ciertos actos y hechos como fuente del derecho en virtud de su contenido (si son actos) o de su resultado (si son hechos) normativo. La noción material de fuente es conceptualmente dependiente de la noción de derecho (concebido como conjunto de normas) y más en particular de la noción de norma concebida como prescripción general y/o abstracta". Por otra parte, la concepción *formal* de fuente "...pretende identificar ciertos actos (y hechos) como fuente del derecho con total independencia de su contenido (o resultado). La noción formal de fuente reenvía a las normas sobre la producción jurídicas propias de los diversos ordenamientos. En un sentido, la noción que hemos convenido en llamar material es también un concepto "teórico-general" de fuente, no tanto por la razón (genérica) de que pretende valer para todo ordenamiento jurídico posible –o al menos para todo ordenamiento moderno (en el sentido de evolucionado)- cuanto por la razón de que pretende determinar cuáles sean las fuentes de cualquier ordenamiento, en modo del todo independiente del contenido positivo del ordenamiento de que se trate: prescindiendo por tanto, de los varios modos en que los diversos ordenamientos regulan la creación del derecho. A su vez, la noción que hemos convenido en llamar "formal" constituye, en un sentido, un concepto "dogmático" de fuente: no ya porque pretenda también ella servir para cualquier ordenamiento posible, sino porque para determinar cuales son las fuentes de un determinado ordenamiento, exige que se refiera al contenido positivo del ordenamiento en cuestión: en particular, a sus normas sobre la producción jurídica. Que las dos nociones sean compatibles es por lo menos dudoso; sin embargo, sucede comúnmente que se les encuentra combinadas para formar una noción mixta¹²".

En cambio, otros autores afirman que la jurisprudencia es en "alguna medida" una *fuentes formal* de derecho, por cuanto el juez o el intérprete acuden a los fallos anteriores buscando en ellos objetivar el sentido jurídico de su caso, y este sentido no se objetiva solamente como una *valoración libre* sino que la jurisprudencia suministra perfiles externos de conducta, en la forma de un género al que corresponde lo ocurrido como especie o caso¹³.

¹²GUASTINI R., "Concepciones de las Fuentes del Derecho", Isonomia, n. 11, 1999 <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142255.pdf>

¹³AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José: "La jurisprudencia como fuente del Derecho"; Publicado en: LA LEY81, 769 - DPyC 2017 (agosto), 11/08/2017, 281; Cita Online: AR/DOC/7031/2010)

2.3. Legislación en materia civil y comercial

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

Finalmente, el texto final del CCyC, con vigencia a partir del 1/8/2015, quedó redactado de la siguiente manera: *"ARTICULO 1º.- Fuentes y aplicación. 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. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho"*.

Tenemos entonces que, pese a haber estado regulado en el anteproyecto, la jurisprudencia como fuente de derecho fue quitada del texto definitivo del CCyC. Actualmente, el Gobierno creó por decreto 182/2018 una "Comisión para la Modificación Parcial del Código Civil y Comercial de la Nación" que presentó recientemente su anteproyecto de reforma¹⁴, en donde tampoco recepta a la Jurisprudencia como fuente. Proponen sustituir el actual artículo 1 por el siguiente: *"Art. 1. Fuentes y aplicación. Las relaciones y situaciones jurídicas que trata este código se rigen por las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. Los usos y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. En caso de silencio u oscuridad de las fuentes, el ordenamiento jurídico se integra con los principios generales del derecho de acuerdo con las circunstancias del caso"*.

3. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

¹⁴ El proyecto puede consultarse en <http://www.pensamientocivil.com.ar/legislacion/3875-proyecto-reforma-codigo-civil-y-comercial-y-familia-nota-elevacion-y> ; fecha de consulta 6 de febrero de 2018

3.1. Breves antecedentes históricos.

EL artículo 91 de la Constitución del año 1853 establecía: *"El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirán en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación"*.

En el año 1862 el presidente Bartolomé Mitre nombró como Jueces del Máximo Tribunal a : Francisco de las Carreras (1863-1870); Salvador M. del Carril (1863-1877); Francisco Delgado (1863-1875); José Barros Pazos (1863-1877) y José Benjamín Gorostiaga (1865-1868). En un primer momento, había designado a Valentín Alsina, quien no aceptó el cargo, funcionando el Tribunal con 4 miembros. Finalmente, fue designado Gorostiaga en el año 1865 en esa vacante, quien fuera uno de los redactores de la Constitución de 1853.

En el año 1863 se sancionaron las leyes 48, 49 y 50, que terminarían de delimitar la competencia del Tribunal y organizarían la Justicia Federal.

3.2. Misiones y funciones principales.

La constitución de 1853 en su artículo 91 estableció que el Poder Judicial de la Nación sería ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta por nueve jueces y dos fiscales. Posteriormente, la reforma de 1860 suprimió la residencia obligatoria en la Capital, como también lo referente a la cantidad de jueces, para que el Congreso fijara el número que considerara adecuado.

La Ley 27 de Organización de la Justicia Nacional, determinó que *"La Justicia Nacional se ejercerá por medio de una Corte Suprema de Justicia, compuesta de cinco Ministros y un Procurador General"* (Art. 6), número que fuera elevado a 7 en el año 1960 a través de la Ley N° 15.271.

Posteriormente, en el año 1966 se produjo un nuevo golpe de estado en el país, en donde fue derrocado ex Presidente de la Unión Cívica Radical Arturo Illia. Los militares que detentaron el poder de facto derrocaron los tres poderes y decidieron volver a establecer la composición de cinco jueces y un procurador general, la cual se mantuvo hasta 1990, cuando se elevó nuevamente el número a nueve (mediante ley N° 23.774).

Más cercano en el tiempo, el número de los jueces del Alto Tribunal se redujo a cinco en el año 2006 con la sanción de La ley 26.183 –modificando el artículo 21 del Decreto ley 1285/58-; composición que se mantuvo con la reforma estatuida en el año 2013 con el

dictado de la ley 26853, y con la reciente ley 27500 que derogó esta última salvo el artículo 13 que, precisamente, refiere a la conformación de la CSJN.

En este sentido, concordemente con el artículo 99 inciso 4° de la CN¹⁵ el Presidente de la Nación¹⁶ es quien tiene la atribución de nombrar los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. La reglamentación de esta designación puede ser encontrada en el decreto 222/03 dictado por el Poder Ejecutivo de la Nación, que regula el procedimiento a seguir al efecto. Entre sus disposiciones, destacamos los siguientes artículos:

Art. 2° — Déjase establecida como finalidad última de los procedimientos adoptados, la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes en la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION en un marco de prudencial respeto al buen nombre y honor de los propuestos, la correcta valoración de sus aptitudes morales, su idoneidad técnica y jurídica, su trayectoria y su compromiso con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos que lo hagan merecedor de tan importante función.

Art. 3° — Dispónese que, al momento de la consideración de cada propuesta, se tenga presente, en la medida de lo posible, la composición general de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros permita reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal.

Art. 4° — Establécese que, producida una vacante en la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, en un plazo máximo de TREINTA (30) días, se publicará en el Boletín Oficial y en por lo menos DOS (2) diarios de circulación nacional, durante TRES (3) días, el nombre y los antecedentes curriculares de la o las personas que se encuentren en consideración para la cobertura de la vacancia. En simultáneo con tal publicación se difundirá en la página oficial de la red informática del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS.

¹⁵“Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:(...) 4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”.

¹⁶ Ver en el ANEXO I el Listado histórico de jueces del Máximo Tribunal.

En un acto sumamente inusual en la historia Argentina, el presidente Macri a través del decreto 83/2015, y en uso de lo dispuesto en el artículo 99 inciso 19 de la Constitución Nacional¹⁷ nombró en comisión a los Dres. Rosatti y Rosenkrantz¹⁸. Este último, a su vez, fue designado –por mayoría- presidente del Alto Tribunal el día 11 de septiembre del año 2018, a través de la acordada 29/18; en la cual resultó electa en el cargo de vicepresidenta la Dra. Highton de Nolasco. Esta elección puso fin a un largo mandato del Dr. Lorenzetti al frente de la Corte.

En cuanto a las principales misiones y funciones que posee el Tribunal, la propia Corte las define –por ejemplo en su sitio web institucional- de la siguiente manera: *“La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el más alto tribunal de la República Argentina. Órgano máximo dentro de uno de los tres poderes del Estado y su misión consiste en asegurar la supremacía de la Constitución, ser su intérprete final, custodiar los derechos y garantías en ella enunciados y participar en el gobierno de la República. Por ser la Argentina un estado federal, existen en el país tribunales nacionales y tribunales provinciales (art. 5 de la Constitución Nacional). Están a cargo del Poder Judicial de la Nación y, como instancia final, la Corte Suprema el ejercicio de la función jurisdiccional para resolver los conflictos suscitados entre ciudadanos o entre estos y el Estado, la interpretación y sistematización de todo el ordenamiento jurídico y el control de constitucionalidad de las normas y actos*

¹⁷ “Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 19. Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura”.

¹⁸ Como puede presumirse, esta decisión generó críticas de diversos sectores, por ejemplo, desde agrupaciones políticas opositoras a su gobierno. Ciertamente los temores en torno a la posible influencia indebida por parte del Poder Ejecutivo Nacional hacia el Poder Judicial en general, y al Máximo Tribunal Máximo en particular, son un tema de interés insoslayable, relacionado con el examen del desempeño de las instituciones democráticas, y cómo funcionan los mecanismos de control recíproco entre los poderes de Estado. Por caso, la Corte de los años 1990 ha recibido diversos cuestionamientos por ser considerada afín al gobierno de turno al haber conformado una “mayoría automática”, y la decisión del presidente Macri fue leída, por quienes esgrimieron críticas hacia ella, en ese sentido. No obstante, en mi humilde punto de vista ese temor se ha disipado con el correr del tiempo -hasta este momento al menos- por diversos factores, entre los que podríamos mencionar: a) en primer lugar, por la correspondiente e insoslayable convalidación de los nombramientos por parte del Congreso Nacional, b) porque ambos Ministros tienen sólidos antecedentes en su formación, lo cual se traduce en un prestigio para el cargo de tanta responsabilidad que no ha sido puesto en crisis -más allá de opiniones o visiones críticas respecto a su forma de pensar y opinar sobre diversos temas jurídicos-; d) por último podríamos decir que algunas de las resoluciones más “sensibles” a los intereses del gobierno Nacional no han sido votadas por ambos jueces en favor del gobierno. Por citar un ejemplo, en materia de coparticipación federal, la sentencia recaída en la causa seguida por la Provincia de La Pampa contra el Estado nacional, que fue decidida en forma favorable para la actora, contó con el voto en ese sentido del Ministro Rosatti –Rosenkrantz, en cambio, se abstuvo- (causa "La Pampa, Provincia de c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo - Ministerio de Economía de la Nación) s/ acción de inconstitucionalidad", sentencia del 6 de noviembre del 2018, puede consultarse un resumen de ella aquí <https://www.cj.gov.ar/nota-32380-COPARTICIPACI-N-FEDERAL---Inconstitucionalidad-del-decreto-1399-01.html>).

estatales. La Corte es un órgano de gobierno cuya competencia consiste en el control de constitucionalidad y cuyos actos son los fallos institucionales. Asimismo, la función de control político que desempeña es la de un poder llamado a equilibrar el sistema político. Tiene como fin garantizar la eficacia en el logro del bien común, la legitimidad y juridicidad de la actuación estatal y la activa defensa de los derechos humanos. Además de los supuestos previstos en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, el Tribunal actúa en los siguientes ámbitos: recursos directos por apelación denegada; quejas por retardo de justicia; cuestiones de competencia, conflictos entre jueces y supuestos de privación de justicia; avocaciones; recurso de reconsideración, aclaratoria y reposición de sus propias decisiones; recursos de apelación de las sanciones disciplinarias aplicadas a los magistrados por el Consejo de la Magistratura por cuestiones relacionadas con la eficaz prestación del servicio de justicia¹⁹".

La Constitución Nacional reconoce la jurisdicción de la Corte en su instancia extraordinaria y originaria, en los artículos 116 y 117, de la siguiente forma:

Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Artículo 117.- En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

Siendo muy frecuente el caso de que una Provincia sea parte en un asunto judicial, es útil indicar que la corte en reiterados precedentes ha reconocido la validez de la prórroga de su competencia originaria en favor de tribunales inferiores de la Nación, cuando dicha jurisdicción corresponde en razón de las personas, por constituir una prerrogativa que, como tal, puede ser renunciada expresa o tácitamente (Fallos: 315:2157; 321:2170;

¹⁹<https://www.csjn.gov.ar/institucional/historia-de-la-corte-suprema/el-tribunal>

330:4893; entre muchos otros). Por ello es usual ver que diversos litigios en los cuales una provincia es parte y podrían ventilarse en instancia originaria ante el Cíbero Tribunal, se debatan en instancias federales inferiores.

En ese sentido, la Corte ha indicado en relación al artículo 117 citado que *"...para que proceda la competencia originaria de la Corte, conferida por el artº 117 de la Constitución Nacional y reglamentada por el artº 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, resulta imprescindible examinar la materia sobre la que versa el pleito, la cual debe revestir naturaleza exclusivamente federal o civil, requiriéndose en este último caso, además, la distinta vecindad respecto del Estado local (Fallos: 310:1074; 313:1217; 314:240), quedando excluidos de dicha instancia aquellos procesos que se rigen por el derecho público local (Fallos: 324:533; 325:618, 747 y 3070, entre otros)"*²⁰.

En cuanto a su competencia apelada, cabe en primer lugar recordar que el Tribunal declaró -en la causa "Anadón"²¹- la inconstitucionalidad del art. 24, inc 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58. Este artículo permitía acceder a la Corte por medio de una **apelación ordinaria** de las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones, en los casos en que la Nación, directa o indirectamente, sea parte, y cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios sea superior a \$10.890.000 (conforme Acordada 28/2014).

Así, dado que en Argentina rige un sistema de control de constitucionalidad difuso, y por tanto la inconstitucionalidad de una ley puede ser declarada por todo juez o tribunal –incluso de oficio, conforme precedente "Rodríguez Pereyra" Fallos: 335:2333-y siendo su función más eminente la de ser el intérprete final de la Constitución Nacional, y esta labor es llevada a cabo en forma notoria a través del recurso extraordinario federal, establecido en los artículos 14 y 15 de la ley 48²². A su vez, por medio de este recurso se

²⁰causa "Vouilloz, Clelia Beatriz y otros c/ KWS Argentina SA y otros s/ daños y perjuicios", CSJN, sentencia del 7 de junio del 2018, del dictamen de la Procuradora al cual la Corte remite.

²¹ "Anadón, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 20 de agosto del 2015.

²² En relación con los *requisitos comunes*, *requisitos propios* y *requisitos formales* de este recurso extraordinario, GIANNINI –siguiendo la clásica sistematización de Imaz y Rey- detalló que podían ser enunciados del siguiente modo: "1) **Requisitos comunes:** (...) **a) que la sentencia atacada emane de un tribunal de justicia** (...) *aunque excepcionalmente se admita la impugnación, por esta vía, de decisiones de órganos ajenos a dicha estructura;* (...) **b) que la intervención de ese tribunal haya tenido lugar en un juicio**, es decir, en un caso (causa o controversia) (...) **c) que la cuestión debatida sea justiciable;** (...) **d) que la resolución en crisis ocasione un gravamen**, una diferencia perjudicial (cualitativa o cuantitativa) entre lo pedido y lo otorgado, susceptible de ser remediada a través de la impugnación deducida; e) que los recaudos referidos subsistan al momento en que la Corte dicte sentencia definitiva (así, por ejemplo, que la causa no se haya tornado abstracta sobrevinientemente,

promueve la uniformidad en la interpretación del derecho federal –no así el derecho común- constituyendo un instrumento de peso para desarrollar su función *proactiva*, y alcanzar la *unidad del derecho*²³. De esta forma, el Máximo Tribunal se ha ocupado de señalar en reiteradas ocasiones que su función no tiene por cometido expedirse sobre cuestiones de derecho común, ahora bien, también se ha encargado de señalar que este criterio admite excepciones, como cuando se da un supuesto de arbitrariedad al tiempo de interpretar este tipo de derecho por parte de los inferiores. Ejemplo de ello lo encontramos en la causa "Bergonci"²⁴, que versaba esencialmente sobre la interpretación plausible en ese caso del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo.

privando al quejoso del interés necesario para recurrir).2) **Requisitos propios.** (...) es necesario que se configuren otros presupuestos que son específicos del recurso extraordinario como tal (...) Respecto de la resolución atacable por esta vía, la misma debe ser: a) una sentencia definitiva, caracterizable en prieta síntesis como aquella que pone fin al pleito, impide su continuación o causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, b) **emanada del superior tribunal de la causa**, esto es: del órgano judicial al que le corresponde resolver en última instancia la cuestión federal debatida, de acuerdo con la organización procesal respectiva (...) en cuanto a la materia propia del recurso (sus motivos o causales de procedencia, se exige que se debata: a) **una cuestión federal** (...) que, en general, se refieren a cuestiones de interpretación, aplicación y custodia del "bloque federal" y de las autoridades ejercidas en nombre de la Nación (...), b) **que tenga relación directa e inmediata con la materia del juicio**, es decir, que la solución del litigio dependa total o parcialmente del sentido con el que se resuelva la cuestión federal invocada (...), c) **que haya sido resuelta en sentido contrario al derecho fundado en la normativa federal ("resolución contraria")** (...), 3) **Requisitos formales** (...) a) **la introducción oportuna de la cuestión federal en el pleito** (...), b) **El mantenimiento de la cuestión federal introducida**, en todas las instancias por las que transite la causa antes de arribar a la Corte (...), c) **La interposición del recurso ante el tribunal que dictó el fallo en crisis, dentro del plazo de 10 días computados desde la notificación de la sentencia atacada y siguiendo las formalidades estipuladas al efecto (redacción por escrito, respetando las reglas de estilo y extensión establecidas en la Acordada 4/07 e incorporando una fundamentación autónoma y suficiente para sustentar el embate)** (...) (GIANNINI, Leandro J. "El Certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas", 1ª edición – La Plata: Librería Editora Platense, 2016, p. 20/27 , énfasis agregado).

²³MITIDIERO refiere respecto a la función proactiva de las Cortes Supremas que: "[d]ado que es propio de la naturaleza del Derecho, en una perspectiva lógico-argumentativa, la admisión de una pluralidad de significados provenientes de su interpretación, es imprescindible que exista un medio institucional encargado de concentrar el significado final en que aquel debe ser tomado en determinado contexto y de velar por su unidad. Y es precisamente esa la función que la Corte Suprema debe desempeñar: dar unidad al Derecho mediante su adecuada interpretación a partir de la decisión de casos presentados ante ella. Con esto, la función de la Corte Suprema es proactiva, siendo su actuación destinada a orientar la adecuada interpretación y aplicación del Derecho por parte de toda la sociedad civil y de todos los miembros del Poder Judicial. Su función tiene en el horizonte el futuro: la Corte Suprema actúa de manera proactiva con el fin de guiar la interpretación del Derecho, dándole unidad" (MITIDIERO, Daniel, "Dos modelos de Cortes de Vertice-Cortes Superiores y Cortes Supremas", publicado en TARUFFO Michele; MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (coords.) "La misión de los tribunales supremos", Editorial Marcial Pons, 2016, pags. 245 y 245 vta

²⁴ Respecto al punto, la corte sostuvo que "En el precedente "Benítez" esta Corte dijo que es impropio de su cometido jurisdiccional, en el marco de un recurso extraordinario, formular una determinada interpretación del art. 30 de la LCT -a los efectos de descartar cualquier otra posible- pues se trata de una norma de derecho común; pero también señaló que el excepcionalísimo supuesto de arbitrariedad de sentencia autoriza a que el Tribunal revise decisiones de los jueces de la causa en dicha materia con el exclusivo fin de descalificar pronunciamientos que por la gravedad de sus desaciertos no pueden adquirir validez jurisdiccional (cfr. Fallos: 332:2815, considerando 3º). Ese supuesto de excepción se presenta en el sub examine dado que el a quo basó su pronunciamiento en consideraciones que carecen de rigor lógico y que, por ende, no brindan un fundamento válido a la condena solidaria impuesta" ("Recurso de hecho deducido por YPF S.A. e YPF Gas S.A. en la causa

También es oportuno indicar que este recurso puede resultar procedente en situaciones de marcada excepcionalidad, por salto de instancia (*per saltum*), prescindiendo el recaudo de superior tribunal de la causa, de conformidad a lo dispuesto en el artículo en el artículo 257 bis CPCCN²⁵.

En este orden de ideas, es pertinente recordar que el poder judicial no trabaja con una *agenda* que pueda surgir por propia iniciativa, puesto que –tal como es doctrina de la Corte de Fallos: 341:545, entre muchos otros- No compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos. Y manifestó que su función más importante consiste en interpretar la Constitución de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencia o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (Fallos: 306:1883, entre otros).

También destacó desde antiguo que la misión más delicada del Poder Judicial es la de mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que aquellos deben adoptar (Fallos: 155:248; 272:231; 311:2553; 328:3573; 338:488; 339:1077, entre muchos otros)

Bergonci, Ilda Leonor c/ YPF S.A. y otros s/ despido”, Corte Suprema de Justicia de la nación, sentencia del 18 de octubre de 2022; considerando 3°).

²⁵Ejemplo de ello lo encontramos en la causa “Rizzo”, donde la Corte estableció que: “2°) *Que a juicio de esta Corte concurren los requisitos de marcada excepcionalidad que, con arreglo a lo dispuesto en el texto normativo aplicable, justifican habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48 prescindiendo de la intervención previa del tribunal de alzada que, como la Cámara Nacional Electoral, ha sido expresamente contemplado por la ley para revisar decisiones de esta naturaleza (art. 44 del Código Electoral Nacional ley 19.945), a la par que constituye regularmente el superior tribunal de la causa a los fines de la procedencia del recurso extraordinario (ley 4055, art. 6°).*3°) *Que ello es así, pues el planteo constitucional ventilado en estas actuaciones concierne de modo directo e inmediato a la composición de una de las autoridades de la Nación creada por la Constitución Nacional, que cuenta con atribuciones de alta significación en el estado constitucional (art. 114). A lo expresado se suma que la sentencia recurrida trae como efecto la cancelación de un procedimiento electoral mediante el sufragio universal destinado a cubrir cargos públicos electivos, circunstancia de gravedad institucional. Por último, al encontrarse en curso un cronograma electoral estructurado en diversas etapas que se integran con plazos breves y perentorios explícitamente contemplados, sólo la decisión final por parte de esta Corte de las cuestiones constitucionales planteadas permitirá evitar situaciones frustratorias de los diversos derechos puestos en juego en estas actuaciones”.* (causa "Estado Nacional s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos: 'Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13)' Y E.127.XLIX "Estado Nacional s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos: 'Traboulsi, Carlos Lionel s/ promueve acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3041/13)'" , Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 13 de junio del 2013; Fallos: 336:668, considerandos 2 y 3)

Por otra parte, el propio Tribunal estableció en numerosos precedentes que las cuestiones de hecho y prueba resultan ajenas -como regla y por su naturaleza- a la instancia del art. 14 de la ley 48, lo mismo que cuestiones relativas a derecho común o local.

No obstante lo cual, desde antaño la Corte estableció la "doctrina de la arbitrariedad", de origen pretoriano, a través de la cual puede entrar a conocer en distintas cuestiones en principio ajenas a su competencia -por ejemplo con la valoración probatoria-. La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquellos en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (cf. Fallos 308:2351,2456, 311:786, 2293; 312:246; entre otros). Por esta razón, dicha doctrina es de carácter excepcional y exige para su procedencia un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta falta de fundamentos (Fallos 326:297, entre otros).

Tal es así que la Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que, en caso de basarse el recurso extraordinario en dos fundamentos, uno de los cuales es la arbitrariedad, corresponde examinar este en primer término pues, sin perjuicio de la existencia de materia federal estricta, de constatarse tal tacha no habría en rigor, sentencia propiamente dicha (conf. Fallos: 329:5019; 330:4706; 339:930, entre muchos otros).

Al respecto, cabe citar lo dicho por Giannini en orden a que *"Finalmente, en una tercera instancia, la importancia de la corrección de los errores cede o se transforma en un medio para obtener propósitos trascendentes, como los de sentar precedentes relevantes que sirvan para guiar la interpretación, aplicación y evolución del derecho. Esta misión es encomendada, por obvias razones, a los tribunales ubicados en el vértice de la jurisdicción. Se trata de una aspiración que en nuestro país también se ha visto desdibujada por decisión misma de la Corte Suprema, que ha ampliado notablemente los alcances de su competencia apelada a través de doctrinas como la de la arbitrariedad de sentencias, que la llevan no solo a cumplir las funciones que típicamente le asisten como tribunal superior del país (ser el último y más genuino intérprete de la Constitución o tener a su cargo la hermenéutica final de la legislación federal), sino a custodiar caso a caso la vulneración de garantías cuya existencia y alcances no están en duda o ya han sido reiteradamente esclarecidos, como el derecho a una sentencia fundada o a obtener un pronunciamiento sobre la totalidad de las*

cuestiones pertinentes introducidas, entre otras. La Corte termina de este modo incorporando dentro de sus cometidos el desarrollo de una titánica labor axiológica destinada a corregir errores manifiestos en la determinación de los hechos, inequívocos apartamientos de normas de derecho común o local (ajenas a su competencia) o serios apartamientos del debido proceso (incluyendo los defectos de motivación de sentencias). Las dos formas de entender su rol como órgano máximo de nuestra estructura judicial federal transforman a la Corte Suprema en un ejemplo típico de lo que Taruffo esclarecedoramente califica como "ambigüedad en el vértice"²⁶.

Por último, es pertinente señalar que herramienta sumamente utilizada por el tribunal para manejar su agenda es el "*certiorari*"²⁷, que le permite seleccionar en forma discrecional los casos a resolver- El artículo 280 del CPCCN regula que "*...Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (...)*". De tal forma, aquellas causas que a Juicio del Tribunal no posean un agravio federal suficiente, o que las cuestiones planteadas sean insustanciales o carentes de trascendencia, son –siguiendo la explicación dada por Morello- descartadas por resultar "casos comunes" de poca importancia, y en consecuencia *naufrogan en el canal de acceso* a la Corte²⁸.

4. Utilización de fuentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina.

4.1. Constitución nacional.

Como aproximación al tema de cómo ha de ser interpretada la Constitución Nacional puede decirse, siguiendo las acepciones de la Real Academia Española²⁹, que "interpretar" es "*Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto*", y en el campo del derecho, el significado que cabe atribuirle es "*determinar el significado y alcance de las normas jurídicas*".

²⁶ GIANNINI, Leandro J., "*Los recursos y la reforma a la justicia nacional. Inconveniencia de los tribunales de casación o intermedios*"; Publicado en: LA LEY 24/08/2020 , 1 .

²⁷ Para ampliar, ver por todos GIANNINI, Leandro J. "*El Certiorari. La jurisdicción*", op. Cit.

²⁸ MORELLO, Augusto M. "*Actualidad del Recurso Extraordinario*", Librería Editora Platense – Abeledo Perrot; 1995; P. 334.

²⁹ www.rae.es

De tal forma, cualquier persona puede interpretar el texto de una Constitución con diversos fines, pero será en el ámbito de los tres poderes –legislativo, ejecutivo y judicial– donde esta tarea adquiera una insoslayable importancia y efectos jurídicos concretos, puesto que del sentido que se le otorgue dependerá el alcance que tenga en la praxis las disposiciones fundamentales que regulan el Estado de derecho, como también los derechos de los ciudadanos.

El poder legislativo tiene una función delicada en la interpretación de los preceptos constitucionales, tanto sea en la regulación de aspectos que afectan a sus instituciones republicanas, como así también en la reglamentación de los derechos de rango constitucional, dado que las normas dictadas en consecuencia no han de alterarlos³⁰.

Lo propio debe hacer el Poder Ejecutivo que posee facultades legislativas, aunque con diversas e importantes prohibiciones (ej. En materia penal)³¹

Adentrándonos en lo que aquí interesa puntualizar, en el marco de la interpretación constitucional realizada en sede judicial, cabe indicar que a pesar que algunas normas pueden no estar escritas, lo cierto es que la mayoría de los casos constitucionales exigen una interpretación de la constitución, y la mayoría de las constituciones actuales consisten principalmente en documentos escritos³²

³⁰ Al respecto es dable recordar lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional Argentina “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

³¹ El art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional dispone, en relación a los decretos de Necesidad y Urgencia que puede dictar el Presidente de la Nación:

“Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.” (Énfasis agregado)

³² WALUCHOV, Wil, “Constitutionalism”; The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2012 Edition). E.N. Zakta (Ed.)

Por ello, y siguiendo las consideraciones efectuadas por Guastini³³, habrá de tenerse en cuenta a los fines de meritar la interpretación constitucional, entre otros factores, los siguientes:

- a) Tipo de constitución: si solo organiza el Estado (constitución "corta") no es dable su interpretación en sede judicial, lo es en cambio si también dispone derechos y garantías³⁴.
- b) Autorizados a su interpretación: Si el control de constitucionalidad dispuesto para un país es de tipo concentrado (ej. En una Corte Constitucional) esta tarea solo podrá ser desarrollada por el Órgano o Tribunal establecido al efecto. Por otra parte, en países que adscriben al sistema de control de constitucionalidad de tipo difuso (Ej. Argentina) esta labor puede ser efectivizada por cualquier juez o tribunal, siendo el Máximo Tribunal (Corte Suprema de Justicia) el último intérprete.

A su turno, Berman³⁵ señala que aunque una teoría de la interpretación constitucional -vista desde la práctica- podría ser tanto positiva, normativa como conceptual, y aunque la actividad no es una prerrogativa exclusivamente judicial (como señaláramos más arriba), la mayoría de las teorías son *no descriptivas* y centradas en la actividad que desarrolla el poder judicial. En esta línea de pensamiento, indica que la mayor parte de las teorías de interpretación constitucional intentan responder a la siguiente pregunta *¿cómo deben los jueces* (de una jurisdicción particular o en general) *emprender una interpretación constitucional?* ; la que se encuentra equiparada en ocasiones con otro interrogante, el cual es: *¿cómo deberían los jueces ejercer la revisión judicial?*

No obstante ello, el propio autor detalla que las teorías de la interpretación constitucional (incluida la judicial) no son idénticas a las teorías de la revisión judicial, y señala tres puntos en los que difieren:

³³GUASTINI, Riccardo "La interpretación de la Constitución", publicado en "Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho" capítulo 56. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>

³⁴ Claro que esta enunciación dejaría fuera aquellos supuestos en donde la propia Constitución contemple recursos en caso de conflictos de atribución entre los distintos poderes del Estado.

³⁵BERMAN N. Mitchell, "Constitutional Interpretation: Non -originalism"; Philosophy Compass 6/6 (2011), pp 408-420

- 1) Las teorías de la revisión judicial no están tan enfocadas en aconsejar como los jueces deben ejercer sus responsabilidades cuando se evalúan la constitucionalidad de actos gubernamentales.
- 2) Diversas teorías de la revisión judicial se concentran principalmente no en como los jueces deberían interpretar la constitución para determinar el alcance de una ley o justificar una decisión, sino que en cambio centran su enfoque sobre el momento -es decir *cuándo*- en el que deberían realizar esa actividad y cuándo no deberían hacerlo.

En este estadio del examen de la cuestión, cabe indicar cuáles son las teorías más relevantes en términos de interpretación constitucional. Waluchov³⁶sostiene que las diversidad de posturas que informan a las teorías de interpretación constitucional obedecen usualmente a la distinta forma en que conciben a las aspiraciones que tiene una constitución, como limitan el poder del gobierno y el rol que desempeñan los jueces en las democracias. Sin perjuicio de las diferencias, indica que todas de alguna manera le dan especial importancia a determinados elementos, como por ejemplo: significado textual o semántico; historia política, social y legal; intención; intención original; y teoría moral / política.

De conformidad a estos autores, las dos visiones principales de teorías de interpretación constitucional son ***originalism*** and ***living constitutionalism (no-originalism)***

1) ***Originalism***:

Para los que adscriben a esta visión, la tarea de interpretación se centra en el texto constitucional, y en recuperar el significado que supuestamente existía al momento de la autoría, de la intención y voluntad de los constituyentes. Por ello, no aparece aquí una interpretación innovadora o creadora. Así, existen dos corrientes, la ***textualista*** –a la que se adscribían jueces como Scalia, que insiste en que debe prevalecer el texto constitucional tal y como está redactado, de esta forma la tarea interpretativa debe comenzarse desde el texto, y buscar el significado que lo gobierna y que se le ha adjudicado desde su nacimiento, rechazando todo tipo de especulación judicial sobre los propósitos extratextuales que pudieran haber tenido sus autores, o sobre la deseabilidad

³⁶Wil Waluchow "Constitutionalism", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2012 Edition), E. N. Zalta (Ed.) URL <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/constitutionalism/>.

de cierta lectura equitativa de sus anticipadas consecuencias³⁷. Y por otro lado, la **intencionalista**, que postula que los jueces deben dar prioridad a la intención original con que fue redactada una disposición sobre todas las demás consideraciones o interpretaciones, quizá exceptuando algún precedente judicial que se halla apartado del significado original.

En Argentina podemos encontrar el antecedente "Rizzo"³⁸ en donde, a los fines de su resolución, pareciera haberse indagado en precisar cuál fue la *intención original* del constituyente de la Constitución Nacional a los fines de resolver la cuestión debatida. En su considerando 21, se expresó "*Que, asimismo, la voluntad originaria expresada en la Asamblea Constituyente compone otra pauta de interpretación esencial (confr. argo Fallos: 100:337; 220:689; 333:633) que ratifica los criterios hasta aquí expuestos. El examen de los antecedentes deliberativos que concluyeron en el texto sancionado en la convención de Santa Fe, ratifica el genuino contenido de la cláusula constitucional en los términos interpretados con anterioridad en cuanto, a fin de afianzar la independencia de los jueces como garantía de los habitantes, despolitiza el procedimiento de selección de los miembros del Consejo, dispone su elección a través de sus respectivos estamentos y establece un equilibrio en su modo de integración.*"

Principales críticas que comúnmente se le efectúan al originalismo, 1) conocer la *verdadera intención* de los constituyentes en muchas ocasiones es altamente difícil de determinar; 2) la vida y la sociedad ha cambiado mucho respecto a las circunstancias y vida contemplada por los constituyentes.

2) Non-originalism / Living constitution:

Por constitución viviente ("living constitution") se entiende usualmente a una constitución que evoluciona, que cambia con el paso del tiempo y que se adapta a las nuevas circunstancias, pese a no haber sido *formalmente* modificada a través del procedimiento de reforma constitucional³⁹. Es decir, la metodología de interpretación aquí es evolutiva, innovativa.

³⁷ Ver GARGARELLA, Roberto "Interpretación 2: Scalia", disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com/2013/04/interpretacion-2-scalia.html> (fecha consulta, marzo de 2019)

³⁸ Ver causa "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) / acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/13)", Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia del 18 de junio de 2013.

³⁹ STRAUSS, David, "The living constitution", Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 2010.

Berman propone una clasificación de 4 vertientes para subdividir a la corriente no originalista, a saber: pluralismo, perfeccionismo, pragmatismo y el sistema del *common law* (según esta última, los jueces deben llevar a cabo una interpretación constitucional basándose en la realizada por las Cortes a lo largo de los años)⁴⁰.

Las principales críticas que usualmente se le efectúan a la postura de la constitución viviente, pueden sintetizarse en la forma que sigue: 1) la teoría hace que todo lo que se diga sobre la interpretación constitucional, entendida como la recuperación del significado, carezca de sentido: la interpretación constitucional se convierte en nada más que creación o construcción constitucional no restringida, bajo el ropaje de interpretación; 2) El constitucionalismo viviente le quita protagonismo a la Constitución en su función de "guía", asignando esta tarea sin restricciones a los intérpretes posteriores, y 3) el constitucionalismo viviente viola la separación de poderes -si la constitución y sus límites se convierten en lo que los intérpretes contemporáneos interpretan, y si esos intérpretes tienden a encontrarse casi exclusivamente en los tribunales, nos encontraríamos frente a un "gobierno de jueces".

En este orden de ideas, cabe ahora interrogarse sobre las posibles relaciones que existen entre la *interpretación* constitucional y la *argumentación* constitucional. En virtud de lo dicho, entiendo que lo primero a definir es que postura interpretativa ha de adoptarse, si *originalista* o de una *constitución viviente*, a los fines de conocer el cariz de la tarea que requiere la argumentación del caso. Puesto que, de adoptar una postura de interpretación originalista, la argumentación se centrará en el alcance específico del texto constitucional y la voluntad de los constituyentes; y en cambio en una interpretación de tipo "constitución viviente", puede permitirse una argumentación centrada en la justificación de una creación o innovación que exija la solución del caso a la luz del texto constitucional objeto de interpretación. En ambos escenarios, la argumentación, deberá dar razones que justifiquen la decisión, y pueda ser verificada por la sociedad como acto jurisdiccional válido.

⁴⁰Berman Mitchell N., "Constitutional Interpretation: Non-originalism", Philosophy Compass 6/6 (2011), pp. 408-420.

5.1.1. Causa “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta”, sentencia del 12 de diciembre de 2017⁴¹”.

Respecto a casos concretos decididos por la Corte, resaltamos la causa “Castillo” en la cual declaró la inconstitucionalidad del inciso "ñ" del artículo 27 de la ley provincial de educación N° 7546⁴², el cual dispone que: “Art. 27.- *La Educación Primaria tiene como finalidad proporcionar una formación integral, básica y común. Son objetivos de la Educación Primaria en la provincia de Salta: (...) ñ): “Brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”;* y de la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la Provincia de Salta y, como consecuencia de ello, de las prácticas religiosas tal como se han venido desarrollando en las escuelas públicas de esa provincia.

En lo que aquí interesa resaltar, la Corte, en lo que se apreciaría como una lectura *originalista* de la Constitución, afirmó que del debate de la Convención Constituyente surge que el privilegio que recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 como religión mayoritaria de los habitantes del país no importa que aquella sea establecida como religión de Estado⁴³, sino que el término "sostenimiento" debe entenderse limitado al "sostenimiento económico" del culto católico ello en el contexto de una posición en todo otro aspecto neutral del Estado frente a las religiones (considerando 8°). También resaltó que ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino (citando el precedente de Fallos: 312:122).

En una interpretación evolutiva del artículo 2° (tema “sostenimiento”⁴⁴) la Corte razonó que de sus diversos precedentes se mantenía una coherencia en la inteligencia que

⁴¹ Respecto a este fallo, puede verse: **ALEGRE M., GARGARELLA R.** “*Sobre el fallo en materia de educación religiosa en las escuelas públicas*”; disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com/2017/12/sobre-el-fallo-en-materia-de-educacion.html>, fecha de consulta enero 2019

⁴² Sancionada el día 18 de diciembre de 2008, publicada en el Boletín Oficial de Salta N° 18021, el día 6 de enero del 2009.

⁴³ Para profundizar sobre el tópico laicidad del Estado, ver “**CHIASSONI, Pierluigi**, “*El Estado Laico Según Mater Ecclesia Libertad Religiosa Y Libertad De Conciencia En Una Sociedad Democrática*”, ISONOMÍA No. 27 / Octubre 2007.

⁴⁴ Artículo 2°, CN: “ El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”.

cabía asignarle, compatible con sus antecedentes históricos, que descarta que el culto católico sea religión oficial, por caso: "Sejean" (Fallos: 308:2268, voto del juez Enrique S. Petracchi) en el cual esta Corte declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del divorcio vincular prevista en el arto 64 de la ley 2393.

De igual forma, resaltó que más allá de las diversas posiciones sobre el modo en que los convencionales entendían que debía formularse la norma, todos aludieron al carácter laico de la educación pública como un principio clave para asegurar *la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*. Y que ese principio de neutralidad también comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar (considerandos 13 y 14).

4.2. Tratados de Derechos Humanos y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El 29 de diciembre de 1993 se sancionó la Ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución de 1853, modificada en los años 1860, 1866, 1898, 1957. Relacionado al punto, el artículo 3 habilitó "(...) *para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación: A tal efecto la Convención Constituyente podrá: (...) I.- INSTITUTOS PARA LA INTEGRACION Y JERARQUIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. * Por incisos nuevos al artículo 67 de la Constitución Nacional. (...)*".

Así, el anterior artículo 67 inciso 19 devino en el actual 75 inciso 22, que como resulta por demás conocido, le otorgó jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos que allí enumera, brindando la posibilidad que futuros Tratados gocen de igual rango luego de ser suscriptos por el país, para lo cual se requiere la aprobación de los 2/3 de cada cámara. Asimismo, establece que los demás tratados y concordatos tienen jerarquía *superior* a las leyes.

El texto de este artículo es el siguiente: "*Artículo 75.- Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el*

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Entre las innumerables opiniones que mereció esta importante modificación en la constitución⁴⁵, es útil citar lo dicho por Rosatti, quien haciendo una lectura comparativa del texto de la CN de 1853-1860 con el actual luego de la reforma de 1994, manifestara en rededor del punto que *“el sistema jurídico nacional se ha abierto al sistema internacional, fundamentalmente en materia de derechos, deberes y garantías, aunque no de modo irrestricto, sino en la medida y según las formas con que aquel lo permite”*⁴⁶.

En cuanto a la firma de la CADH y el reconocimiento de competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Argentina, la CIDH informa lo siguiente⁴⁷:

“Reserva y declaraciones interpretativas hechas al ratificar la Convención: El instrumento de ratificación se recibió en la Secretaría General de la OEA el 5 de septiembre de 1984, con una reserva y declaraciones interpretativas. Se procedió al trámite de notificación de la reserva de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita el 23 de mayo de 1969. Los textos de la reserva y declaraciones interpretativas antes mencionadas son los siguientes: I. **Reserva: El artículo 21 queda sometido a la siguiente reserva: "El Gobierno**

⁴⁵Para profundizar sobre este tema, ver **HITTERS, Juan Carlos** *“La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia”*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP; 2014.

⁴⁶**ROSATTI, Horacio**, *“Proyecto constitucional alberdiano. Descripción, apogeo y crisis”*, Publicado en *“Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario”*, 1ra. edición - noviembre 2015; disponible en http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones_argentinas.pdf (fecha de consulta noviembre 2018).

⁴⁷ Ver información brindada por la CIDH en el sitio <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos3.htm> , fecha de consulta: mayo del 2018.

argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social', ni lo que éstos entiendan por 'indemnización justa'". II. Declaraciones Interpretativas: El artículo 5, inciso 3, debe interpretarse en el sentido que la pena no puede trascender directamente de la persona del delincuente, esto es, no cabrán sanciones penales vicariantes. El artículo 7, inciso 7, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la "detención por deudas" no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente. El artículo 10 debe interpretarse en el sentido de que el "error judicial" sea establecido por un Tribunal Nacional. Reconocimiento de Competencia: En el instrumento de ratificación de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el Instrumento de Ratificación. Se deja constancia, asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento".

Respecto a la conducta a asumir por Argentina respecto de las sentencias de la Corte IDH, Raya de Olivera⁴⁸ ha reseñado -en ceñida síntesis- tres posturas diferentes, las cuales no necesariamente agotan todas las variantes que puede revestir un tema tan complejo, pero que no obstante ello sirve a los efectos de realizar una clasificación enunciativa en el presente.

Veamos:

- a) A favor del estricto cumplimiento: *Doctrina de la obligatoriedad moral*. Esta postura considera que si bien la instancia internacional tiene vedada la vía coercitiva, la aceptación de competencia de la Corte IDH de parte del Estado, le confiere obligatoriedad moral a lo decidido por ella.

⁴⁸**RAYA DE VERA, Eloísa B.** "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Gelman vs. Uruguay", Publicado en: RCyS 2012-V , 279 , Fallo Comentado: [Corte Interamericana de Derechos Humanos ~ 2011-02-24 ~ Comisión Interamericana de Derechos Humanos c. República Oriental del Uruguay en relación con el caso Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García](#)

- b) *Doctrina internacional*: Amplia la postura anterior, basando la obligatoriedad de los fallos de la CorteIDH en los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*.
- c) Una tercer postura, en sentido diverso a las anteriores, considera que existe cierto orden público constitucional que no puede ser alterado por decisiones internacionales y que ello facultaría a los tribunales locales a controlar la adecuación de las decisiones de la CorteIDH . Esta es la posición que siguió Perú en los casos "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú" y "Loayza Tamayo vs. Perú".

Por su parte, el ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aries, Dr. Hitters⁴⁹, a los fines de responder a la pregunta si respecto a Argentina son vinculantes los fallos de la CorteIDH, ha señalado que dichas sentencias deben ser acatadas por la jurisdicción Interna.

Ampliando en sus consideraciones, y efectuando un repaso por la evolución que ha seguido la jurisprudencia Argentina en la materia, el autor citado afirma que "(...) *la Corte Suprema de la Nación Argentina ha ido evolucionando progresivamente —con marchas y contramarchas— para cumplimentar con los pronunciamientos tanto de la Comisión como los de la Corte regional. Con respecto al incumplimiento de los tratados en el ámbito doméstico, este país fue por primera vez condenado por la Corte Interamericana en el año 2002 en el Caso "Cantos", por violentar los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al perjudicar el acceso a la justicia del reclamante. Ese tribunal mandó a la Argentina —entre otros tópicos— a fijar nuevamente de manera razonable los gastos de un pleito por considerar que los determinados con anterioridad implicaban limitaciones económicas para el acceso a la justicia. En dicho asunto (año 2003) el citado órgano local no dio total acatamiento al decisorio referido invocando razones de "derecho interno". (...) Finalmente esa circunstancia y a fin de dar cumplimiento con la sentencia interamericana, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso por el Decreto 1313 del 11 de agosto de 2008 que, por conducto de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, se llevaran a cabo las actuaciones pertinentes. Luego, en el Caso "Bulacio" la Corte IDH condenó nuevamente a la Argentina por violar los artículos 4, 7, 8, 25 y 1.1 de la Convención, en esta oportunidad por la muerte de un joven por parte de la policía. Dispuso allí que se*

⁴⁹HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad", Publicado en: LA LEY 17/09/2008 , 1 • LA LEY 2008-E , 1169

investigue y se sancione a los responsables y que sean indemnizados los familiares. La Corte Nacional —en un interesantísimo decisorio y por entonces con una nueva integración— cambió de tornas y —con algunas disidencias pero en concordancia argumental— acató a cabalidad aquella sentencia, a tal punto que dejó sin efecto un fallo local que había decretado la prescripción de la acción penal a favor del imputado (Comisario Espósito), disponiendo que se juzgue nuevamente al mismo. (...) Dicho criterio fue ampliamente confirmado y ampliado en el Caso "Simón", donde el más alto Tribunal doméstico parando mientes en los delitos de lesa humanidad decretó —por mayoría— la inconstitucionalidad de dos leyes de impunidad como las llamadas de "obediencia debida" (Ley 23.521) y "punto final" (Ley 23.492). Para ello —con buen tino— y siguiendo el modelo interamericano dinamitó varios postulados jurídicos, tales como el de la irretroactividad de la ley penal (en este caso en perjuicio del reo), el de la cosa juzgada y el de la prescriptibilidad de las acciones (...) Por último y para demostrar esta influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno, no ya en el asunto concreto sino como doctrina legal, podemos citar el caso "Verbitsky" donde el referido cuerpo, siguiendo los pronunciamientos de la Corte Interamericana, ordenó al Poder Judicial bonaerense adaptar las condiciones carcelarias a los conceptos modernos y a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a llevar a cabo acciones en tal sentido⁵⁰"

Por último, y siguiendo al autor mentado⁵¹, respecto al acatamiento amplio (efecto *erga omnes*) que tendría la *doctrina legal* de la Corte IDH -no solo en lo relacionado a sentencias vinculadas a delitos de lesa humanidad-por parte de los países signatarios de la CADH, menciona que "(...) parece preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes. Empero, lo cierto es que ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH, salvo obviamente, para el caso concreto. Por ello, para resolver este desideratum es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Surge —a nuestro modo de ver—, de

⁵⁰HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos...." *Op cit.*

⁵¹HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos...." *Op. cit*

tal análisis que en principio existe por lo menos una vincularidad moral y también jurídica de acatamiento, ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (art. 1.1 y 2 del Pacto de San José). Cuando la CSN sostiene que los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión IDH "deben servir de guía" o que "constituyen una imprescindible pauta de interpretación", está diciendo —desde la perspectiva del derecho interno— que los mismos tienen valor de doctrina legal."

La Corte ha tenido ocasión de indicar, asimismo que "(...) cuando un país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede generar responsabilidad internacional (Fallos: 318:2639; 326:3882, entre muchos otros)⁵²".

4.2.1. "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

Bajo las premisas señaladas anteriormente es que debe examinarse la resolución dictada en la causa "*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*" (en adelante, Fontevicchia⁵³). Este último reavivó el debate sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH por parte de Argentina tanto por la doctrina⁵⁴ como así también en los diversos operadores jurídicos.

⁵² Dragoevich, Héctor Ramón c/ M° J y DD.HH. - art. 3 ley 24.043 (resol. 612/01)", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 2 de diciembre de 2008, considerando 7°.

⁵³ Los hechos de ese caso se relacionan con dos publicaciones consignadas en una revista el 5 y 12 de noviembre de 1995, donde se vinculaba al entonces Presidente de Argentina, Carlos Menem, con la existencia de un presunto hijo no reconocido por él. Jorge Fontevicchia y Hector D'Amico son periodistas que se desempeñaban como editores en dicha revista. Menem demandó civilmente a la editorial de la revista así como a Jorge Fontevicchia y Hector D'Amico. Su pretensión consistía en el resarcimiento económico por el alegado daño moral causado por la supuesta violación del derecho a la intimidad, consecuencia de esas publicaciones. Adicionalmente, se solicitó la publicación íntegra de la sentencia a cargo de los demandados. En 1997 un juez de primera instancia en lo civil rechazó la demanda interpuesta por el señor Menem. La sentencia fue apelada y en 1998, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió la decisión y condenó a la editorial y a Jorge Fontevicchia y Hector D'Amico a pagar la suma de la suma de \$150.000,00. Los demandados interpusieron un recurso extraordinario federal. En el año 2001 la Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida aunque modificó el monto indemnizatorio, reduciéndolo a la suma de \$60.000,00.

⁵⁴ Entre otros, comentaron el caso citado: CATALANO, Mariana y CARNOTA, Walter F. "*La Corte Suprema reafirma su rol de tribunal final de las causas*", Publicado en: LA LEY 28/03/2017 , 3; GELLI, María Angélica , "los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte

En *Fontevecchia* se resolvió en el voto de la mayoría—en muy prieta síntesis- que no cabía hacer lugar a una de las cuestiones ordenadas por la Corte IDH en su sentencia dictada en el año 2011 contra Argentina, la cual disponía *dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias.*-

Para así decidir, la mayoría del Tribunal entendió que era de imposible cumplimiento tal manda sin violentar los principios de orden público argentino, como lo sería el hecho de dejar sin efecto una sentencia de la propia CSJN pasada en autoridad de cosa juzgada. La posición mayoritaria fue conformada por el voto conjunto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz y el voto propio del juez Horacio Rosatti. En disidencia votó el juez Juan Carlos Maqueda.

El voto conjunto consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una "cuarta instancia" revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, en contravención de la estructura del sistema interamericano de derechos humanos y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional. En este sentido, entendió que el texto de la Convención no atribuye facultades a la Corte Interamericana para ordenar la revocación de sentencias nacionales (art. 63.1, C.A.D.H.).

Asimismo, consideró que revocar su propia sentencia firme —en razón de lo ordenado en la decisión "Fontevecchia" de la Corte Interamericana— implicaría privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional. No obstante lo cual, se aclara en el considerando 20 que "*...Lo dicho hasta aquí no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del arto 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual*

argentina", Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 5; **IBARLUCÍA, Emilio A.** , "*Obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y derecho de defensa en juicio*", Publicado en: LA LEY 15/03/2017 , 4 ; **MANILI, Pablo L.** , "*Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo "Fontevecchia"*", Publicado en: LA LEY 20/03/2017 , 5 ; **ZUPPI, Alberto L.DELLUTRI, Rodrigo** "*Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso "Fontevecchia y D'Amico c. República Argentina"*"; Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 22 ; **ÁBALOS, María G.** "*Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana*", Publicado en: LA LEY 2017-B •Sup. Const. 2017 (marzo) , 3 ; **SANTIAGO, Alfonso** "*¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?*", Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 13; **PALACIO DE CAEIRO, Silvia B.** "*El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*", Publicado en: LA LEY 08/03/2017 , 6; **GARAY, Alberto F.** "*En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio*", Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 2; **PIZZOLO, Calogero** "*¿Ser "intérprete supremo" en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación "creacionista" de los derechos humanos*", Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 7.

tiene competencia el tribunal internacional (art. 63, CAD; arts. 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional)."

Ante ello, la Corte IDH resolvió con fecha 18/11/2017 que el Estado Argentino había incumplido lo ordenado en su sentencia manifestando que *"1. El Estado no ha dado cumplimiento a la reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias, ordenada en el punto dispositivo segundo de la Sentencia. 2. El Estado no ha dado cumplimiento al reintegro de costas y gastos, ordenado en el punto dispositivo cuarto de la Sentencia. 3. Mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación ordenadas en los puntos dispositivos segundo y cuarto de la Sentencia, relativas a: a) dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias, en los términos del párrafo 105 de la Sentencia (punto dispositivo segundo de la Sentencia), y b) entregar los montos referidos en los párrafos 128 y 129 de la Sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos (punto dispositivo cuarto de la Sentencia). 4. Disponer que el Estado adopte, en definitiva y a la mayor brevedad, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a los puntos pendientes de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas emitida en el presente caso, de acuerdo con lo considerado en la presente Resolución, y con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 5. Disponer que el Estado presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 28 de febrero de 2018, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento, de conformidad con los Considerandos 17, 35, 41 y 42, así como con los puntos resolutive 1 a 3 de esta Resolución. 6. Disponer que los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenten observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutive anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe. 7. Requerir a la Secretaría de la Corte que notifique la presente Resolución al Estado, a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos."*

En réplica, la Corte Suprema Argentina dictó una resolución en diciembre del 2017 en la cual únicamente resolvió Ordenar que se asiente junto a la decisión registrada en Fallos: 324: 2895 la siguiente leyenda: "Esta sentencia fue declarada incompatible con la

Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 29 de noviembre de 2011)". Regístrese y comuníquese al Ministerio de Relaciones y Culto de la Nación".

Sentado lo expuesto, vale reiterar que esta resolución ha merecido distintos análisis y opiniones tanto de la prensa como de la doctrina especializada en el tema, algunas de las cuales -en forma un tanto apresurada a mi entender- concluyeron que como corolario de esta decisión el resguardo de los DD.HH se vería comprometido a futuro, por debilitarse las potestades de la CorteIDH. Deberá aguardarse entonces a que continúe este *diálogo jurisprudencial* entre ambos tribunales para conocer efectivamente cómo se desenvuelven cada uno en la órbita de sus competencias y funciones, en aquellos casos donde se discutan cuestiones relacionadas con Argentina. No obstante, es pertinente recordar que ha sido la propia CorteIDH quien ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario⁵⁵, coadyuvante y complementario⁵⁶, razón por la cual no desempeña funciones de tribunal de "cuarta instancia". Ello implica que la Corte IDH no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos⁵⁷.

Por ello, es razonable que la CorteIDH pueda indicar la responsabilidad internacional del Estado Argentino por violar DD.HH relacionados con la libertad de pensamiento y expresión -por conducto de lo resuelto en una causa judicial- y resulta *prima facie* un escenario -que aunque conjetural - es probable y ajustado a sus funciones, pero no así lo relacionado con la revocación de lo decidido en sentencia judicial pasada

⁵⁵ Cfr. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 47, y *Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 64.

⁵⁶ En el Preámbulo de la Convención Americana se sostiene que la protección internacional es "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". Ver también, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 31; *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 26, y *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61.

⁵⁷ Cfr. Causa "CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO", Corte Interamericana de Derechos Humanos, SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), parr. 16.

con autoridad de cosa juzgada en el derecho interno, donde incluso el particular que había resultado vencedor en esa contienda judicial –y que no participó del proceso ante la CorteIDH- hipotéticamente se vea afectado.

Entonces, que la CSJN “*desobedezca*” alguna de las indicaciones ordenadas por la CorteIDH a simple vista suena *fuerte* y algo que en principio debe ser evitado. Ahora bien, en distinta escala uno podría pensar en supuestos donde, sin poner en duda la legitimidad de quien emite una orden para la cual en principio se encuentra autorizado, su contenido es cuestionado por ser considerado un exceso en las funciones del emisor. Esto es transversal a los tres poderes del Estado. Ejemplo: 1) Poder judicial: Pensemos por caso situaciones que comúnmente conforman el denominado “gobierno de los jueces” cuando en sede judicial se dictan sentencias que invaden esferas propias de los otros poderes, principalmente de Poder Ejecutivo y su diseño de las políticas públicas⁵⁸; 2) Poder Ejecutivo: cuando dicta DNU que invaden esferas legislativas o sobre materias prohibidas y 3) Poder Legislativo en aquellos casos en donde se invaden esferas de otros poderes o de otras jurisdicciones. Siguiendo este orden de ideas, y pudiendo darse el caso de que existan sentencias de la CorteIDH que, pese a perseguir fines nobles, equivoquen el camino o invadan esferas de la soberanía de los distintos países que adhieren al sistema, pareciera lógico y hasta deseable que el máximo intérprete y guardián de la constitución –justamente la CSJN- emita su autorizada opinión disonante sobre el punto⁵⁹; d) también

⁵⁸ Por ello la CSJN, con buen tino a entender por la opinión mayoritaria sobre el punto, en temas como la recomposición ambiental de la cuenca matanza riachuelo el notorio caso “Mendoza”- ha sentado el foco en el *que hacer* y no en el *cómo hacer*, es decir, ha trazado los objetivos pero dejando a salvo que es el poder ejecutivo quien tiene la facultad –y los recursos para hacerlo- de definir cómo ha de llegar a esos objetivos. Existe una sustancial diferencia entre *controlar* por parte del Poder judicial la ejecución y el cumplimiento de los objetivos planteados en una sentencia sobre políticas públicas que *ejecutar* y llevar adelante por si mismo ese cumplimiento. Tomando el ejemplo de experiencias del derecho comparado como la recomposición del Río Ganges, el propio Juez de la Corte Lorenzetti tuvo ocasión de manifestar que “*por estas razones es aconsejable que el tribunal tenga la sabiduría de poner un límite al proceso y dejar que los otros poderes cumplan su rol. Una de las críticas más duras al activismo de la Corte de la India ha sido que impidió la formación de una burocracia profesional en la administración, porque todo pasó por el tribunal y nadie tomaba decisiones autónomas por temor a la sanción. Es necesario entonces fijar con claridad un límite vinculado a la división de poderes(...)*” **LORENZETTI, Ricardo Luis.** “*Teoría del derecho ambiental*”, 1a ed. 1a reimp.- Buenos Aires: La Ley, 2009. P.146).

⁵⁹ Esta exigencia al Máximo Tribunal de que asuma un papel protagónico en su rol de custodio de la Constitución Nacional es insoslayable, y resulta de imperiosa necesidad aún más en épocas de interrupción democrática como tristemente ha vivido a repetición la Argentina en el Siglo XX, periodos donde se vulneraron en forma masiva los derechos humanos y se han afectado sensiblemente las instituciones y la seguridad jurídica. En esta línea de razonamiento, cabe recordar también el papel que jugó la CSJN luego del golpe militar llevado a cabo por el Teniente General José F. Uriburu al presidente Hipolito Yrigoyen en el año 1930. Frente a ello, el Tribunal emitió la “Acordada sobre el reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación” el 10 de septiembre de 1930 (fallos 158:290) convalidando o dando reconocimiento al derrocamiento de un gobierno constitucional por el hecho de que los golpistas detentaban el poder en los hechos. “*1° Que la susodicha comunicación pone en conocimiento oficial de esta Corte Suprema la constitución de un gobierno provisional emanado de la revolución triunfante de*

podría pensarse que, de haberse cumplido con ordenado por la CorteIDH, se habría visto potencialmente afectado el derecho de defensa de quien había sido vencedor en la causa "Fontevicchia", al no haberse dado participación en el proceso ante ese Tribunal, tal como aquel puso de manifiesto⁶⁰. Entonces, independientemente de la opinión que merezca la postura adoptada por la CSJN –e incluso más irrelevante, la simpatía o no que despierte el ex presidente, quien merece el mismo respeto por sus DD.HH. que toda otra persona-, podríamos convenir que tal como se había desarrollado el procedimiento ante la CorteIDH la solución que proponía –en este punto de su decisión- no podía ser cumplida por el Estado Argentino sino a cambio de violentar esos DD.HH., toda una paradoja si se piensa justamente las misiones y funciones de aquel Tribunal.

4.3. La ley.

Me aventuraría a afirmar que uno de los aspectos que más desvela e inquieta a la sociedad en general respecto al "mundo" del derecho –entendiendo como integrantes de este último a los diversos operadores jurídicos que se desenvuelven en él, a saber

6 de septiembre del corriente año. 2° Que ese gobierno se encuentra en posesión de las fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden de la Nación, y por consiguiente para proteger la libertad, la vida y la propiedad de las personas, y ha declarado, además, en actos públicos, que mantendrá la supremacía de la Constitución y de las leyes del país, en el ejercicio del poder. Que tales antecedentes caracterizan, sin duda, un gobierno de hecho en cuanto a su constitución, y de cuya naturaleza participan los funcionarios que lo integran actualmente o que se designen en los sucesivos (...) que el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es, pues, un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social. Que ello no obstante, si normalizada la situación en el desenvolvimiento de la acción del gobierno de facto, los funcionarios que la integran desconocieran las garantías individuales o las de la propiedad u otras de las aseguradas por la Constitución, la Administración de Justicia encargada de hacer cumplir ésta las restablecería en las mismas condiciones y con el mismo alcance que lo habría hecho con el Poder Ejecutivo de derecho". Entre los numerosos análisis críticos de esta postura asumida por la Corte, citamos a Oteiza quien manifestó que: "La C.S.J.N. en la década del treinta consintió, al igual que muchos otros sectores del país, la autoridad nacida de la fuerza como mecanismo apto para gobernar. No cometió ese error solo la C.S.J.N. la falta de conciencia democrática y de respeto a las instituciones de la República envolvió a gran parte de la dirigencia. Los efectos de aquellos desaciertos hoy todavía habitan entre nosotros" (OTEIZA, Eduardo, "La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia", Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1994, p. 54). En suma, lejos está de trazarse un paralelo o asimilar ambos supuestos, notoriamente disímiles. Solo poner de ejemplo como aporte a la discusión que de la CSJN se espera *siempre* que actúe con la mayor diligencia en defensa de la Constitución Nacional y las garantías que ella contempla, aún en escenarios inéditos como los que se generan ante los desafíos y tensiones que plantean este tipo de *diálogos jurisprudenciales*.

⁶⁰ Tal como surge de la propia reseña de los antecedentes efectuada por la CSJN en la Resolución del 14 de febrero del 2017, cuando en el considerando quinto señaló que "El Tribunal dio vista de las actuaciones a la señora Procuradora General, quien presentó su dictamen a fs. 45/48. Posteriormente, de acuerdo a lo sugerido en el punto IV de ese escrito, esta Corte ordenó dar traslado a Carlos Saúl Menem de la presentación efectuada por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, por el término de diez días, el que fue contestado a fs. 51. Allí, el actor expuso que "no ha sido parte en el juicio internacional, cuyo pronunciamiento recayó condenando al Estado Argentino, por lo que nada puede expresar al respecto" (el resalte me pertenece)

abogados de parte, defensores públicos oficiales, jueces, fiscales, etc.- es la interpretación que hacen –principalmente los jueces- de la ley. Digo esto porque pareciera que, para quienes sus intereses son ajenos de este “mundo”, si una ley ordena o prohíbe X, resulta inconcebible que existan tantos desacuerdos y debates en torno a su cumplimiento.

Así, frecuentemente un abogado o abogada suele recibir preguntas de este estilo: “si la ley A es clara, ¿por qué se sigue discutiendo durante años ese tema en un juicio?”; “ si la ley X establece que <dada la situación A, debe ordenarse B> ¿por qué el juez dijo que “dada la situación A, y no obstante lo ordenado por la Ley X en torno a B, atento las particularidades de la causa, resuelvo ordenar C”?, y tantas otras de similar tenor.

Y tal como sucede a menudo con las preguntas “elementales”, estas resultan ser de las más complejas de responder. Tanto es así que las vicisitudes que genera la interpretación de la ley al momento de resolver una controversia judicial⁶¹, no son siquiera pasibles de ser listadas en este espacio. Tal es así que Incluso la Corte⁶² ha sabido decir que las “dificultades interpretativas de una norma” constituye un elemento que

⁶¹ Hallo pertinente citar las reflexiones del maestro Morello que -al haber desempeñado los cargos de Juez de la Suprema Corte Bonaerense, y de conjuer en la CSJN- acerca de las vicisitudes que se le plantean a un doctrinario o académico del derecho al momento de asumir un rol decisor en una controversia judicial, es decir, de un tercero imparcial. Al respecto, expresaba que “2) Hemos tenido el honor de integrar los altos Tribunales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, sabemos que el doctrinario en el papel de la judicatura debe hacer ciertas concesiones cuando no francas rectificaciones y lo que en la literatura del escritor o del profesor parecía inamovible en el rol político de juez ha de acampar para propiciar otras posturas. El interés general, la soberanía popular, la dinámica de las instituciones, la paz social, la equidad, el sentido de la solidaridad, la conveniencia general, el impedir perjuicios irreparables son fuentes de reflexiones y de un continuo repensar. Lo dice con todas sus letras el brillante profesor de Pavia (Taruffo) al reconocer la labor creativa de los tribunales: "Para ser un buen intérprete el juez debe ser consiente de la variabilidad de las coordenadas cognoscitivas y valorativas que son ya los rasgos dominantes de la sociedad actual. Su dote esencial no debe ser una ortodoxia cultural pasiva, o la supina aceptación de lo que viene "desde afuera" del mundo cerrado del derecho, sino la asunción de responsabilidad por sus escogencias con la conciencia de que nada es dado a priori, y que aun el conocimiento del mundo es el resultado de un proceso de aprehensión y de interpretación incierto, dificultoso, complicado y nunca realmente agotado. Por otra parte el juez debe ahora filtrar por medio de su razonamiento una infinidad de problemas jurídicos y no jurídicos que cubren el tejido social y su transformación. Su responsabilidad es la de hacer que su razonamiento se adelante con métodos racionales, se fundamente en nociones controlables, y provea adecuadas justificaciones a la decisión por la que se opte según los criterios que se consideran aceptables en el contexto social y cultural de nuestro tiempo" (MORELLO, Augusto M., "La Corte Suprema, piloto de tormentas", Publicado en: Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), 91, Cita Online: AR/DOC/1029/2007 . la cita que efectúa de Taruffo corresponde a la obra TARUFFO, Michele, "Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil", traducción de Beatriz QUINTEROS, Temis, Bogotá, Colombia, 2006, p. 138 y 139.)

⁶² “La incertidumbre sobre una situación fáctica, la existencia de una situación compleja o dificultosa -tanto en los hechos como en lo jurídico-, como también las **dificultades interpretativas de una norma o las cuestiones dudosas de derecho**, entre otras, configuran razones que según el caso, autorizan la exención -total o parcial- de costas al vencido” (“Nelson, Juan Manuel y otro c/ Aramburu, Eugenio Carlos José y otros s/ nulidad de acto jurídico”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 13 de diciembre de 2016 -el resalte no pertenece al original-).

permite exceptuar de las costas al vencido, e imponerlas en el orden causado, utilizando la potestad que otorga el artículo 68 CPCCN al Juez de actuar en ese sentido.

En el derecho comparado también encontramos variados ejemplos de situaciones en donde las dificultades interpretativas de la legislación son puestas de relieve por el poder judicial y juegan un papel protagónico a la hora de decidir la controversia. Por citar uno solo de ellos, en el precedente "Chevrón"⁶³ del año 1984 dictado por la Suprema Corte de Estados Unidos, se sentó la doctrina –salvo error, aún vigente⁶⁴- de conformidad a la cual si un estatuto federal es "ambiguo" y la agencia de la administración que está autorizada a implementarlo ofrece una *interpretación razonable*, entonces el tribunal debe aceptarla, tener deferencia por ella.

Sentado ello, comencemos entonces por precisar los aspectos generales de la *interpretación* en el ámbito jurídico, y del concepto de *normas*.

Por su parte, Bulygin⁶⁵ afirma que el derecho consiste principalmente, aunque no en forma exclusiva, en normas, en regulaciones que establecen que determinada acción *p* es obligatoria, prohibida o permitida en determinadas circunstancias *q*. Así, razona que las normas pueden ser definidas como expresiones que relacionan "casos" – circunstancias- con "soluciones" –expresiones que prescriben que cierta acción <debe>, <no debe>, o <puede> ser realizada-. Por tanto, interpretar una formulación normativa es asignarle un significado, y entonces, la *interpretación* puede entenderse como el paso de una *formulación normativa* a una *norma*. En ese punto del desarrollo el autor afirma que este proceso no siempre es exitoso pues existen formulaciones normativas ambiguas, en cuyo caso no es posible establecer significado definitivo. por ello, en tales supuestos no se tiene una norma, sino diferentes normas posibles, sin un criterio objetivo que guíe la decisión. Esta última recae o en el legislador, o comúnmente, en el juez, y en ese escenario

⁶³Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U. S. 837 (1984).

⁶⁴ Ver al respecto la Opinión disidente del Juez Alito J. en el caso PEREIRA v. SESSIONS, 585 U. S. ____ (2018), en donde sostuvo que "Once the errors and false leads are stripped away, the most that remains of the Court's argument is a textually permissible interpretation consistent with the Court's view of "common sense." That is not enough to show that the Government's contrary interpretation is unreasonable. Choosing between these competing interpretations might have been difficult in the first instance. But under Chevron, that choice was not ours to make. Under Chevron, this Court was obliged to defer to the Government's interpretation. In recent years, several Members of this Court have questioned Chevron's foundations. See, e.g., ante, at 2–3 (KENNEDY, J., concurring); Michigan v. EPA, 576 U. S. ___, ___–___ (2015) (THOMAS, J., concurring) (slip op., at 1–5); Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F. 3d 1142, 1149 (CA10 2016) (Gorsuch, J., concurring). But unless the Court has overruled Chevron in a secret decision that has somehow escaped my attention, it remains good law".

⁶⁵BULYGIN, Eugenio, "The Objectivity of the Law (2004)", publicado en "Essays in Legal Philosophy", Oxford University Press, 2015, p. 306

solo luego de esa decisión podemos conocer qué norma es expresada por determinada formulación normativa.

Este autor⁶⁶ también realiza una crítica de la postura de la "Escuela Escéptica de Génova⁶⁷", cuya principal tesis sería la afirmación de que, al no existir verdaderos significados, la interpretación es siempre indeterminada y el derecho [o la ley] nunca es *objetivo/a*. En cambio, él afirma que no todas las formulaciones normativas pueden ser ambiguas, dado que de ser así no habría normas. Por tanto, entiende que si no hubiera formulaciones normativas unívocas, solo tendríamos una pluralidad de posibles normas, pero no una norma real. Concluye que este no es un problema normativo o legal, sino lingüístico: Una característica esencial del lenguaje es que al menos algunas de sus expresiones deben ser unívocas. De no cumplir con esta condición es inútil como herramienta para la comunicación.

En otro sentido, Guastini sostuvo que en el ámbito jurídico, "interpretación" denota, al menos, dos actividades distintas: (a) interpretación "cognitiva", que consiste en el análisis de un texto con el objetivo de aclarar sus posibles significados (plausibles), (b) interpretación "decisoria" que consiste en atribuir a un texto un determinado significado (rechazando los demás). Y en ese sentido, detalla que el *realismo interpretativo* es "...una teoría escéptica sobre la interpretación decisoria. El mismo sostiene que la atribución de significado a los textos normativos no es una actividad cognitiva sino volitiva⁶⁸".

Continúa expresando que los textos de derecho padecen de dos formas de indeterminación, puesto que por un lado frecuentemente son ambiguos, admitiendo diferentes interpretaciones "en abstracto" (u orientadas a los textos) esto es, cual es la norma (si N1, N2 etc.) que expresa determinado enunciado; y "en concreto" (orientadas a los hechos) es decir si determinado caso entra o no en el ámbito de aplicación. "... parece obvio que los enunciados interpretativos – en abstracto ("El enunciado normativo E expresa la norma N1") y en concreto ("El caso C recae en el ámbito de aplicación de la norma N1") – no tienen carácter descriptivo (o cognitivo) sino adscriptivo. Tal como las definiciones

⁶⁶BULYGIN, Eugenio, "The Objectivity of..." Op cit. P 306

⁶⁷Señala que sus principales exponentes de esta escuela a Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Tecla Mazzarese y Pierluigi Chiassoni. Respecto a esta escuela, puede verse, entre otros: **Barberis, Mauro**; "Genoa's Realism: A Guide for the Perplexed", Revista brasilera de filosofía 240: p. 13-25, año 2013; y **FERRER BELTRAN, Jordi y RATTI, Giovanni B.** "El realismo jurídico genovés" Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2011.

⁶⁸Guastini, Riccardo: "Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico" Revus [Online], 27 | 2015, URL : <http://journals.openedition.org/revus/3463> ; DOI : 10.4000/revus.3463

estipulativas, los mismos no son descripciones de un único significado preexistente, sino decisiones acerca de los significados en competición. En consecuencia, los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad⁶⁹".

En este orden de ideas, Guastini también ha precisado que, pese a que el vocablo "norma" es ambiguo, pues es utilizado tanto para referirse a los enunciados lingüísticos que se encuentran en el discurso de las fuentes, también es empleado para denotar el contenido de significado de tales enunciados; y a veces a ambos en forma indistinta. No obstante lo cual, siguiendo una convención lingüística ampliamente aceptada, el autor entiende que podemos llamar "*... 'disposiciones' a los enunciados del discurso de las fuentes y reservar el nombre de 'normas' en sentido estricto a su contenido de sentido, tal y como resulta de la interpretación*". De tal forma, sostiene que una concepción del ordenamiento [jurídico] como "conjunto de normas" puede referirse a) a un conjunto de "textos normativos" (leyes, constituciones, etc.) b) y en el segundo caso, un ordenamiento jurídico se presenta como un conjunto de significados, de contenidos normativos. Solo que tales significados son variables dependientes de la interpretación, dado que según afirma, ninguna disposición tiene un significado determinado si no es después de la interpretación. Por tanto, el contenido normativo del ordenamiento resulta un tanto "inaprensible" "*desde el momento en que toda disposición es susceptible de interpretaciones: (a) de un lado, sincrónicamente distintas y en conflicto; (b) de otro lado, diacrónicamente mutables (...) el ordenamiento está destinado a cambiar cuando cambia la interpretación dominante o consolidada sin que cambien las llamadas fuentes del Derecho⁷⁰*".

Es dable resaltar que las decisiones interpretativas de los operadores jurídicos (juristas, abogados, y jueces) "*...están condicionadas, evidentemente, por sus intereses prácticos (políticos, económicos, profesionales, etc.), sus ideas de justicia y por último, aunque no por ello menos importante, por las elaboradas construcciones conceptuales de la dogmática jurídica⁷¹*". En esa línea, Chiassoni⁷² ha postulado que la Interpretación textual

⁶⁹**Guastini, Riccardo:** "*Un enfoque realista acerca...*" Op cit.

⁷⁰**GUASTINI, Riccardo** "*Proyecto Para La Voz "Ordenamiento Jurídico"*" DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 27 (2004) ISSN: 0214-8676 p. 248/249.

⁷¹**GUASTINI, Riccardo:** "*Un enfoque realista...*" op. cit.

⁷²**CHIASSONI Pierluigi,** « *Legal interpretation without truth* », Revus [Online], 29 | 2016, Online desde el 04 Noviembre de 2018, consultado el 16 de noviembre de 2018. URL : <http://revus.revues.org/3615> ; DOI : 10.4000/revus.3615

de las disposiciones legales, no es apta para alcanzar una *verdad empírica*. Ello por cuanto [entre otras razones] es una actividad de toma de decisiones, orientada a la práctica, cargada de valores, que cuenta con un compromiso ideológico. De esa forma, entiende que cuando los jueces dicen, por ejemplo, que la disposición legal LPi significa N1 en cuanto a la regulación del caso Ci, ninguno de ellos simplemente *detecta* que a LPi se le ha dado tal significado, ni se trata simplemente de conjeturas de que LPi puede tener tal significado. Más bien, establecen (seleccionan, adoptan, defienden) *ese significado* como el significado *legalmente correcto* de LPi con el propósito de decidir el caso Ci.

Nos persuade la postura de estos dos últimos autores citados, y desde tal perspectiva es que entendemos que, en este caso la CSJN, debe desplegar su actividad jurisdiccional y también su rol político, como uno de los tres poderes que componen el estado. Ahora bien, si esto es así, entonces aún resta responder ¿Cómo es posible evaluar el acierto de las decisiones de la Corte desde el punto de vista del significado normativo que le atribuyó a determinada disposición legislativa?. Es decir, ¿qué criterios serían válidos a tomar en cuenta para establecer el alcance de determinada norma, entre los diversos significados posibles, y en un caso concreto sometido a decisión⁷³?

En primer lugar es útil resaltar que en la interpretación del derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del *a quo* sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto (Fallos: 308:1076 y sus citas entre muchos otros). En igual línea, tiene una doctrina según la cual la misión del juez es aplicar el derecho objetivo con independencia del planteo de las partes, máxime si se trata de obligaciones tributarias, cuya naturaleza es de derecho público no disponible (Fallos: 292:398).

⁷³ Sobre este tema también es conducente citar lo dicho por Kelsen: "en todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que estas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles. Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar" (KELSEN, Hans: "Teoría pura del derecho", 4ª ed. 4ª reimp – Buenos Aires: Eudeba 2005. p. 131)

En este estadio del desarrollo, es preciso citar el artículo 2 del CCyC que establece: *"Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento"*. Ahora bien, su lectura poca ayuda nos brinda al momento de identificar que mecanismo ha de seguirse en la interpretación de una ley, puesto que si bien nos otorga un "listado" de las herramientas que pueden utilizar los operadores jurídicos para poder llevar a cabo esta tarea, nada dice acerca del *cómo* han de ser empleadas.

Una precondition necesaria, pero no suficiente, es una adecuada motivación de la sentencia, en donde quede explicitado el razonamiento y los fundamentos que sopesó el decisor al momento de resolver. No contamos aquí con espacio para ulteriores precisiones, solo recordar que –como resulta por demás conocido– esto constituye un deber de los jueces y un derecho de los justiciables, a obtener una sentencia debidamente motivada⁷⁴.

Al respecto, Kristan señala que no es necesario ser jurista para notar que un mismo texto suele interpretarse de distintas maneras y, al menos, parcialmente incompatibles; y encuentra en la búsqueda de por qué esto es así un punto de conexión entre la teoría del derecho con la teoría literaria. Al respecto cita investigaciones literarias que ofrecieron una manera de aumentar el potencial interpretativo del texto, es decir, la búsqueda de *un libro que sea varios libros*, como por caso diversos cuentos de la obra del maestro Borges, "Rayuela" de Cortázar, y el "Diccionario jázaro" de Milorad Pavić. En el cuento de Borges "EL jardín de los senderos que se bifurcan" reseña que este autor *"(...) inventó un libro chino extraordinario que ofrecía al lector una pluralidad de posibilidades inherentes a cada acontecimiento y acción que el libro mencionaba. En la narrativa ordinaria, cada vez que un personaje se encuentra frente a varias alternativas, él mismo opta por una, dejando las demás necesariamente no realizadas. En ese libro (...) en cambio, el personaje principal recorre todas sus alternativas a su vez"*⁷⁵.

⁷⁴A modo de ejemplo: artículo 3 del CCyC *"Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada"*. Para profundizar sobre este tópico, ver TARUFFO, Michele, *"La motivación de la sentencia civil"*, Editorial Trotta, Madrid 2011.

⁷⁵ KRISTAN, Andrej; *"Derecho y otros Enigmas"*, Marcial Pons, Madrid, 2017; p 14.

Por tanto, utilizando respuestas de la teoría literaria que se encuentran bajo el rótulo de <hipertexto> el autor citado ofrece una redefinición explicativa de la relación entre el autor y el intérprete de las fuentes del derecho [entre estos último podríamos situar, por supuesto, a los Jueces] sosteniendo que “[c]omo tipo de texto, las fuentes del derecho forman parte de la categoría de los hipertextos. Los hipertextos son producto de la escritura no secuencial. Sus componentes son básicamente de dos tipos: los elementos textuales y los vínculos o nodos que por medio de referencias cruzadas o –hay que añadir– enlaces asociativos unen un elemento textual con otros. Dicha estructura no impone al usuario del hipertexto una determinada extensión y un determinado orden de lectura, como lo hace, en cambio, un producto de escritura secuencial. Por ende, el usuario del hipertexto se ve obligado a combinar los elementos textuales de alguna entidad siguiendo los criterios de su propio albedrío, lo que hace de él un colaborador (pro)activo en la construcción de sentido de dicha entidad. Los hipertextos, entonces, no dan lugar a la clásica relación entre el autor y el lector. La función del autor está compartida y ejercitada por varias personas: los productores –o sea, los escritores– del hipertexto por un lado y los usuarios del hipertexto por el otro. Este dato –que forma parte de la teoría literaria desde hace unas décadas y que sirvió a algunos grandes escritores, como Julio CORTÁZAR o Milorad Pavić– entra en el ámbito de la teoría del derecho con la invitación de cambiar el viejo paradigma en el cual suele identificarse como autor del derecho solo al legislador, o sea, el escritor de las fuentes del derecho⁷⁶”.

Siguiendo con este autor, vale recordar que, a su vez, las leyes contienen enunciados de distinta naturaleza, como por ejemplo los siguientes:

- (1) Según el derecho, el teléfono móvil actualmente le pertenece a usted.
- (2) Los demás no deben interferir en su posesión del teléfono
- (3) Llevarse el teléfono en cuestión sin su consentimiento está prohibido
- (4) La norma N es válida
- (5) La disposición D expresa la norma N_1 , y no las normas N_2 o N_3 .

Según KRISTAN estos tipos de enunciados son objeto de amplias discusiones entre los teóricos del derecho: (1) es conocido como un enunciado calificativo; (2) es un enunciado de deber; (3) es un enunciado deóntico; (4) un enunciado de validez; y (5) un

⁷⁶ KRISTAN, Andrej; “Derecho y”, op cit.; p 19.

enunciado interpretativo. Todos enunciados de *lege data*, es decir, acerca del derecho existente⁷⁷.

Las reflexiones que anteceden, sin pretensión de exhaustividad, dejan reflejadas algunas de las diversas complejidades que se presentan en la actividad de interpretar una disposición legislativa y las selecciones que realizan los operadores jurídicos – especialmente los jueces y juezas- al tiempo de resolver una controversia.

Entonces, para tal faena es útil tener en cuenta las *directivas interpretativas*, las cuales pueden dividirse, conforme Chiassoni, en primarias (DP), secundarias y axiomáticas⁷⁸.

Al respecto, este autor resalta que se valen los intérpretes de las DP tanto para *atribuir* un significado –correcto- a las disposiciones como así también para *motivar* la atribución de [determinado] significado a disposiciones, en forma heurística *ex ante* y justificativa *ex post*, de las directivas. Asimismo, afirma que hay –al menos- 20 tipos diferentes de directivas primarias, y a una de las conclusiones que arriba luego de su enunciación –la cual, aclara, no es exhaustiva- es que lo que comúnmente se denomina como la “interpretación literal” “interpretación teleológica” “la interpretación intencional” , en realidad, existen diversas formas o fisonomías de ellas. Estas 20 directivas primarias las clasifica en distintos grupos, a saber:

- a) Directivas primarias de ***interpretación lingüística***. Aquellas que reenvían a los intérpretes a recursos y competencias lexicales, de orden general, o bien específicamente jurídicas.
- b) Directivas primarias de ***interpretación psicológica subjetiva***: reenvía a los intérpretes a recursos de orden psicológico, o pseudo psicológico, en las variantes histórica y contrafáctica.
- c) Directivas primarias de ***interpretación autoritativa***, reenvían los intérpretes a recursos constituidos, directamente o indirectamente, por las opiniones de *jurisperitos autorizados*.
- d) Directivas primarias de ***interpretación teleológica***, que reenvían los intérpretes a recursos constituidos por las consideraciones relacionadas con los fines de las leyes.

⁷⁷ KRISTAN, Andrej; “Derecho y”, op cit.; p. 40/41.

⁷⁸ CHIASSONI, Pierluigi, “*Ensayos de Metajurisprudencia Analítica*”, Ediciones Olejnik, 1ª edición, 2017, pags. 25 y sigs.

- e) Directivas primarias de *interpretación axiológica*, que según parámetros heterónomos, reenvían a los intérpretes a recursos constituidos por a) la naturaleza de las cosas, entendida como un "valor moral" o "prudencial" y b) principios y valores *extrajurídicos* de cualquier moral "ideal" o "crítica".

En cuanto a las directivas secundarias, encontramos:

- a) Directivas selectivas: a) monista: prescribe a los intérpretes usar solo una cierta DP en la interpretación; b) pluralista: solo un cierto conjunto de dos o más DP; c) holista: prescribe la utilización de todas las DP propias de determinada cultura jurídica.
- b) Directivas procedimentales: ordenan la modalidad en la cual las DP han de ser utilizadas, en el marco de un sistema jurídico que adscriba a la postura *holista*. Se dividen en preferenciales y no preferenciales. Entiendo que un ejemplo de ello puede encontrarse en la causa "Sosa"⁷⁹, en la cual la Corte revocó una sentencia que no dio

⁷⁹ La causa "Sosa" llegó a conocimiento de la Corte a través del recurso extraordinario interpuesto por la ANSES ante el fallo de la Sala 11 de la Cámara Federal de la Seguridad Social el cual fue denegado, lo que originó que presentara el correspondiente recurso de queja. La sentencia recurrida, por mayoría, había revocado el dictamen de la Comisión Médica Central y declaró que se encontraba acreditada la incapacidad con jerarquía invalidante exigida por la ley 24.241 del actor. Para decidir en tal sentido, la Cámara consideró que a pesar de que el porcentaje de invalidez determinado por el Cuerpo Médico Forense (41,62%) impedía al damnificado obtener la prestación solicitada, se imponía un criterio amplio en la valoración de los hechos; que la normativa vigente no descartaba la posibilidad de que incapacidades de menor grado fuesen en algún caso relevantes para declarar la invalidez total en los términos de la ley previsional. Ello porque la incapacidad total debía valorarse con relación a la aptitud profesional de cada persona, teniendo, en cuenta que en materia de previsión o seguridad social era esencial cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad.

A su turno la Corte, por mayoría, declaró procedente el recurso de queja y admisible el recurso extraordinario, revocando la sentencia apelada. Para así resolver, y en lo que aquí interesa puntualizar, el Tribunal consideró que debía otorgarse preferencia a la directiva interpretativa lingüística por sobre la teleológica, esto es, recurrir a las disposiciones literales de la ley del caso, la cual a su entender no presentaba obscuridad ni ambigüedad. Así, entendió que: "5°) *Que cabe recordar que, como primera regla de interpretación, corresponde atenderse al texto de las disposiciones aplicables, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella (Fallos: 312:2078; 321:1434; 326:4515), pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (Fallos: 307:928; 308:1873; 315:1256; 330:2286). El análisis literal o gramatical de las disposiciones citadas demuestra, a la vez, que dichas normas no padecen de una obscuridad o ambigüedad tales que impliquen un especial esfuerzo interpretativo o exijan acudir a otros métodos hermenéuticos. La sentencia de la cámara ha omitido efectuar esa primera versión para pasar directamente a establecer una exégesis teleológica que no resulta acorde con la expresa disposición legal y que, en rigor, la desvirtúa y la vuelve inoperante, además de que directamente prescinde del decreto que reglamenta la cláusula legal controvertida. (...) 8°) Que el tribunal de alzada no solo dejó de lado la aplicación de una norma que establece una pauta específica en lo que respecta al grado de incapacidad que debe presentarse para ser considerada total, sin declarar su invalidez constitucional, sino que además, apoyándose en pautas de excesiva latitud que redundan en menoscabo de la adecuada fundamentación exigible a los fallos judiciales, consideró acreditada la incapacidad exigida por el artículo en cuestión con sustento en dos criterios (la edad y el nivel de educación) que, por constituir factores complementarios a evaluar, ya habían sido considerados por ambas comisiones médicas y por el Cuerpo Médico Forense al fijar una incapacidad inferior al 66% exigido por la ley. 9°) Que esta Corte Suprema ha señalado que aun cuando es plausible la intención de mitigar el rigorismo de la ley en materia de previsión social cuando lo consienta una razonable interpretación del derecho aplicable, no cabe decir lo mismo cuando tal propósito solo puede cumplirse al precio del apartamiento de la norma en debate (conf. Fallos: 312:1278; 316:814 y 321:2663). 10) Que, por último, cabe señalar que la presente causa pretende aportar un criterio*

preferencia a una interpretación literal de la ley, soslayando sus disposiciones, y recurrió en forma "directa" a una hermenéutica teleológica, por entender –entre otras razones- que ley aplicable no presentaba dificultades interpretativas que justificaran recurrir a esta última directiva interpretativa.

Sentado lo anterior, cabe entonces precisar qué papel desempeñan las **Directivas axiomáticas**: entiende el autor citado en este acápite que para la determinación del contenido de las decisiones interpretativas, no sería suficiente limitarse solo a las directivas primarias y secundarias, sino que haría falta considerar un tercer conjunto de factores que reflejen posturas axiológicas fundamentales de los intérpretes. Estos factores se pueden configurar como un conjunto de "valoraciones" y "directivas" entre las cuales se encuentran las "directivas axiomáticas". Estas últimas constituyen el precepto último, o "axioma" del código hermenéutico adoptado por el intérprete, y puede formularse como una regla final que prescribe cual objetivo, o conjunto de ellos, debe intentar ser alcanzado mediante la interpretación de las disposiciones.

4.3.1. **Causa "Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados", sentencia del 8 de mayo del 2018.**

En la causa "Apaza León" se discutió uno de los aspectos que prevé la Ley de Migraciones N° 25871, cual es los motivos de impedimento de ingreso y permanencia de previstos en el artículo 29 de esa disposición legislativa, más precisamente el inciso c

razonable de interpretación para la solución de futuros casos sustancialmente análogos. En tal sentido, de las consideraciones efectuadas se desprende que los factores establecidos por las normas previsionales aplicables deben evaluarse para la generalidad de los casos bajo un juicio objetivo a los efectos de determinar el carácter de la incapacidad que presenta el solicitante del beneficio de jubilación por invalidez" ("Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Sosa, Raúl c/ ANSeS s/ retiro por invalidez Artículo 49 P4 ley 24.241)", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 26 de diciembre de 2017 –la negrita no pertenece al original-). En relación a lo dicho por la Corte en esta ocasión, hallo oportuno citar la postura de Papayannis respecto al deber de "neutralidad" que deben tener los jueces y juezas en su función, cuando afirmó que "The vision of neutrality which I think fits best with independence and impartiality – as values and duties – is that of the non-evaluative adjudicator. In this sense, arbitrators or judges are neutral if and only if, they commit themselves to ground their reasoning on the valid rules of the legal system applicable to the case at hand and to justify their decisions on this basis only. This is not to defend a formalist model, as perhaps Atienza might think, or to promote the idea of an arbitrator who adheres personally to positive law. In the conception of neutrality I defend, the arbitrator may be in complete disagreement with the contents he identifies as legal. However, neutrality, precisely, consists of reasoning with the values that are provided by law and not with one's own. A neutral judge is one who agrees to analyse any matter that is subjected to her consideration from the legal point of view." (PAPAYANNIS Diego M., "Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication", Revus [Online], 28 | 2016, Online since 10 June 2018, connection on 01 February 2017. URL : <http://revus.revues.org/3546> ; DOI : 10.4000/revus.3546)

(texto anterior a la reforma establecida por el DNU 70/17). Este último establecía: "ARTICULO 29. — Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: (...) c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más;(…)".

Conforme lo previsto en ese marco normativo, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) procedió a expulsar a un extranjero de nacionalidad peruana que contaba con una condena de 1 año y seis meses de prisión en suspenso por tentativa de robo en poblado y en banda. Ante tal decisión, presentó recurso judicial que fue receptado favorablemente en primera instancia, sentencia que luego fuera revocada por la Cámara Federal del fuero.

Para así decidir, el Tribunal de alzada realizó una hermenéutica *literal* de la disposición legislativa, en tanto entendió que el uso de la partícula "o" en la redacción del inciso c del artículo 29 de la ley 25.871, que establecía como impedimento para permanecer en el país haber sido condenado o tener antecedentes por ciertos delitos - entre los cuales estaban aquellos que merecieran para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres años o más-, operaba como disyunción. Por lo tanto, debía entenderse que la norma consagraba dos causales diferentes de impedimento para la permanencia en el país: a) que el migrante tuviera alguna condena penal, cualquiera fuera el delito o el monto de la pena; y b) que el migrante tuviera antecedentes por la comisión de ciertos delitos, entre ellos los que merecieran penas privativas de la libertad de tres años o más. Por esas razones es que entendió que la DNM se había limitado a considerar que en el caso del señor Apaza León concurría el primero de los supuestos objetivos previstos en la norma como causa impeditiva para permanecer en el país, esto es, había sido condenado penalmente con anterioridad.

La Corte, a su turno, revocó la sentencia de la Cámara y entendió que la situación del Señor Apaza León no se subsumía en esa norma [y en consecuencia, no correspondía la expulsión ordenada por la DNM]. Para arribar a tal conclusión, el Cítero Tribunal efectuó una interpretación *sistémica* de esa norma en conjunto con el resto de las causales de impedimento establecidas en el artículo 29, y de esa forma consideró que el uso de la

disyuntiva "o" en el texto del artículo 29 inciso c citado no evidenciaba que el legislador buscara que dicha disyunción operase como excluyente entre "antecedente" y "condena".

En ese sentido, desechó expresamente la inteligencia otorgada por la Cámara a la norma, al entender que otorgarle ese significado dejaría sin sentido a las previsiones de los incisos f, g Y h del mentado artículo 29. Todas ellas contemplan, como causales impeditivas, la condena impuesta al interesado por los delitos que allí se especifican, que son distintos de los aludidos en el inciso c, es decir, si no se tuviera en cuenta el quantum de la pena todos ellos quedarían subsumidos en esa regla general. En suma, la condena a la que alude este inciso debe ser de 3 años, o más, o por alguno de los delitos allí establecidos.

La Corte también consideró necesario precisar en el considerando séptimo de la sentencia que *"La interpretación que aquí se adopta armoniza la regla plasmada en el citado inciso c con las restantes causales que obstan al ingreso y permanencia de extranjeros en el país previstos en el mismo artículo de la ley 25.871. Y resulta consistente con la reiterada jurisprudencia de esta Corte según la cual el juez debe conciliar el alcance de las normas aplicables, dejándolas con valor y efecto, evitando darles un sentido que ponga en pugna las disposiciones destruyendo las unas por las otras (conf. Fallos: 310:195 y 1715; 312:1614; 321:793, entre otros)"*.

4.3.2. "MUIÑA", ley 27362 y "Rufino Batalla"⁸⁰

De suma trascendencia político e institucional son las causas que se comentarán en este apartado, las cuales versan sobre la posibilidad de aplicar el beneficio usualmente conocido como "2 x 1" a condenados por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar en Argentina. Entiendo necesario realizar algunas aclaraciones preliminares a modo de introducción al análisis de ambos casos. En primer lugar, que su estudio importa a las diversas disciplinas que informan al derecho, atento versar –entre otras cuestiones- sobre una aparente tensión entre las posibles afecciones a las garantías constitucionales del condenado –vgr. Aplicación de la ley penal más benigna-, y por el otro,

⁸⁰ Por cuestiones de espacio, la síntesis oficial de los antecedentes relevantes de ambas causas que aquí se sigue puede consultarse en el Centro de Información Judicial: a) Muiña: <https://www.cij.gov.ar/nota-25746-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--declar--aplicable-el-c-mputo-del-2x1-para-la-privi-n-en-un-caso-de-delitos-de-lesa-humanidad.html> ; b) Rufino Batalla <https://www.cij.gov.ar/nota-32689-PENAL---Inaplicabilidad-del-beneficio-del-2x1-para-los-delitos-de-lesa-humanidad.html>

los compromisos asumidos por el estado argentino en materia de investigación y condena de delitos de esta índole.

El impacto que ha generado el dictado de la sentencia por la CSJN en "Muiña" en el debate público ha sido tal –como a continuación veremos- que dio lugar a las más diversas opiniones sobre estos aspectos, incluso siendo reflejado ello en los considerandos de "Rufino Batalla" por el propio Tribunal⁸¹. De esta forma, dado que el interés doctrinario se ha centrado principalmente en estas cuestiones de lo decidido, teniendo asimismo los objetivos perseguidos en esta investigación, y en miras de generar un aporte al debate que sea en alguna medida menos redundante a lo ya dicho por otros autores antes que ahora, ceñiremos principalmente el examen al tema relacionado con la ley interpretativa sancionada en el ínterin de ambas sentencias.

a. "Muiña"⁸².

La CSJN, por mayoría (compuesta por los jueces Highton, Rosenkrantz y Rosatti), entendió que la ley 24.390 reduce el cómputo de la prisión (conocida como 2 x 1), que estuvo vigente entre los años 1994 y 2001 y en la actualidad se encuentra derogada, resolvió que era aplicable al caso llevado a su conocimiento, por tratarse de la ley más benigna⁸³. En su voto, que conforma con sus fundamentos la mayoría, el juez Rosatti expuso el dilema moral que plantea en el juzgador la aplicación de un criterio de benignidad a condenados por delitos de lesa humanidad, para concluir que este dilema debe ser resuelto con la estricta aplicación de la Constitución y las leyes. Afirmó que si el legislador no previó un régimen diferenciado que excluyera la aplicación de la ley penal

⁸¹ Considerando 8°

⁸² "Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 4 de mayo de 2017.

⁸³ Uno de los argumentos centrales para decidir en este sentido estuvo dado por el voto conjunto de los jueces Rosenkrantz y Highton que sostuvieron que la resolución de la Cámara se había apartado de las normas convencionales (artículos 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y constitucionales (artículo 18 de la Constitución Nacional), que resultaban conducentes para la debida solución del caso. Entendieron que el artículo 2 del Código Penal establece que el beneficio de la aplicación de la ley penal más benigna resulta extensivo a todos los delitos, sin realizar distinción alguna (enfaticaron también en que el artículo utiliza el adverbio "*siempre*" para determinar las circunstancias en las que el derecho a la aplicación de la ley penal más benigna debe concederse) y concluyeron que los tribunales no podían negar a algunos lo que debe otorgarse a todos. Esgrimieron argumentos de índole autoritativo, como la cita de precedentes (Arce) o convenciones internacionales que no diferencian por el tipo de delitos (Estatuto de Roma). -instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, tribunal permanente establecido para juzgar a los individuos responsables de los más graves delitos que afectan al mundo entero, tales como genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, cuya implementación se aprobó en nuestro país a través de la ley 26.200-, incorpora el principio de ley penal más benigna en su artículo 24.2 y que tribunales internacionales como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia encargados de juzgar violaciones a los derechos humanos han reconocido el carácter imperativo de la aplicación de dicho principio.

más benigna a los delitos de lesa humanidad no lo puede hacer ahora el juez, pues de otro modo éste se convertiría en aquel, violentándose el principio constitucional de división de poderes.

Los jueces Lorenzetti y Maqueda, en disidencia con la mayoría y con votos concurrentes, sostuvieron que no se dio ningún cambio en la valoración de los delitos de lesa humanidad. Por el contrario, indicaron que existe una consistencia en la definición, calificación y persecución de este tipo de delitos que se ha mantenido en diversos precedentes, no sólo de esta Corte Suprema, sino de todo el Poder Judicial.

b. Ley 27362⁸⁴.

Con motivo de la fuerte repercusión que generó en la sociedad la sentencia recaída en la causa "Muiña", incluyendo marchas con expresiones de repudio, el Congreso Nacional dictó en tiempo Express la ley 27362 aclarando el punto - una semana luego de dictado el fallo-. La ley dispone:

Artículo 1º — De conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional.

Art. 2º — El cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley.

⁸⁴ Entre las reflexiones que tuvo Gargarella en torno a esta ley, sostuvo que *"el diálogo constitucional refiere a una tarea que trasciende al Poder Judicial no implica decir, por lo demás, que dicha misión excluye al Poder Judicial. Por el contrario, parte del interés y de la justificación de esta "conversación extendida" sobre la Constitución, es que remite a una tarea que –como comprobamos en "Batalla"– se encuentra monitoreada por la justicia. Aludir a una conversación constitucional extendida, que involucra a toda la ciudadanía, no importa consagrar un sistema de "justicia popular" en donde (...) se pretende moldear al derecho "a la luz de la reacción social" que las leyes generen en "la calle" (...). Hablar de un diálogo extendido en el tiempo e inacabado, no implica tampoco negar la autoridad del derecho para decidir conflictos, sino reconocer que tenemos desacuerdos sobre cómo leer los principios básicos de la Constitución, frente a casos concretos. De allí que no pueda decirse de la ley del "2 x 1" que resultaba clara, o que representaba un caso fácil, ya que no incluía conceptos "dudosos o equívocos"."* (GARGARELLA, Roberto: "Sobre el valor de las leyes interpretativas", recuperado de <https://seminariogargarella.blogspot.com/2018/12/sobre-el-valor-de-las-leyes.html>)

Art. 3° — Lo dispuesto por los artículos anteriores es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— y será aplicable aún a las causas en trámite. (el resalte no pertenece al original)

Sentado ello, cabe precisar que conforme Tarello, comúnmente se denomina ley interpretativa a una ley que establece qué significado debe atribuirse a un enunciado de otra ley precedente y, a diferencia de las disposiciones sobre la interpretación en general, que se refieren al método y a los instrumentos interpretativos "(...)la ley interpretativa no prescribe un modo de proceder a la atribución de significado a enunciados legislativos en línea general, sino que prescribe un resultado interpretativo específico, concerniente a un determinado y circunscripto enunciado y a los enunciados de un determinado y circunscripto documento⁸⁵".

Así, siguiendo a este autor, -y tal como le ocurrió a la CSJN en "Rufino Batalla" como veremos a continuación- ante al dictado de este tipo de leyes al intérprete se le presentan las siguientes situaciones: a) frente a un documento legislativo que se conecta con otro documento legislativo antecedente, se debe plantear el problema acerca de si se trate de una ley interpretativa o bien de una ley que modifica, en todo o en parte, a la ley precedente; b) Luego de haber identificado una ley como interpretativa, se encontrará frente al problema de decidir cuánto de la ley interpretativa sea efectivamente tal y cuánto de ella, en cambio, exprese «normas nuevas» que modifiquen por tanto la disciplina jurídica precedente sin tener (o aspirar a tener) eficacia retroactiva; c) luego, determinará si es una interpretación propia o impropia; d) finalmente, deberá abocarse al problema de determinar si se trata de una ley sancionatoria no más favorable: si se trata de una ley sancionatoria no más favorable, la ley interpretativa es privada de efecto retroactivo⁸⁶.

C. "Rufino Batalla"⁸⁷.

⁸⁵ TARELLO, Giovanni, "La Interpretación de La Ley", Primera Edición, Lima, noviembre de 2013, Palestra Editores, ISBN: 978-612-4218-00-2, P. 227/228.

⁸⁶ TARELLO, Giovanni "la interpretación..." op citada, P. 251/255

⁸⁷ "Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 —último párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 10 párrafo —según ley 14.616—, inf. art. 144 ter 2° párrafo —según ley 14.616-, homicidio agravado con ensañamiento - alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146) — texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 4 de diciembre del 2018.

En Rufino Batalla, dictado con posterioridad a la ley citada, la Corte viró su doctrina sobre la cuestión legal, declarando la inaplicabilidad del beneficio del 2x1 en los casos en los que se juzgan delitos de lesa humanidad. La "nueva" mayoría estuvo conformada por Highton de Nolasco y Horacio Rosatti –quienes coincidieron en su voto- y por Maqueda y Lorenzetti quienes hicieron lo propio en un voto por separado. En disidencia votó Rosenkrantz,

Para los jueces Highton de Nolasco y Rosatti el debate sobre la aplicación del beneficio del '2x1' para los delitos de lesa humanidad necesitaba la sanción de una 'ley interpretativa' por parte del Congreso de la Nación. En opinión de Rosatti, registrada en su voto en la causa "Muiña" (Fallos 340:549, Considerando 11) esta carencia no podía ser suplida por el juez. Tal como se dijera más arriba, el Parlamento nacional se hizo cargo de este debate y aprobó en sesión especial, la ley 27362, disponiendo la inaplicabilidad del cómputo del '2x1' a los crímenes de mención. Afirmaron que la existencia de leyes interpretativas como la 27362, que establecen el significado que debe dársele a una ley sancionada con anterioridad (en el caso la ley 24390), ha sido pacíficamente reconocida por la Corte Suprema de Justicia (doctrina de Fallos 134:57; 187:352, 360; 267:297; 311:290 y 2073), a condición de que dicha norma pueda ser objeto de control judicial. Este control abarca tanto el análisis respecto de si la ley –más allá de la denominación que le asignen los legisladores- califica como 'interpretativa' (a este escrutinio los jueces lo llamaron "test de consistencia"), como así también el estudio respecto de si su contenido es razonable y no violenta ningún derecho fundamental (a este estudio los magistrados lo llamaron "test de razonabilidad").

En su voto, los ministros Maqueda y Lorenzetti sostuvieron que las cuestiones planteadas por la parte resultaban análogas a las que analizaron en sus respectivos votos en disidencia en el precedente "Muiña", donde se pronunciaron en contra de la aplicación del "2 x 1" respecto de los condenados por delitos de lesa humanidad. Por ello, en base a la coincidencia sustancial de los fundamentos desarrollados en dicha oportunidad, los cuales condensaron en este voto conjunto, rechazaron el pedido de la defensa oficial de Batalla de que se le aplicara el art. 7° de la ley 24.390 para que cada día que éste había pasado en prisión preventiva después de los dos primeros años se computara como dos de pena de prisión.

Resaltaron que existe una consistencia en la definición, enjuiciamiento y castigo de los delitos de lesa humanidad que se ha mantenido en diversos precedentes, no solo de esta Corte Suprema, sino de todo el Poder Judicial. Más aún, puede decirse, como se lo ha señalado en diversos pronunciamientos institucionales de esta Corte como cabeza del Poder Judicial, que se trata de una política de Estado, afirmada por los tres poderes, en diversas épocas, de modo que constituye parte del contrato social de los argentinos.

Asimismo consideraron que lo establecido en la ley 27.362 sancionada por el Congreso Nacional después del fallo "Muiña", coincide en cuanto a sus efectos con el alcance que en sus disidencias en dicha sentencia le asignaron al art. 7° de la ley 24.390 ("2 x 1"). En consecuencia, concluyeron que no resultaba necesario tratar el planteo del recurrente en el que solicitaba que no se aplicara la nueva ley, al tacharla de lesiva del principio de legalidad y de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna. Por todo ello, rechazaron las pretensiones de Batalla de que se le aplicara el "2 x 1", ratificando lo dicho en el fallo "Muiña" en cuanto a que dicho beneficio no se aplica a condenados por crímenes de lesa humanidad.

En su disidencia, Rosenkrantz consideró entre otras cuestiones que: 1) una ley interpretativa es aquella que se limita a despejar dudas sobre conceptos equívocos, oscuros o dudosos de la ley interpretada. En el caso, la ley supuestamente interpretada (es decir, la ley 24.390 del "2 x 1") no recurre a ningún concepto equívoco, oscuro o dudoso; 2) nunca hubo dudas sobre la aplicabilidad de la ley 24.390 a los delitos más graves y a quienes no habían estado detenidos durante su vigencia. En el debate parlamentario de la ley 24.390, sancionada en 1994, se puso de manifiesto que, excepto por los delitos expresamente excluidos, la ley era aplicable a todos por igual y en la causa "Véliz" (sentencia del 15 de junio de 2010) la propia Corte declaró la inconstitucionalidad de la exclusión de delitos de la aplicación de dicha ley; 3) Aun si la ley 27.362 fuera genuinamente interpretativa, no son admisibles en materia penal leyes interpretativas que empeoren la situación del imputado porque ello constituye una violación flagrante de una de las garantías centrales en la tradición del humanismo liberal: el principio de irretroactividad de la ley penal (artículo 18 de la Constitución Nacional). Dado que el principio de irretroactividad de la ley penal es uno de los principios fundamentales que hace posible una democracia constitucional y republicana como la nuestra y que dicho principio está violado por la ley 27.362, dicha ley, de acuerdo con Rosenkrantz, es

manifiestamente inconstitucional; 4) si bien la reacción social que motivó el dictado de la ley 27.362 expresa el legado del "Nunca más" y el objetivo social de no claudicar en la persecución de delitos de lesa humanidad, objetivo que comparte, no cualquier modo de poner en práctica ese compromiso es respetuoso de nuestra Constitución. Esta exige extender las garantías que consagra -como el principio de irretroactividad de la ley penal- a todos por igual y que apartarnos de sus mandatos "pone en peligro el mejor, pero a la vez el más frágil, arreglo institucional que se ha inventado para que gente que está en desacuerdo acerca de muchas cuestiones pueda aspirar a convivir"

4.4. Usos y costumbres.

Autores como Gordillo afirman que la costumbre surge como fuente de derecho "(...) cuando hay el convencimiento popular abonado por una práctica y un cumplimiento usual, de que una regla determinada de conducta humana es una norma jurídica. Pero la costumbre no puede ser admitida como fuente de derecho administrativo a menos que una ley expresamente la autorice, pues las constituciones prohíben generalmente que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (...) incluso en el derecho privado (así, el Código de Comercio; y en materia de patentes y marcas) la tendencia es que para que la costumbre adquiera relevancia jurídica es necesario que una norma legislativa la autorice o reconozca como tal⁸⁸"

En el derecho argentino encontramos diversas disposiciones legislativas que autorizan a los "usos" y las "costumbres" como fuentes del derecho, por caso:

1) Código aeronáutico:

ARTICULO 2º – Si una cuestión no estuviese prevista en este código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Las normas del libro 1 del Código Penal se aplicarán a las faltas y los delitos previstos en este código, en cuanto sean compatibles.

2) Ley de impuesto a las ganancias:

⁸⁸GORDILLO, Agustín: "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", Tomo 5, Primeras obras^{1ª} edición, Buenos Aires, FDA, 2012, IADA-V-12; disponible en https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf (fecha de consulta noviembre del 2018)

"DEDUCCIONES ESPECIALES DE LA TERCERA CATEGORIA. Art. 87 - De las ganancias de la tercera categoría y con las limitaciones de esta ley también se podrá deducir: (...)b) Los castigos y previsiones contra los malos créditos en cantidades justificables de acuerdo con los usos y costumbres del ramo. La DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA podrá establecer normas respecto de la forma de efectuar esos castigos"

3) Régimen de Contrataciones de Las Fuerzas Armadas. Ley 20.124 (Boletín Oficial, 6 de Febrero de 1973)

"ARTICULO 9.- Las contrataciones que se efectúen en el extranjero por las disposiciones de la presente Ley, serán reglamentadas por el Poder Ejecutivo Nacional para sus respectivas jurisdicciones considerando que los procedimientos de aplicación podrán adaptarse a los usos y costumbres del comercio Internacional".

4) Decreto Reglamentario 2501/2014 PODER EJECUTIVO NACIONAL (P.E.N.), 17-dic-2014⁸⁹ [de la ley

"Excepciones. ARTÍCULO 8º.- La excepción establecida en el inciso a) no será aplicable cuando bajo la forma o modalidad de una campaña de bien público, indirectamente, se publiciten, oferten, vendan o regalen bienes y servicios no solicitados. Respecto a lo previsto en el inciso d), se entenderá que las llamadas son realizadas en forma y horarios razonables si éstas se efectúan en días hábiles y de lunes a viernes de 9:00 a 21:00 horas o sábados de 9:00 a 13:00 horas, salvo que los usos y costumbres justifiquen una modificación de los horarios dispuestos, lo que deberá ser sometido a consideración de la Autoridad de Aplicación".

5) LEY N° 13.246. ARRENDAMIENTOS RURALES Y APARCERIAS

ARTICULO 41. — En los contratos a que se refiere la presente ley se aplicarán en el orden siguiente: a) Las disposiciones de la presente ley. b) Los convenios de las partes. c) Las normas del Código Civil, en especial las relativas a la locación. d) Los usos y costumbres locales. (Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 22.298 B.O. 9/10/1980)

4.4.1. "Ameriflight S.A. el Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 31 de octubre de 2017.

⁸⁹ Decreto reglamentario de la Ley 26.951 mediante la cual se crea el Registro Nacional "No Llame". Sancionada: Julio 2 de 2014, Promulgada: Julio 30 de 2014

En la causa en comentario estuvo en discusión si la demanda promovida por Ameriflight contra la Provincia de Santa Fe y el ente administrador del "Aeropuerto Internacional de Rosario", tendiente a obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados de las averías producidas a una aeronave de su propiedad por obstáculos que se encontraban indebidamente colocados en la pista de aterrizaje del referido aeropuerto, correspondía a la competencia originaria de la CSJN (conf. Art. 117 CN).

EL Tribunal, por mayoría y fallando en sentido disímil al dictamen de la Procuradora, entendió que la Causa no correspondía a su competencia originaria (prevista en los artículos 117 de la Constitución Nacional y 24, inciso 1º, del decreto-ley 1285/58). Con cita del precedente "Barreta" (Fallos: 329:759) y de la causa "Castelucci" (Fallos: 332: 1528), entre otras, a cuyos fundamentos y conclusiones remitió, la Corte consideró que en este caso no estaba frente a una causa de naturaleza civil que suscitara su competencia. Para así decidir, en prieta síntesis, entendió que la pretensión de la actora no se encontraba sustentada en el Código Aeronáutico, sino que se trataba de un reclamo por daños y perjuicios derivados del ejercicio del poder público provincial; y por otra parte, consideró que la demandada era un ente autárquico -ente administrador del "Aeropuerto Internacional de Rosario"- y por tanto, no podía ser identificado con el Estado Provincial, y en consecuencia, tampoco se daba el supuesto previsto en el art. 117 de la CN porque esa entidad autárquica no es aforada a la jurisdicción constitucional.

Disidencia:

En lo que aquí interesa resaltar, el Ministro Rosenkrantz entendió que la causa era de Competencia Originaria del Tribunal, tomando en cuenta al efecto la normativa que establece a los usos y costumbres como fuente para decidir la controversia: *"2º) A juicio de la Corte, como bien lo expone la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, esta causa corresponde a la competencia originaria del Tribunal (artículo 117 de la Constitución Nacional) porque la Provincia de Santa Fe es demandada por los daños causados en el marco de un transporte aéreo interprovincial, con lo cual la materia del pleito tiene un manifiesto contenido federal (doctrina de Fallos: 328:4090). En efecto, el artículo 27 del Código Aeronáutico -ley 17.285- establece que todo aeródromo debe ser habilitado por la autoridad aeronáutica y que dicha autoridad es quien fija el régimen y las condiciones de*

*funcionamiento, para lo cual debe ajustarse a las normas generales que determine el Poder Ejecutivo. Asimismo, el artículo 197, inciso 1º, del código citado declara materia de legislación nacional lo concerniente a la regulación del funcionamiento de aeródromos destinados a la navegación aérea internacional e interprovincial. Resulta aplicable, entonces, el artículo 198 del Código Aeronáutico que dispone que corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general . .3º) No obsta a esta conclusión el hecho de que la pretensión de la actora se hubiera también fundado en el artículo 1113 del Código civil puesto que el artículo 2º del Código Aeronáutico dispone que si una cuestión no estuviese prevista en dicho cuerpo normativo, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico, **los usos y costumbres de la actividad aérea** y, si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o los principios generales del derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Esto implica que el derecho común no es aplicable per se, lo que determina que en última instancia el derecho federal regulará el resultado de la controversia. Sumado a ello, la decisión de si la provincia como dueña de la cosa incumplió obligaciones que darían lugar a su responsabilidad estará determinada por la legislación aeronáutica, que como se expuso antes, tiene carácter federal."*

4.2.2. "Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 4 de septiembre del 2018.

En esta causa, el Colegio de Escribanos de la Provincia Bonaerense (en adelante, el Colegio) solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 14, inc.10 ;20 y 21, incs. b y c, de la ley 25.246, así como también de la resolución UIF10/2004- posteriormente sustituida por la resolución UIF21/2011-, en tanto obligan a los escribanos públicos a informar a la Unidad de Información Financiera (UIF) sobre toda operación sospechosa de lavado de activos o financiación del terrorismo.

La demandante entendía que las disposiciones impugnadas vulneran el principio de legalidad. Ello por considerar que no establecen pautas objetivas para determinar en qué casos una operación puede ser considerada "sospechosa" de encubrir lavado de activos o de financiar el terrorismo. De tal forma, entiende que esa incertidumbre coloca a los escribanos ante la posibilidad de ser sancionados con las penas fijadas en el arto 24 de la ley 25.246.

La Sala I de la Cámara Federal de La Plata revocó la sentencia que había hecho lugar a la demanda, y en consecuencia, desestimó esta última, motivo por el cual el Colegio interpuso recurso extraordinario Federal. La CSJN, por mayoría, rechazó el recurso interpuesto, convalidando la constitucionalidad de la norma atacada.

Para así decidir, la Corte precisó que la cuestión central a dirimir consistía en determinar la compatibilidad de las normas que imponen a los escribanos, bajo pena de multa, la obligación de informar a la Unidad de Información Financiera la existencia de "operaciones sospechosas" de lavado de activos o financiación del terrorismo (citadas más arriba), con el principio de legalidad consagrado en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

En primer lugar es útil señalar que el artículo 21 inciso b -tildado de inconstitucional por la actora-, establece que: "**ARTICULO 21.** — *Las personas señaladas en el artículo precedente quedarán sometidas a las siguientes obligaciones: (...) b. Informar cualquier hecho u operación sospechosa independientemente del monto de la misma. A los efectos de la presente ley se consideran operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada*" (énfasis agregado).

Sentado ello, la Corte recuerda en este caso que el art. 19 de la CN expresa una decisión de establecer delimitaciones precisas entre lo que se puede hacer, lo que se está obligado a hacer y lo que no se debe hacer para garantizar la convivencia y, consecuentemente, para no sufrir una sanción jurídica. El conocimiento de reglas preestablecidas genera un *clima de seguridad* en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor. No obstante, aclara en el considerando 8° que el conocimiento del derecho no es meramente especulativo, sino *eminente práctico*, lo cual no solo impone la obligación de publicitarlo de forma efectiva disminuyendo la brecha que se abre entre la ficción del conocimiento generalizado del derecho y la realidad de su desconocimiento, sino también

la de atender a las características concretas de sus destinatarios [en el caso, serían los escribanos].

De tal forma, el Máximo Tribunal expresó –con cita de fallos anteriores- que en el caso de materias que presenten contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo (Fallos: 246:345; 311:2453; 328:940). En efecto, la mera indeterminación en el tipo sancionatorio administrativo no implica violación del principio de legalidad penal ya que no comporta, en sí misma, la habilitación implícita al órgano sancionador para llenarlo con el contenido que le dicte su libre y cambiante arbitrio (Fallos: 329: 3617) el cual se encuentra constreñido por el principio de razonabilidad.

Consideró que dicho ámbito discrecional es razonable y compatible con los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que la norma sancionatoria resulte precisa y previsible, lo cual exige tener en cuenta tanto su ámbito de aplicación concreto como la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige.

4.5. Derecho foráneo

Invocar el derecho extranjero tanto por parte del legislador a la hora de debatir un proyecto de ley, como por parte de los Jueces para justificar sus decisiones, es una práctica que se ha vivenciado y sostenido a lo largo de la historia Argentina. Con especial énfasis puede mencionarse el derecho estadounidense, concorde con la influencia insoslayable que ha tenido en la sanción de la Constitución Nacional, y la interpretación de sus cláusulas en diversos antecedentes jurisprudenciales ⁹⁰.

⁹⁰ Ver por ejemplo lo dicho al respecto por Cassagne: "En efecto, como recuerda González Calderón en la disidencia del caso "Merck", cuando la Corte expresó que se aplicaba la jurisprudencia norteamericana "en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares", ello significa "que los constituyentes argentinos de 1853 no han copiado la Constitución de Estados Unidos de 1787 sino que la adoptaron en parte y a la vez se separaron de la misma en todo lo que creyeron necesario y conveniente, auscultando la voluntad y los intereses de la Nación". Pondera este autor que, años más tarde, la Corte dijese que "si bien es cierto que hemos adoptado un sistema de gobierno que encontramos funcionando, cuyos antecedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que nos hemos separado de aquél nuestras instituciones son originales y no tienen más precedente y jurisprudencia que los que se establezcan en nuestros propios tribunales". Continúa González Calderón diciendo que "ha sido resuelta, pues, por la Corte... la conocida polémica entre Sarmiento y Alberdi; de si la Constitución argentina es un calco de la norteamericana o si es enteramente original". En definitiva, la jurisprudencia y la doctrina estadounidenses sólo pueden servir de modelo en tanto se trate de las prescripciones y principios que hemos abrevado de la Constitución norteamericana, con la adaptación a nuestra realidad histórica. Pero en manera alguna esa influencia puede extenderse a las fórmulas constitucionales que implicaron soluciones distintas o no previstas en dicha fuente constitucional. Bidart Campos

Ello nos lleva a interrogarnos sobre el alcance de esta utilización del derecho foráneo en el ámbito nacional, es decir, si constituye solo un argumento de autoridad o autoritativo por quien lo esgrime en apoyo de su decisión, o si su alcance es tal que puede ser considerado una fuente de derecho, en un *sentido amplio*. Cabe precisar que esto se trataría de un problema dogmático de *iure condito* y no teórico. Desde un punto de vista teórico solo podría observarse si: a) el no-uso del derecho foráneo en justificar una decisión sea, o no sea, en sí mismo, considerado causa de invalidez de la sentencia, b) o bien si una decisión contraria al derecho foráneo sea, o no, por este solo aspecto, inválida. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

En relación a los factores de cambio legislativo, Graziadei⁹¹ habla de tres principales, 1) imposición –principalmente como causa de victorias militares-, 2) prestigio de determinado país y su sistema jurídico y 3) instituciones financieras internacionales –en primer lugar el Banco Mundial, o la Organización Mundial de Comercio- en este tercero la relación que se da es entre el performance económico y las instituciones legales. De conformidad a este autor, entonces, el término “trasplante” está basado en una metáfora que intenta reflejar la difusión del derecho, o la naturaleza del proceso que deriva en cambios legales debidos a la apropiación de ideas foráneas. También indica que usualmente se utiliza terminología alternativa del término como “circulación de *legal models*”, “transferencias” y “recepción” [este último, asimismo, empleado como sinónimo de los anteriores y especialmente de “global legal transfer”]. De igual forma, términos como “influencia” e “inspiración” como a su vez “cross fertilization” [fertilización cruzada] se emplean en forma genérica.

Para este autor, el renacimiento de la ley romana en la edad media y su difusión en la mayor parte de Europa continental y Escocia probablemente represente el caso más

ha sido muy claro al respecto al señalar que "nuestra Constitución no ha escapado al fenómeno que damos en calificar como imitación extraterritorial del derecho, ni a la influencia de fuentes extranjeras. Sería redundante reiterar ahora la incidencia innegable de la Constitución norteamericana. Lo que en cambio no resulta redundante es reafirmar la originalidad de nuestra Constitución en un triple sentido: 1) las instituciones que se han inspirado en fuentes extranjeras han recibido, no obstante, la necesaria adaptación a nuestro medio, o aun dando seguimiento a modelos extranjeros, han hallado razón histórica propia en nuestra comunidad; 2) otros contenidos son singularmente autóctonos o tradicionales, con respaldo en antecedentes propios, anteriores o posteriores a 1810; 3) la Constitución in totum contiene una fórmula política pensada y proyectada como solución empírica para nuestra comunidad, tal como lo proyectó y proclamó Alberdi" (CASSAGNE, Juan Carlos, “Las fuentes constitucionales y el Derecho Administrativo”, Publicado en: SJA 25/03/2009 • JA 2009-I , 1044, Cita Online: 0003/014331).

⁹¹GRAZIADEI Michele, 2006: “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, en The Oxford Handbook of Comparative Law, M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), Oxford University Press

conocido de difusión de un modelo legal en toda Europa. Una de las causales de ello fue que la educación en universidades tomaba el derecho Romano como sistema apropiado de estudio. Sin embargo, nunca prevaleció por completo en los sistemas del *civil law*, ejerciendo influencia, entre otros –además del derecho local- el derecho canónico, feudal. De otro costado, el Código Civil Francés, de 1804, fue un modelo ampliamente imitado a lo largo del mundo, entre ellos el *Código civile* italiano de 1942. Asimismo, han existido trasplantes fuera de la ley civil romana o del *common law*, constituyendo también un caso interesante la ley China fuera de ese país, especialmente en Japón antes de la era Meiji.

Por su parte, Teubner considera que es en cierta forma confusa la idea transmitida con el concepto de "trasplante" legal. Ello por cuanto, según entiende, mediante esa metáfora se postula la falsa idea que luego de una operación compleja – tal como una cirugía de trasplante- y del periodo de tiempo durante el cual el sistema legal recibe al instituto legal trasplantado para su adaptación, este último cumplirá el rol para el cual está destinado. Esta idea de trasplante refiere más a una situación mecánica cuando en verdad es un proceso complejo que debe ser implantado y cultivado para una correcta adaptación a este nuevo "ambiente". Por ello, emplea términos como "virus" para evidenciar que lo que en verdad produce esta implantación es una irritación [legal irritant] en el sistema jurídico que se introduce, con múltiples efectos que en muchos casos no pueden ser del todo previstos⁹².

En relación al tema, Taruffo habla de "circulación del derecho extranjero" y sostiene que "*[c]on referencia particular –mas no exclusiva- a la afirmación y a la tutela de los derechos fundamentales aquí merece señalarse un fenómeno que muestra analogía con el precedente, aunque en rigor no coincide con él. Se trata de la tendencia que va bajo el nombre de judicial globalization y consiste en la referencia a jueces nacionales, en particular, las cortes supremas, hacen a la jurisprudencia de otras cortes supremas o de cortes supranacionales. Aparte de un sobresalto chauvinista de la Corte Suprema de los Estados Unidos debido al juez Scalia (según el cual la Corte no tiene ninguna necesidad del derecho extranjero), se trata de un fenómeno que está conociendo una rápida expansión, en razón de la creciente globalización del derecho y de la difusión de la tendencia, que resulta evidente en la jurisprudencia de varias cortes nacionales y supranacionales, a hacer*

⁹² ver TEUBNER (1998) Legal Irritants: Goodfaith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, 61, Mod. L. Rev)

referencia al derecho de otros ordenamientos. Se verifica así una siempre más difundida <circulación del derecho>, que inviste sobre todo a la individuación y el reconocimiento de los derechos fundamentales, pero que se refiere más en general a los <principios> a los cuales se reconoce un contenido y una eficacia que trasciende los confines de cada ordenamiento nacional. No se trata de precedentes en sentido propio a causa de la diversidad de los ordenamientos a los cuales pertenecen las varias cortes que actúan la <circulación>, y ya que no hay entre ellas ningún vínculo de subordinación jerárquica. Se debería, por ende, hablar de <ejemplos> más que de precedentes. Permanece, no obstante, el hecho muy importante de que una corte suprema justifica una propia decisión haciendo referencia a los argumentos usados por una corte de otro ordenamiento: estos argumentos constituyen ejemplos a los cuales se reconoce una fuerte eficacia persuasiva, sea por el contenido y la cualidad de las decisiones que se citan, sea por la autoridad y el prestigio de las cortes que las han pronunciado. El fundamento de este fenómeno está evidentemente en el reconocimiento de la existencia de principios <comunes>, que por su generalidad pueden ser invocados como fundamentos de las decisiones judiciales, y en particular de las decisiones de las cortes supremas, sobre el presupuesto de que su validez trasciende los confines de los ordenamientos jurídicos nacionales. A través de esta circulación de principios y de argumentos se realiza en modo particularmente evidente la función proactiva de elaboración creativa del derecho: las cortes que se refieren a las decisiones de cortes extranjeras o –más en general- al derecho de otros ordenamientos, van – por así decirlo- fuera de los límites ínsitos en el propio ordenamiento, y el ejemplo extranjero es empleado precisamente con el fin de justificar una solución que aparece particularmente avanzada respecto del estado del derecho vigente en aquel ordenamiento particular⁹³".

En cuanto al punto, Vogenauer ha afirmado que existen, en términos generales, dos objetivos concebibles del derecho comparado. 1) Generar conocimiento comparativo como un fin *en sí mismo*, sin necesidad de otro tipo de justificación; 2) los estudios comparativos que son realizados como un medio para otro fin, para lo cual el derecho comparado posee diversas funciones. Algunas de estas están directamente relacionadas con la creación, aplicación e interpretación de la ley (por caso, puede ser una valiosa ayuda

⁹³TARUFFO, Michele "las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales", publicado en "La misión de los tribunales supremos", Taruffo Michele; Marinoni, LuizGuilherme y Mitidiero, Daniel (coords.) Editorial Marcial Pons, 2016, pags. 245 y 245 vta

en la redacción y en la interpretación de la legislación nacional y supranacional). También puede servir como una herramienta para los tribunales que crean y modifican la jurisprudencia. Por lo tanto, la persona que hace o aplica una disposición legal puede tener en cuenta las soluciones que otros sistemas legales proporcionan para un determinado problema, y por ello puede decirse que el derecho comparado es una "fuente de derecho" en un sentido más amplio⁹⁴.

Así, pese a que el rol que desempeña el derecho comparado sigue siendo un tema abierto y controvertido, se ha resaltado la importancia de intentar una clasificación en base a una tipología que trate de presentar un listado con los supuestos en los cuales los tribunales utilizan el derecho comparado: (1) Para brindar apoyo para una decisión o un resultado; (2) para los modelos normativos en derecho comparado donde el derecho nacional es indeterminado; (3) para revisar supuestos fácticos sobre las consecuencias de una norma; (4) para analizar las asunciones derivadas de la aplicabilidad universal de una norma en particular; (5) para invalidar la autoridad de la ley local; (6) para desarrollar principios de derecho interno; y (7) para resolver problemas de la aplicación del derecho europeo e internacional, incluida la legislación europea de derechos humanos⁹⁵[lo propio podría decirse, en el ámbito americano, refiriéndonos a los tratados de DD.HH].

El Ex Juez de la CSJN, Dr. Fayt, sostuvo respecto al punto que *"...Frente a los casos importantes, que tendrán carácter seminal (leading cases), la Corte [Argentina] busca sustento directo en la Constitución, en su espíritu y, con frecuencia, en la jurisprudencia de su modelo formal, la Constitución de los Estados Unidos, "para extraer de allí los criterios de justificación que necesita". De ahí el empeño de la Corte por preservar el carácter extraordinario del recurso previsto por el art. 14 de la ley 48, su naturaleza de tribunal federal supremo y la aplicación con criterio restrictivo de los recaudos legales para centrar su labor en aquellos casos en que la cuestión federal es substancial o de significativa importancia para la Nación*⁹⁶".

⁹⁴ Ver **VOGENAUER S**, 2006: "Sources of Law and Legal Method in Comparative Law", en The Oxford Handbook of Comparative Law, M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), Oxford University Press. P. 875/876

⁹⁵ **ANDENAS M., FAIRGRIEVE D.**, 2012: "Intentionmaking mischief: seven ways of using comparative law", en Methods of Comparative Law, MONATERI P.G. (ED), Elgar, Cheltenham-Northampton, pag. 50/51

⁹⁶ **FAYT, Carlos S.** "La Corte Suprema y la Evolución de su Jurisprudencia. Leading Cases y Holdings. Casos Trascendentes", 1º Ed.- Buenos Aires: La Ley, 2004, P. 88.

Pienso que un ejemplo de ello podría ser la causa "**Mango, Leonardo c/Traba, Ernesto**", CSJN, Sentencia del 26/8/1925 ; Fallos: 144:220, en donde se utilizaron argumentos de la Suprema Corte estadounidense para interpretar la normativa aplicable a un caso que la corte reputó análogo a aquel: "(...) *Que el derecho reconocido al recurrente por la sentencia de desalojo se relaciona con los bienes; es un derecho patrimonial y, por lo tanto,*

Además de la Corte estadounidense, usualmente citada a lo largo de su historia por nuestra Corte, como acertadamente indicó el el Dr. Fayth -quien fuera un destacado ministro de ese Tribunal- también se ha recurrido a la cita de sentencias de otros tribunales de cierre, como por ejemplo la Corte de Casación Francesa, al tiempo de analizar la eventual aplicación a un caso de la excepción de arraigo⁹⁷.

Es momento entonces de retomar la cuestión planteada en el segundo párrafo de este apartado, bajo los puntos a y b. Entiendo que la respuesta a ambos - respecto al empleo o no del derecho foráneo y su relación con la validez de una sentencia- deberían ser respondidos en forma negativa, puesto que -hasta donde tengo conocimiento- no se han dado tales supuestos de invalidación por parte del Máximo Tribunal en el periodo temporal estudiado. Pero a esto cabe efectuar una -importante -aclaración ulterior. Una vez "receptados" determinados institutos o interpretaciones sobre determinada cuestión legal, posteriores sentencias tanto de la Corte como de los Tribunales inferiores *deben* seguir la doctrina sentada en esa decisión—en principio, salvo que encuentren argumentos superadores-. Esto se verá con mayor precisión en el capítulo v, relacionado con el valor

una propiedad en el sentido constitucional. "La palabra propiedad, empleada en la Enmienda XIV, —'ha dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos— comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad'" (115 U.S. 620). En consecuencia, la decisión recurrida que por aplicación retroactiva de la ley a un caso ya juzgado suprime o altera el derecho patrimonial adquirido en virtud de aquel juzgamiento, atribuye a dicha ley una inteligencia incompatible con la inviolabilidad de la propiedad asegurada por el art. 17 de la Constitución(...) Que en las condiciones expresadas no es posible considerar razonable la restricción extraordinaria al derecho de usar y disponer de la propiedad que mantiene en vigor la ley 11.318 y que en su origen fue sancionada como una medida excepcional destinada a salvar una grave emergencia. Por consiguiente, la aplicación que de dicha ley se ha hecho en el caso "sub judice" resulta incompatible con las garantías consagradas en los arts. 14 y 28 de la Constitución. Así se ha pronunciado también, en condiciones análogas, la Suprema Corte de los Estados Unidos al declarar inconstitucional el mantenimiento de la ley de alquileres del distrito de Columbia, después de haber desaparecido la emergencia que determinó su sanción (sentencia de 21 de abril de 1924; 264 U.S. 543). En su mérito se revoca la sentencia apelada de fs. 19, aclarada a fs. 20 vta. A")

⁹⁷ Allí, la Corte sostuvo que la institución de la excepción de arraigo no debe estar sujeta a un rígido formalismo, dado que si bien pretende proteger al demandado de los riesgos y dificultades que puede hallar al pretender cobrar en el extranjero las eventuales costas judiciales que pudieran ser impuestas en su favor a cargo de la contraparte, su aplicación debe respetar un prudente equilibrio entre su fundamento racional y su carácter discriminatorio, y luego citó a la Corte Francesa en los siguientes términos: "*En este orden de ideas, un reciente fallo de la Corte de Casación francesa consideró que la imposición de una elevada caución a un litigante domiciliado en Francia que demandó por resarcimiento civil a una empresa domiciliada en Londres ante un tribunal inglés, impedía el posterior reconocimiento en Francia de la condena en costas impuesta al actor vencido, por violación del art. 6.1 de la Convención Europea sobre Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, incluso en el marco del simplificado procedimiento de la Convención de Bruselas (conf. Corte de Casación, Sala Civil 1a., 16 de marzo de 1999, asunto "Pordéa", Revue critique de droit international privé, t. 89 -2000-, pág. 223).*" (causa "'Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Plenkovich, Liliana Esther c/ Salvia, Mercedes y otros'", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 3 de abril del 2001, considerando 6°).

del precedente. No obstante, lo que sí interesa puntualizar aquí es que lo que podría ser motivo de invalidez de una sentencia, entonces, no es el hecho de la aplicación o no del derecho extranjero en si mismo, sino la observación de los lineamientos sentados por la corte respecto a un tópico en donde aquellos ya han sido receptados, y por tanto se convierten en la interpretación efectuada por el tribunal a la cuestión legal planteada (ej. sentencias que no sigan la doctrina sentada en "Halabi").

En este orden de ideas, al ser tenido en cuenta por jueces y juezas al momento de resolver una controversia judicial, el derecho extranjero si puede ser considerado un recurso interpretativo relevante en el uso del argumento comparativo o a partir del derecho extranjero, lo que constituye una variante o subtipo del *argumento autoritativo* o *ab-exemplo*⁹⁸ (de forma que si queremos hablar de "fuente" pareciera ser fuente de facto y argumentativa-persuasiva).

Es útil señalar que la Corte Suprema Argentina ha recurrido en numerosas ocasiones a la legislación y sentencias del derecho foráneo en la resolución de casos que han llegado a su conocimiento, y lo ha hecho persiguiendo distintos fines.

Veamos a continuación algunos de estos ejemplos:

⁹⁸ Es útil citar lo explicado respecto al punto por TARELLO: "*El argumento autoritativo (o, tradicionalmente, ab exemplo) es aquel por el cual a un enunciado normativo se atribuye el significado que le fue ya atribuido por alguien, y por este solo hecho. Se trata del argumento que invita a atenerse a precedentes aplicaciones-producto o interpretaciones-producto*⁶⁸, esto es, a la práctica aplicativa consistente en el resultado de la interpretación oficial o judicial, o bien a la interpretación de la doctrina. Naturalmente este argumento no tiene lugar en aquellos casos en que la adherencia al precedente es impuesta o en aquellos casos en que la opinión doctrinal es considerada fuente del derecho en sentido formal: dado que en estos supuestos la motivación en base al precedente o en base a la doctrina es de considerarse aplicación normativa de enunciados ya interpretados, de modo que la actividad interpretativa se remitirá a lo sumo a los enunciados que constituyen el precedente (interpretación del precedente) o a los enunciados de la doctrina (interpretación de los textos doctrinales), pero, nuevamente, el argumento autoritativo será inútil porque también el precedente interpretativo o la doctrina interpretativa habrán de considerarse fuentes. (...) **Un subtipo del argumento autoritativo puede ser considerado (cuando no se identifica con el argumento histórico) es el así llamado argumento «comparativo».** El argumento comparativo es aquel que sirve para acreditar la atribución a un enunciado legislativo del significado normativo que se asume constituya el **significado de enunciados normativos (o de otros documentos fuentes) de un diverso ordenamiento jurídico. Este diverso ordenamiento jurídico es asumido como «autoridad».** La fortuna del argumento comparativo está evidentemente condicionada por factores culturales y por factores socio-organizativos. Entre los factores culturales han de incluirse las relaciones culturales y de dependencia cultural intercurrentes entre los operadores respectivos de las dos áreas en cuestión, la difusión intercultural de la literatura jurídica, la propensión de los operadores jurídicos a adoptar instancias de uniformización de los derechos. Entre los factores socio-organizativos han de incluirse aquellos atinentes al (mismo o diverso) grado de desarrollo económico de los dos estados, aquellos atinentes a las respectivas tradiciones jurídicas, aquellos atinentes a las políticas del derecho de que los documentos normativos son expresión. Como es evidente, factores similares operan muy diversamente en distintos sectores de la organización jurídica; y es obvio que en sectores particulares — por ejemplo, la disciplina de los tráficos comerciales — el argumento comparativo sea un argumento más bien fuerte" (TARELLO, Giovanni, "La interpretación de la Ley", Palestra Editores, Lima -2013; p. 334,336, énfasis agregado)

4.1.1. **Control de constitucionalidad.** La influencia del célebre caso "Marbury vs. Madison" norteamericano en el derecho argentino es notoria⁹⁹, y la Corte así lo ha establecido en el antecedente "Sojo"¹⁰⁰ y posteriores. Por caso, ha tenido ocasión de manifestar "4º) *Que la determinación de la competencia es el primer control de constitucionalidad que esta Corte está llamada a ejercer en su instancia originaria. Reconocida fuente de tan delicada función la constituye el leading case "Marbury v. Madison" (1803) (U.S. Supreme Court Reports, ed. William Cranch, Washington, 1804), en el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica examinó con estrictez la legitimidad de una ley que ampliaba la competencia originaria del alto tribunal federal. En nuestro medio, en el caso "Sojo", esta Corte sentó las bases iniciales acerca de los límites que la letra del art. 117 impone al intérprete (Fallos: 32:120)*"¹⁰¹

4.1.2. **Acción de amparo.** El amparo, de origen pretoriano en Argentina, encontró su antecedente en las causas "Siri"¹⁰² -actos del estado- y posteriormente en "Kot"¹⁰³ -actos de particulares-. En este último caso el actor había interpuesto una acción de habeas corpus -dado que amparo no contaba con legislación que lo regule- y la Corte analizó este Instituto afirmando "*Con respecto a la protección de la libertad corporal, la interpretación amplia es la que surge del pertinente precepto de la ley suprema: "Nadie puede ser ... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente", dice el art. 18 con fórmula muy general, lo que significa establecer que, no tratándose de esa única hipótesis estricta, toda privación ilegítima de la libertad personal, sin distinción alguna acerca de quién emana, autoriza el amparo de la Constitución. Esta amplitud del hábeas corpus es la que corresponde a la tradición del recurso en el derecho angloamericano - fuente inmediata del nuestro, a través de la Carta de los Estados Unidos del Norte- y si bien ha sido indebidamente restringido por la mayoría de los códigos procesales - que han tomado por ratio lo que era sólo ocasio-, es la que corresponde a la letra y al espíritu de la Constitución...".*

⁹⁹ Ver **GARAY Alberto F.** "La enseñanza del caso "Marbury vs. Madison"", Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho año 7, número 13, 2009, ISSN 1667-4154, págs. 121-136

¹⁰⁰"Sojo Eduardo s/habeas corpus" – CSJN – 22/09/1887

¹⁰¹ causa "A.F.I.P. c/ Neuquén, Provincia del s/ ejecución fiscal", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 16 de abril del 2008.

¹⁰²"Siri, Angel, s/interpone recurso de hábeas corpus", sentencia del 27 de diciembre de 1957.

¹⁰³"Vistos los autos: "Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus", CSJN, 5 de setiembre de 1958.

4.1.3. **Difamación periodística. Doctrina de la "real malicia":** a raíz del precedente "Vago"¹⁰⁴ la CSJN adoptó expresamente el criterio seguido por su par estadounidense en la causa *New York Times C. v Sullivan* (376 U.S. 255; 1964) .

Allí la Corte sostuvo: "11) *La doctrina de la "real malicia", elaborada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, procura un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o la crónica. Su origen se encuentra en el fallo dictado por la Suprema Corte norteamericana en el caso *New York Times C. v Sullivan* (376 U.S. 255; 1964) y sus complementarios, los casos *Curtis v. Butts* (288 U.S. 130; 1967); *Resenbloom v. Matromedia* (403 U.S. 29;1971) y *Gertz v. Weich* (418 U.S. 323; 1974). Se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron "con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas". El punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional (...) 12) que la recepción de la doctrina (test) de la "real malicia" no significa ignorar las diferentes condiciones impuestas por la realidad del desarrollo de la libertad de expresión y derecho de prensa en los EE.UU. y en nuestro país. Tampoco que el nivel de vida, los indicadores políticos, económicos, sociales y culturales, entre otros, no son equivalentes, como no lo son "las normas, ni los hechos, ni las valoraciones que prevalecen en nuestro ambiente" (Bidegain, Carlos M. , "La Libertad de Expresión; Freedom of speech and press de los norteamericanos", L.L., t. 82, año 1956, pags. 917/952). Las opiniones de hombres como*

¹⁰⁴(Causa "Jorge Antonio Vago v. Ediciones de La Urraca S.A. y otros" Corte Suprema de Justicia de La Nación, sentencia del 19 de noviembre de 1991). **Antecedentes:** la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala "A") confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda que rechazó la primera instancia entablada por Jorge Antonio Vago contra "Ediciones La Urraca S.A." y otros por daños y perjuicios. El argumento central para decidir en ese sentido, estuvo dado por considerar al actor una "figura pública" y por lo tanto, que debía acreditar que los demandados habían publicado la información inexacta acerca de su persona a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia, requisito que a juicio de la Cámara no había sido acreditado por el actor. **Sentencia de la CSJN.** Frente a ello, el actor presentó recurso extraordinario que, habiendo sido denegado por el *a quo*, motivó la interposición de la pertinente queja ante el Máximo Tribunal quien, a su turno, rechazó –con base en la doctrina de la "real malicia"- el recurso, confirmando la sentencia.

Holmes, Brandeis, Cardozo, Stone, Rutledge, Murphy, Frankfurter Black, Douglas, Jackson y otros de pareja estatura intelectual y moral "tienen esencial apoyo en las condiciones peculiares de la vida que se vive allá y no pueden tomarse como expresiones de valor universal, aplicables a todas las sociedades y a todos los sistemas jurídicos". Pero una detenida reflexión sobre los sentimientos de amor a la libertad que tiene nuestro pueblo y la convicción de que a partir de 1983 se ha iniciado en el país la etapa de la consolidación de la república democrática, conduce a la adopción -no dogmática- de técnicas de protección al derecho de prensa, reconociendo a las informaciones sobre cuestiones institucionales la presunción de legitimidad de lo publicado y la inversión de la prueba".

Este criterio fue reiterado luego para decidir diversas causas sustancialmente análogas, entre ellas: a) causa "Recurso de hecho deducido por S.A. La Nación en la causa Patito, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros", CSJN, sentencia del 24 de junio de 2008¹⁰⁵; b) causa "Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios", CSJN, sentencia del 29 de agosto del 2017¹⁰⁶.

¹⁰⁵ **Antecedentes:** En la causa "Patito" los actores eran integrantes del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Nación (C.M.F.), y demandaron al diario La Nación y a un periodista, con el objeto de que se los condenara a resarcir los daños que les habrían provocado diversas notas periodísticas. Alegaron que los demandados, mediante las noticias, sus títulos y subtítulos y el editorial, cuestionaron su desempeño de los profesionales como integrantes del referido C.M.F., con especial referencia a dos causas penales relacionadas con el fallecimiento de una señora y su hijo por nacer en la maternidad Sardá. Por ello entendieron que el diario y el periodista afectaron los derechos constitucionales a la intimidad y al honor, en tanto las publicaciones fueron inexactas, formaron parte de una campaña persecutoria y difamatoria contra ellos y, en lugar de informar, tomaron una abierta posición sobre el tema, con la intención de despertar en el público sospechas sobre su actuación profesional. la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda promovida contra el diario La Nación y la rechazó en cuanto fue dirigida contra el periodista. **Decisión de la corte:** Contra ese pronunciamiento, el diario condenado interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar al recurso de queja que finalmente decidió la Corte en forma favorable al recurrente. Ello por cuanto razonó que del texto examinado del editorial publicado el 19 de octubre de 1998, no es apto para generar la responsabilidad del diario demandado. En consecuencia, decidió que la sentencia atacada que responsabilizó al referido diario, constituía una restricción indebida a la libertad de expresión, y que por lo tanto debía ser revocada y la demanda rechazada.

¹⁰⁶ En la causa "Boston Medical Group" la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la decisión de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y rechazó la demanda de daños y perjuicios deducida por Boston Medical Group S.A. contra dos periodistas y Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. con motivo de la emisión en el programa "Telenoche Investiga", a raíz de un informe que la demandante consideró que afectaba su prestigio comercial. En dicho programa se difundió una nota –titulada "Expertos en Pinchazos"– en las que se daba a entender que los tratamientos aplicados eran en su mayor parte inapropiados y estaban inspirados en un mero ánimo comercial. El Tribunal –mediante los votos de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti– destacó que la demandante prestaba tratamientos médicos y que la investigación periodística supuestamente difamatoria cuestionaba la idoneidad de las prestaciones médicas ofertadas y su adecuación a la normativa vigente. En esas circunstancias, tanto el contenido del informe –vinculado con la salud pública– como las características que rodeaban al sujeto agraviado –que ofrecía sus servicios a través

4.1.4. Caso "Verbitsky¹⁰⁷" y las condiciones en las que se encuentran los detenidos en la Provincia de Buenos Aires: En este precedente, la Corte recurrió a la interpretación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de la VIII enmienda de la Constitución de ese país, que prohíbe aplicar penas o tratos crueles inhumanos y degradantes.

Afirmó lo siguiente: "53) *Que, por su parte, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos al interpretar la VIII enmienda de la Constitución de ese país, que prohíbe aplicar penas o tratos crueles inhumanos y degradantes, señaló que aunque determinados derechos de los condenados pueden ser disminuidos por las exigencias del encierro, al prisionero no se lo despoja de la protección constitucional por cuanto "no hay una cortina de hierro trazada entre la Constitución y las prisiones de este país" (Wolff v. McDonnell; 418 US 539, 1974). Por ello ha reconocido que las condiciones de confinamiento de los internos pueden, incuestionablemente, en determinadas circunstancias, constituir una pena cruel inhumana o degradante. Así los internos han obtenido respuestas a sus clamores constitucionales por sus condiciones de confinamiento, en lo referente a la comida inadecuada, a poca ventilación, hábitat con roedores o insectos, baños inoperables, pero el más común de todos los reclamos ha sido por las condiciones de hacinamiento, situación que se da en muchas prisiones de ese país (Lynn S. Branham, The Law of Sentencing, Corrections, and Prisoners' Rights, págs. 284/291, ed. West Group, 2002). Si bien el gobierno federal y los estatales de dicho país han invertido mucho dinero en la construcción de nuevas cárceles, pese a eso ello no se ha podido solucionar el problema de hacinamiento frente a una tasa de encarcelamiento siempre creciente. En algunos casos las autoridades penitenciarias han tenido que colocar camas en los gimnasios, en los comedores del establecimiento, en pasillos*

de campañas masivas de publicidad en distintos medios de comunicación- justificaba la aplicación de la doctrina de la real malicia adoptada por la Corte en diversos pronunciamientos.

¹⁰⁷("Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", para decidir sobre su procedencia", Corte Suprema de Justicia de La Nación, sentencia del 3 de mayo del 2005). Algunos de los antecedentes relevantes de la causa dan cuenta que La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires confirmó el rechazo de la acción de hábeas corpus deducida directamente ante el Tribunal de Casación Penal por el director del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) a favor de la totalidad de los detenidos que se encuentran alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarias de la provincia de Buenos Aires. A raíz de ello, el accionante interpuso recurso extraordinario federal. La Corte revocó la sentencia apelada y declaró –entre otras cuestiones- que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención; que la suprema corte provincial, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarias de la provincia de menores y enfermos. Los jueces Fayt y Argibay, en votos separados, disintieron en forma parcial mientras que el juez Boggiano desestimó el planteo.

y en otros extraños lugares. Otra forma de responder ha sido aumentar en número de internos por celda diseñadas para albergar a menos personas (Lynn S. Branham, *op. cit.*). En el caso *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979) la Corte Suprema consideró que era posible mantener a dos presos en una misma celda teniendo en cuenta, al mismo tiempo, que se trataba de plazos breves de detención y cuando los detenidos tenían una gran libertad de movimiento dentro del penal. Posteriormente en *Rhodes v. Chapman* 452 U.S. 337 (1981) juzgó que la presencia de dos presos por celda no significa que sus derechos constitucionales han sido violados siempre que las condiciones de las respectivas celdas resultaran adecuadas en cuanto a la superficie habitada, las condiciones de comida y temperatura y la posibilidad de utilizar otras instalaciones del penal en períodos diurnos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que con anterioridad la Corte Suprema también consideró en *Hutto v. Finney* 437 U.S. 678 (1978) que una corte de distrito estaba facultada para limitar la confinación de detenidos en celdas punitivas aisladas a no más de treinta días como un medio de aliviar las condiciones inconstitucionales de esas celdas. En particular, el máximo tribunal destacó que la decisión de la corte de distrito era una razonable respuesta a las condiciones sórdidas e inconstitucionales de esas celdas. Posteriormente en *Wilson c. Seiter* 501 U.S. 294 (1991) estableció dos requisitos para considerar que se presentaba un castigo cruel e inusual para las condiciones de confinamiento. El primer requisito (objetivo) requiere que el preso haya sido privado de una "necesidad humana identificable" como comida, clima adecuado o ejercicio. El segundo requisito (subjetivo) supone que el demandante debe demostrar que el demandado actuó con indiferencia deliberada en fallar en la rectificación de las deficiencias de esas condiciones. Cabe aclarar que cuatro de los integrantes de la corte consideraron este requisito como innecesario y que los oficiales de las prisiones podían evitar su responsabilidad en estos casos echándole la culpa a los legisladores por no haber suministrado los fondos necesarios para superar estos problemas en las prisiones (Lynn S. Branham, *op. cit.*)".

4.1.5. **"Halabi" y la creación de acciones colectivas.** La sentencia destaca que hubo una mora del legislador al no dictar una ley para facilitar el acceso a la justicia, y siendo estos derechos constitucionales de carácter operativos, es obligación de los jueces darles eficacia, valiéndose de diversas experiencias del derecho comparado.

Con posterioridad a este fallo, dictó la Acordada 32/2014 por el cual se crea "el Registro Público de Procesos Colectivos", y luego, mediante acordada 12/2016 creó el

Reglamento de Actuación En Procesos Colectivos. Entre las diversos *legal irritants* que ha producido esta normativa, se encuentra el dispar cumplimiento por parte de los tribunales inferiores de la acordada 32/2014, situación plasmada en su homónima 12/2016; como asimismo el temor manifestado por diversos actores jurídicos de convertir este tipo de proceso en lo que la doctrina foránea ha considerado un "chantaje legalizado"¹⁰⁸, mediante una mala utilización en miras de obtener réditos económicos indebidos.

4.1.6. Casl: En algunos supuestos, pareciera ser que el objetivo ha sido buscar y desentrañar el origen de determinada norma, utilizando una *aproximación funcional*, para luego precisar su alcance y las eventuales diferencias e "irritaciones" que surgen de su aplicación en el ámbito argentino, si no se analiza en clave sistémica y desde la perspectiva constitucional y de la adhesión por parte del país a distintos tratados internacionales de derechos humanos luego de la última reforma constitucional del año 1994. Un ejemplo de ello pienso que podría ser la interpretación que realizó el Máximo Tribunal sobre el alcance del recurso de casación en el notorio caso "Casal"¹⁰⁹ propugnando una nueva lectura en clave constitucional, del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, dotando a este recurso de un cariz similar al de los recursos ordinarios, pudiendo revisarse cuestiones de hecho y prueba¹¹⁰.

¹⁰⁸ Se ha señalado la controversia suscitada a raíz del sistema de las *class actions* representarían un supuesto "chantaje legalizado" (legalized blackmail) cristalizado en la modalidad de la búsqueda del "gran caso" por parte de los abogados, el cual les represente potencialmente cuantiosos ingresos en concepto de honorarios (ver entre otros: A. Peter Parsons and Kenneth W. Starr, "Environmental Litigation and Defendant Class Actions: The Unrealized Viability of Rule 23, 4 Ecology L.Q." (1975). P. 901; Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/elq/vol4/iss4/2>). Vinculado al tema, VERBIC manifestó: "¿Hasta dónde resulta conveniente establecer en nuestro país un sistema procesal colectivo similar al de las class actions norteamericanas? A la hora de pensar en una respuesta, rápidamente aparecen los fantasmas derivados del uso abusivo de este mecanismo en su país natal, donde algunos han llegado a calificarlo lisa y llanamente como una legalización del chantaje. Sin perjuicio de que los abusos son reales, creo importante subrayar que ellos no son exclusivos de este campo. (...) A mi juicio, el punto crucial y el mayor desafío que enfrentamos de cara al futuro está en discutir franca y racionalmente, entre todos los actores sociales involucrados en el fenómeno, sobre cómo efectuar un "transplante responsable" de aquel mecanismo procesal hacia nuestro país, tomando en especial consideración para ello el escenario político, social, económico e institucional en el cual habrá de enmarcarse" (VERBIC, Francisco: "Las acciones colectivas como instrumento para proteger a los usuarios de servicios públicos" , Revista Consumo y Derecho N° 1. También puede consultarse en: http://www.academia.edu/3715619/Las_acciones_colectivas_como_instrumento_para_proteger_a_los_usuarios_de_servicios_p%C3%BAblicos)

¹⁰⁹ Causa "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa (causa N° 1681), CSJN, sentencia del 20 de septiembre de 2005.

¹¹⁰ Ver al respecto, MORELLO, Augusto M., ROSALES Cuello, Ramiro, "El caso Barreto: de nuevo sobre la competencia de la Corte", Publicado en: DJ 12/07/2006 , 806; GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán; MORELLO, Augusto M. "La teoría del máximo rendimiento en el derecho procesal (Aplicación del principio de economía)", Publicado en: LA LEY 2006-D , 1211 • Sup. Penal 2006 (julio) , 1

4.5.7. Causa "Bustos¹¹¹" y el "corralito financiero".

En "Bustos", y en lo que aquí interesa puntualizar, en primer lugar –con cita textual del voto del Juez Belluscio en la causa "Videla Cuello", de Fallos: 313:1638- sostuvo, en relación con la constitucionalidad de las normas de emergencia, que "(...) se han enumerado ciertos requisitos -siguiendo especialmente a lo expresado por la Suprema Corte norteamericana en la causa *Home Building & Loan Association v. Blaisell*, 290 U.S. 398, 440/48 [1934], referente, sin embargo, a un supuesto de moratoria hipotecaria- que deben necesariamente ser cumplidos por las normas de emergencia para resistir el control de constitucionalidad. Ellos son: 1º) Que se presente una situación de emergencia -declarada por el Congreso y con debido sustento en la realidad- que obligue a poner en ejercicio aquellos poderes reservados para proteger los intereses vitales de la comunidad; 2º) Que la ley persiga la satisfacción del interés público: ello es, que no haya sido dictada en beneficio de intereses particulares sino para la protección de los intereses básicos de la sociedad; 3º) Que los remedios justificados en la emergencia sean de aquellos propios de ellas y utilizados razonablemente; 4º) Que la ley sancionada se encuentre limitada en el tiempo y que el término fijado tenga relación directa con la exigencia en razón de la cual ella fue sancionada" (Considerando 8).

Luego, agregaron la similitud con otro precedente de la Corte Estadounidense en busca de argumentos que sustenten la decisión ante la causa que debían resolver, alegando que: "...frente a una situación no idéntica, pero con muchos elementos similares a la que se presenta en el caso, la Suprema Corte de Estados Unidos dictó una sentencia de la que pueden extraerse conceptos perfectamente aplicables al sub lite, y, en general, a todos los reclamos deducidos por depositantes contra los bancos o contra el Estado Nacional. Se trata de la causa *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935), en la cual el tenedor de una obligación de los Estados Unidos por diez mil dólares, emitida en 1917, pagadera en moneda de oro del nivel de valor del tiempo de la emisión y vencida el 15 de abril de 1934, con fundamento en su derecho de propiedad reclamaba el pago de la cantidad de oro equivalente o su valor en moneda legal. La Corte, por el voto del Chief Justice Hughes, dio respuesta negativa al reclamo, estableciendo que el actor no podía pretender que las

¹¹¹ "Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo", CSJN, sentencia del 26 de octubre de 2004.

restricciones monetarias consecuentes a la gran crisis de 1929 y el cambio de valor en oro del dólar le ocasionasen un perjuicio. (...)" (considerando 10).

4.6. PRECEDENTE.

Remitimos al Capítulo 5.

PARTE II

CAPÍTULO 4.

5.1. Concepto de "precedente".

Considero que no resulta ocioso recordar qué entendemos por precedente. Según Oteiza¹¹², tanto *jurisprudencia* como *precedente* tienen distintos significados, respecto de los cuales pueden darse los siguientes sentidos: a la jurisprudencia se lo ha utilizado para referirse: (i) al conocimiento del derecho, derivando etimológicamente de jus, derecho y prudentia, previsión, conocimiento –también recuerda la definición de ULPIANO: *Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. (ii) A la forma habitual o uniforme o concordante como los órganos jurisdiccionales aplican (o interpretan) la ley (en su significado extensivo: Constitución, legislación, derecho, etc.). (iii) De modo más específico, al argumento abstracto repetido por los tribunales. (iv) A la interpretación de un determinado tipo de tribunal (jurisprudencia de los tribunales internacionales, superiores tribunales, tribunales de casación, cámaras de apelación, jueces de un determinado orden, etc.). (v) Al conjunto que abarca una serie de pronunciamientos sobre determinada materia. (vi) A la influencia de unos fallos sobre otros.

Siguiendo con este autor, por *precedente*, se entendería: (i) una decisión judicial considerada un ejemplo o autoridad para resolver un caso futuro. Cita la definición de Maccormick y Summers quienes dicen al respecto que son las decisiones anteriores que funcionan como modelos para decisiones posteriores. La aplicación de las lecciones del pasado para solucionar problemas del presente. (ii) una segunda acepción sería considerarlo la regla de derecho, existente en una decisión del pasado y vinculada con hechos determinados, utilizada para resolver una nueva situación similar existente en un caso judicial posterior.

¹¹² Ver al respecto OTEIZA, Eduardo, "Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN", en Cortes Supremas, funciones y recursos extraordinarios, OTEIZA, Eduardo, Coordinador, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011

De la terminología reseñada, Oteiza concluye que si se emplea una definición amplia [como la de Maccormick y Summers] referida al uso por los jueces de criterios elaborados por otros jueces en el pasado no habría inconveniente en referirnos a la jurisprudencia y al precedente en forma indistinta.

5.2. El valor del precedente en los dos grandes sistemas: diferencias y acercamientos paulatinos entre *common law* y *civil law*.

El concepto de "familia jurídica" es tradicional en los estudios de derecho comparado¹¹³, intentando nuclear en él a sistemas u ordenamientos jurídicos que comparten una historia; una tradición en común; una filosofía de valores; un orden similar de prelación de fuentes, siendo las más importantes la de los sistemas del *civil law* y *common law*.

Cabe aclarar que el concepto de "familia jurídica" no se encuentra exento de un gran debate respecto a su utilidad en el actual mundo globalizado, puesto que los rasgos característicos de cada una de las *familias* ha ido mutando por el transcurso del tiempo; así como por los diálogos e influencias recíprocas que asimismo se generaron entre los sistemas jurídicos de distintas "familias jurídicas"¹¹⁴.

Prueba de ello es que usualmente se ha trazado una comparación que podría resumirse –en muy prieta síntesis- de la siguiente forma: en los sistemas del *common law*, los precedentes resultan obligatorios o vinculantes, en virtud –principalmente- del principio del *stare decisis*. En cambio, en los sistemas que siguen el *civil law* –como Argentina- no son una fuente de derecho, y por lo tanto no son vinculantes. En efecto, el esquema *clásico* con el que usualmente se presenta (y reduce) este tema, muestra una importancia inferior de las leyes –*statutory law*- o del derecho *escrito* en el *common law* y lo propio con el rol de la jurisprudencia o precedentes en el *civil law*.

No obstante, esta caracterización perdió fuerza descriptiva, a punto tal que merece ser puesta en crisis por buenas razones. Así, tal como ha mencionado Malagoli al analizar la obra de Radin, "(...) junto con el *common law* (y, en ciertos aspectos, en posición todavía más preeminente¹¹⁵), también los documentos legislativos figuran entre las fuentes de las

¹¹³ TOBEÑAS José Castán, "Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental" (Madrid: Reus, 1957),

¹¹⁴ ver BONILLA Daniel, "Teoría del derecho y trasplantes jurídicos", Siglo del Hombre, 2012.

¹¹⁵En relación con esto, Malagoli cita la observación de apertura de Radin 1930: 863: "el derecho angloamericano está en gran parte volviéndose derecho promulgado [...] por acción de la implacable molienda anual o bienal de más de cincuenta máquinas legislativas"

cuales el juez está obligado a extraer el derecho que aplicará en su decisión¹¹⁶". Entonces, hoy en día resulta difícil exagerar la notoria importancia de las leyes en los sistemas del *common law*, como también de los precedentes en los sistemas del *civil law*, entre ellos Argentina. Los problemas relacionados con los precedentes son muy similares tanto en los sistemas de derecho consuetudinario como en los de derecho civil. Por lo tanto –y tomando en cuenta las razones brindadas a lo largo del presente–, es que coincidimos con la postura de Chiarloni, quien no está de acuerdo con la opinión generalizada por la cual se asume que hay una diferencia fundamental entre estos dos sistemas, basada en la afirmación de que los jueces de *common law* están obligados por los precedentes mientras que los jueces de *civil law* no¹¹⁷.

Respecto a la evolución histórica del *precedente* en el *common law*, se ha dicho que¹¹⁸: a) el principio del precedente puede identificarse primero a fines del siglo XVI¹¹⁹ cuando los tribunales ingleses comenzaron a adherirse a las costumbres anteriores en cuestiones de procedimiento y alegatos; b) en los siglos XVII y XVIII es que se desarrolló una regla sustantiva de precedentes en los sistemas del *common law*, periodo durante el cual los tribunales *tenían* la tarea de "encontrar" el derecho [o el sentido correcto, cabe agregar], en lugar de "hacer" o "crear" el derecho. Así, el hecho de que varios casos reconocieran el mismo principio legal produjo un incremento en la fuerza persuasiva de las conclusiones judiciales, dotando a los precedentes de *autoridad*, al ser reafirmados por distintas decisiones a lo largo del tiempo; c) A finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, la doctrina del *stare decisis* dejó de ser solo una práctica para adquirir la jerarquía de principio, dando lugar al concepto del *common law* de *autoridad obligatoria* de los precedentes; d) culminando el siglo XIX se estableció el concepto de reglas *formalmente*

¹¹⁶ MALAGOLI, Luca: "EL NEGOCIO DE LA PROFECÍA. Concepción de la ciencia jurídica, teoría de las decisiones judiciales y teoría de la interpretación de los documentos legislativos en la obra de Max Radin"; Revus 2020, <https://doi.org/10.4000/revus.6696>

¹¹⁷ CHIARLONI, Sergio: "General judicial functions of the Supreme Court in the European legal culture with some critical remarks about the Italian *Corte di Cassazione*"; recuperado de <https://independent.academia.edu/Chiarloni>

¹¹⁸ FON, Vincy y PARISI, Francesco, "Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis". International Review of Law and Economics,; George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-15; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-19. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=534504> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.534504>).

¹¹⁹ Por resultar pertinente, ver la aclaración hecha en rededor al punto en nota al pie número 7.

vinculantes del precedente, y ya no se lo apreciaba como una *evidencia persuasiva de la ley*, sino que se convirtió en una *fuentes primaria* de derecho.

En cambio, la mayoría de los ordenamientos del *civil law* experimentaron una evolución bastante diferente, relegando la jurisprudencia al rango de una *fuentes legal secundaria*, ubicándose a los códigos y la legislación especial como las *fuentes primarias* de derecho.

Para Taruffo las dos principales cortes de los ordenamientos del *common law* (*House of Lords* Inglesa [luego de la reforma del año 2005, la Suprema Corte del Reino Unido¹²⁰], y la *Supreme Court* de Estados Unidos) tienen entre sus funciones institucionales primordiales la de *control de legalidad* de las sentencias de los jueces inferiores (en especial, de las *Courts of Appeal*). No se ocupan de los hechos de la causa, enfocando entonces sus decisiones a lo que el autor denomina una verificación de la legalidad o la legitimidad –también constitucional- de la sentencia atacada. De tal forma, la decisión de estas Cortes no se limita a decidir la *solución correcta al caso concreto*, sino que también se orienta a la *legalidad futura*, la correcta interpretación y aplicación de las normas para aquellos casos que sean de aplicación. Esto último constituiría la función de *uniformidad de la jurisprudencia*, para lo cual el uso del precedente, por su eficacia, expande el ámbito de aplicación sucesiva de la solución que la Corte ha dado a una cuestión de Derecho,

¹²⁰ Respecto de este Tribunal se ha mencionado que “[e]l Poder Judicial británico está tan descentralizado que los dos únicos órganos judiciales que tienen jurisdicción en todo el Reino Unido son The UK Supreme Court y The Judicial Committee of Privy Council, y no en todas las materias. The UK Supreme Court (...) es un órgano judicial creado en la reforma constitucional de 2005, en sustitución de la Comisión de Apelación de la Cámara de los Lores, a la que sucede en sus funciones desde el año 2009. Como su antecesor, tiene jurisdicción para conocer recursos de resoluciones de las Cortes superiores en el orden civil de los tres sistemas judiciales del Reino Unido (Inglaterra y Gales ; Irlanda del Norte ; Escocia) y, en el orden penal, de Inglaterra y Gales y de Irlanda del Norte, pero no de Escocia. Es el mismo Tribunal Supremo el que escoge los temas que considera tratar, en función del interés general de los mismos. The Privy Council es un antiguo organismo dedicado a asesorar a la Corona. Su Judicial Committee (Comisión Judicial) está compuesta por los magistrados del Tribunal Supremo del Reino Unido, y decide sobre determinados recursos procedentes de países de la Commonwealth, en clara disminución, pues cada vez son menos los países que le reconocen jurisdicción. También conoció, desde 1998 hasta la creación del Tribunal Supremo, de los casos relacionados con las leyes descentralizadoras denominadas Devolution Acts, que devolvían determinadas competencias a Escocia, Irlanda del Norte y Gales. Al perder esta función en beneficio del Tribunal Supremo, su importancia ha vuelto a ser mucho menor (...)” (GIMÉNEZ GLUCK, David: “El Gobierno Del Poder Judicial Y La Separación De Poderes En La Nueva Constitución Británica”; UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 34, 2014, p. 450).

indicando tal solución como criterio tendencialmente uniforme de interpretación de la ley¹²¹.

Sin perjuicio de lo cual, el autor se ocupa de señalar que -según su postura-, **no es posible hablar de un precedente formalmente vinculante, ni aún en el sistema del common law**, pese a contar con una notable eficacia persuasiva. En este sentido, manifiesta que "*...el corazón del sistema, es decir, el instrumento fundamental del cual se sirven las cortes supremas del common law y que utilizan para desarrollar sus funciones, es el precedente judicial: es la eficacia de precedente de las sentencias de estas cortes el factor que "expande" el ámbito de aplicación sucesiva de la solución que la Corte ha dado a una cuestión de Derecho, indicando tal solución como criterio tendencialmente uniforme de interpretación de la ley. No es inútil observar (...) que esto no ocurre -contrariamente a lo que a menudo se sostiene- en razón de la eficacia vinculante del precedente en los sistemas inglés y norteamericano: el precedente no es formalmente vinculante, ni siquiera en los sistemas del common law, por lo cual es oportuno hablar de eficacia o de "fuerza" persuasiva de este precedente, en lugar de hablar de su carácter vinculante. De todos modos, el precedente de la House of Lords (aun no siendo formalmente vinculante ni siquiera para la misma Corte, al menos después del Practice Statement de 1966) es dotado de una notable eficacia persuasiva, y, por lo tanto, influye de hecho en modo determinante sobre las decisiones sucesivas; también los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que tampoco son formalmente vinculantes, están dotados de una relevante eficacia persuasiva e inciden de manera notable sobre las decisiones sucesivas de los órganos judiciales inferiores. Parece justo, por lo tanto, decir que estas cortes son esencialmente corti del precedente, ya que su función principal consiste en governare i precedenti, determinando cuáles son las normas y según qué interpretación están destinadas a operar como reglas de juicio tendencialmente uniformes en el ámbito de la jurisprudencia sucesiva".*

Por tales motivos fue que Taruffo sostuvo que la función de uniformidad de la jurisprudencia prevalece por sobre la del control de legalidad, lo cual a su entender se evidencia en dos razones: a) el *certiorari* -positivo o negativo- que utiliza la Corte Suprema estadounidense en forma discrecional sin requerir motivación al efecto, b) el limitado número de casos en los cuales interviene, ello en la inteligencia que, si el

¹²¹TARUFFO, Michele, "Las Funciones De Las Cortes Supremas", Revista de Derecho Procesal, Tomo: 2008 - 2. Tutelas procesales diferenciadas - I. Cita: RC D 265/2012

precedente es verdaderamente eficaz, no existe ninguna necesidad de decidir la misma cuestión decenas o centenares de veces.

Siguiendo con en esta línea de razonamiento, rememoramos lo dicho por Paulsen¹²², quien desarrolla tres argumentos que merecen ser resaltados en este espacio: 1) el primero de ellos es que la doctrina del *stare decisis* no es requerida por la Constitución norteamericana. Considera que no puede concluirse que el artículo 3 establezca una regla o conjunto de criterios por los cuales un tribunal deba o debiera seguir una decisión anterior, es decir, un precedente. Tampoco de otra disposición de la constitución; 2) en segundo lugar, el *stare decisis* nunca ha sido considerado en términos absolutos en la jurisprudencia norteamericana, como un "*inexorable command*", por consiguiente su fuerza no es *estricta*, y las Cortes se han apartado –overruled- de precedentes; 3) si el *stare decisis* es una *regla* de práctica y política (no absoluta) y no ordenada por la Constitución, entonces podría decirse que la doctrina del *stare decisis* es la política judicial de (a veces) adherirse a una decisión previa, independientemente de la corrección legal de la decisión anterior, de acuerdo con otros criterios [o cánones, o directivas] interpretativos/as.

Veamos ahora algunos supuestos dentro del *civil law*.

Podemos mencionar algunos ejemplos como el de **México**. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 94, párrafos decimoprimer y decimosegundo, a raíz de la última reforma, quedaron redactados de la siguiente forma: "*La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción. (Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de marzo de 2021)*"

Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, **serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.** (Adicionado

¹²²PAULSEN, Michael Stokes, "Does the Supreme Court's Current Doctrine of Stare Decisis Require Adherence to the Supreme Court's Current Doctrine of Stare Decisis", North Carolina Law Review, Vol. 85, 2008; U of St. Thomas Legal Studies Research Paper No. 08-15. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1131772>

mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de marzo de 2021)" (énfasis agregado).

En relación con el párrafo once, cabe destacar el cambio de criterio operado respecto al sistema que regía con anterioridad, el cual tenían que ser 5 decisiones dictadas en el mismo sentido y ninguna en contrario o bien mediante la contradicción de criterios (que ya no de tesis); y ahora con una única decisión de una mayoría calificada –ocho votos o cuatro, según el caso- ya es un precedente. Nótese que hace expresa aclaración que lo vinculante son las *razones que justifiquen las decisiones*, lo que pareciera ser una cita clara de lo que en la doctrina del precedente se entiende comúnmente como *ratio decidendi* o *holding* de un precedente.

Para más, tenemos que la Corte Mexicana, en su propio sitio web institucional dispone expresamente la obligatoriedad de la jurisprudencia en distintos supuestos. A saber: *"La jurisprudencia emitida por la SCJN, cuando funciona en Pleno o en Salas, es obligatoria para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y los Tribunales administrativos y del trabajo, tanto locales como federales. Las Salas de la SCJN únicamente están obligadas por la jurisprudencia decretada por el Tribunal en Pleno¹²³".*

¹²³ Resulta por demás interesante repasar la información brindada por este Tribunal, que presenta un resumen de lo que es su labor jurisdiccional y, por lo tanto constituye un elemento *de primera mano* de suma importancia para ser interpretado. Allí sostiene: *"¿Qué es la jurisprudencia?. La jurisprudencia es un conjunto de principios, razonamientos y criterios que los juzgadores establecen en sus resoluciones, al interpretar las normas jurídicas, es decir, al desentrañar o esclarecer el sentido y alcance de éstas o al definir los casos no previstos en ellas. La jurisprudencia es considerada una de las llamadas "fuentes formales del derecho", es decir, uno de los procesos o medios a través de los que se crean las normas jurídicas. Entre dichas fuentes encontramos también a la legislación, la costumbre, las normas individualizadas y los principios generales del derecho. ¿Quiénes pueden emitir jurisprudencia en el Poder Judicial de la Federación?. En el Poder Judicial de la Federación, por disposición de la ley, están facultados para emitir jurisprudencia obligatoria, el Pleno y las Salas de la SCJN; la Sala Superior y las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito. ¿Para quiénes es obligatoria la jurisprudencia de la SCJN? La jurisprudencia emitida por la SCJN, cuando funciona en Pleno o en Salas, es obligatoria para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y los Tribunales administrativos y del trabajo, tanto locales como federales. Las Salas de la SCJN únicamente están obligadas por la jurisprudencia decretada por el Tribunal en Pleno. ¿Cómo se integra la jurisprudencia de la SCJN?. Las resoluciones de la SCJN constituyen jurisprudencia, siempre y cuando lo resuelto en ellas se sustente de manera reiterada o seriada en cinco sentencias ejecutorias, no interrumpidas por una que sostenga un criterio distinto. Además de esta condición, es necesario que la jurisprudencia sea aprobada, por lo menos, por ocho Ministros, si se tratara de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro Ministros, en los casos de jurisprudencia de las Salas. Para la integración de este tipo de jurisprudencia, no se toman en cuenta las tesis aprobadas en los asuntos resueltos conforme a lo dispuesto en las disposiciones vigentes con anterioridad a la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. También se*

Este intento de implementar un sistema de precedentes en México sin duda representa un enorme desafío y cambio de paradigma cultural para un Tribunal que, a diferencia del Cíbero Tribunal estadounidense, tiene producción masiva de sentencias, lo cual lógicamente dificulta una labor de esa índole. En efecto, desde el inicio de la quinta época del Semanario en 1917, hasta la primera semana de mayo del 2021, la Corte emitió 170,566 tesis¹²⁴, y por ejemplo, en el año 2019, ese Tribunal entendió en 25,284 asuntos jurisdiccionales, de los cuales el 31% se resolvió mediante sentencia¹²⁵.

De acuerdo a doctrina que se ha ocupado del punto, la jurisprudencia por precedentes no es totalmente nueva para el sistema jurídico mexicano. Desde 1994, por reforma constitucional, y desde 1995 por la entonces novedosa Ley Reglamentaria del Artículo 105 constitucional, este modelo opera para acciones de inconstitucionalidad (control abstracto de normas) y controversias constitucionales (conflictos de competencias por inconstitucionalidad de normas). La novedad de la reforma del 2021 estriba en que se trata de un sistema que por primera vez se aplicará al juicio de amparo en revisión ante la Corte¹²⁶.

*forma jurisprudencia cuando el Pleno, las Salas de la SCJN llevan a cabo un procedimiento de unificación de criterios –contradicción de tesis–, al decidir el que debe prevalecer en el caso de que existan dos o más tesis –o criterios– contradictorias. En este caso, el Pleno, las Salas pueden, incluso, adoptar una nueva tesis, que habrá de prevalecer sobre las que contendieran. Para resolver una contradicción de tesis, basta la aprobación de la mayoría de los Ministros que integran el Pleno o las Salas. Las resoluciones adoptadas por el Pleno de la SCJN de Justicia, al solucionar las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, también forman jurisprudencia, siempre que sean aprobadas por un mínimo de ocho Ministros. ¿Cuáles son los medios de difusión de la jurisprudencia de la SCJN?. El Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, órgano oficial de difusión de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, excepto en lo que se refiere al Tribunal Electoral de este poder: **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**. Además, existen múltiples medios no oficiales de difusión, entre ellos, diversos libros y una gran cantidad de discos ópticos, entre los que destaca el denominado IUS. Jurisprudencia y Tesis Aisladas: **Publicaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación** Además, es posible consultar los criterios de la SCJN y de los Tribunales Colegiados de Circuito en este mismo portal de Internet: **Semanario Judicial de la Federación (...)** (recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scjn> ;)*

¹²⁴Ver <https://sjf2.scjn.gob.mx/indices>.

¹²⁵ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal (CNIJF) 2020, 2 de julio de 2020, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=5808>.

¹²⁶ HERRERA GARCÍA Alfonso, "Más allá del transitorio: ¿El precedente judicial consolida a la justicia constitucional mexicana?"; disponible en bit.ly/3O5Fhu1

Otro caso interesante de mencionar es el de **España**, en donde el artículo 1 del código civil establece que la jurisprudencia constituye una fuente complementaria y de especificación de las reglas de la interpretación jurídica¹²⁷.

Por otro lado, para Konca, la jurisprudencia no es considerada *formalmente* una fuente de derecho en **Polonia**, sin embargo, la autora se ocupó de aclarar que esta afirmación debe ser matizada, por la especial importancia de las decisiones del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Supremo Administrativo. Así, respecto al Tribunal Constitucional (en polaco: *Trybunał Konstytucyjny*, por ello lo identifica con las siglas TK) explicó que este decide, entre otras cuestiones "(...) *sobre la constitucionalidad de leyes u otros actos jurídicos emitidos por órganos centrales del estado*¹⁶. *Un análisis de la jurisprudencia del TK demuestra que el TK, guiado por sus decisiones anteriores, los considera vinculantes (vinculación horizontal con el argumento de un precedente), y una derogación de una jurisprudencia predeterminada generalmente implica resolver el caso en pleno. A efectos de la aplicación de la ley por parte de los tribunales, las sentencias del TK tienen eficacia prospectiva, aunque también pueden afectar a las decisiones ya tomadas (es posible reanudar el proceso si la decisión se tomó sobre la base de una disposición posteriormente reconocida como inconstitucional). Por eso, en la literatura, la jurisprudencia de TK se trata a veces como una fuente de derecho*¹²⁸" (el resalte me pertenece).

En el caso de la Corte de Casación en **Italia**, sus principales funciones son la exacta observancia, la uniforme interpretación de la ley, y la unidad del derecho objetivo nacional (conf. art. 65 del ordenamiento judicial) y en 1948 el constituyente republicano decidió disponer en el art. 111, norma de exordio de la sección dedicada a la jurisdicción, la garantía del recurso de casación por violación de ley respecto de todas las sentencias. De conformidad a lo explicado por Chiarloni, la uniforme interpretación de la ley es su función más eminente, y el Tribunal se enfrenta a un problema -que podríamos calificar de usual en muchos de los países del *civil law*-, el cual es la ingente cantidad de causas que

¹²⁷ "CAPITULO I. Fuentes del derecho (...)1. 6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (...)".

¹²⁸ **KONCA, Paulina**, "El recurso a la jurisprudencia como herramienta interpretativa en Polonia", Publicado en Gascón Abellán, Marina y Núñez Vaquero, Álvaro (coordinadores) "La construcción del precedente en el Civil Law", Atelier Libros,; P. 194

son sometidas a su decisión, lo que en buena medida complica el logro de sus metas. Así, el autor mentado dijo que *"Nos encontramos aquí frente a uno de los casos más evidentes de heterogeneidad de los fines perseguidos por una norma procesal. Precisamente la garantía del recurso contra todas las sentencias ha determinado la imposibilidad para la corte de casación de asegurar la uniforme interpretación y aplicación de la ley. La razón es simple y puede estar contenida en un dicho de la sabiduría popular: tot capita tot sententiae. Desde hace muchos años los recursos son demasiado numerosos y están en progresiva vía de aumento, ya casi decuplicados respecto de los años cincuenta del siglo pasado, de manera que demasiado numerosos y en progresiva vía de aumento son los jueces llamados a decidirlos¹²⁹".*

En **Brasil**, las sùmulas de la Suprema Corte de Justicia tienen una importancia tan innegable como cada vez mayor¹³⁰. la Constitución de la República Federativa del Brasil contiene expresamente la posibilidad de la llamada "sumula vinculante" (Art. 103-A). Cabe recordar que el *Supremo Tribunal de Justiça* es el tribunal ubicado en el vértice de ese país. Normativamente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 105 III de la Constitución Federal, entre las funciones más importantes –y que aquí importa destacar- está la de resolver, en última instancia, las cuestiones jurídicas relativas a la interpretación de las leyes federales infraconstitucionales. Frente a ello, Pérez Ragone ha sostenido que *"[e]l nuevo diseño institucional para el recurso especial privilegia notablemente la prevalencia del ius constitutions en vez de ius litigatoris, en la medida que deja claro que el ciudadano no tiene el derecho subjetivo ilimitado de revisión de su caso particular, sino que ello será configurado como un derecho cuando se está realmente frente a la posible infracción de la norma jurídica ya fijada por el Tribunal en sus precedentes o en las hipótesis de una "ley nueva" o divergencia jurisprudencial¹³¹".* También mencionar la importancia de la la sùmula impeditiva de recurso, regulada en el art. 518, 1º, del CPC, incluido por la Ley N° 11.276, de 2006, como

¹²⁹ CHIARLONI, Sergio: "las tareas fundamentales de la corte suprema de casación, ..." op cit., p.

¹³⁰ Vinculado al tópic del valor del precedente en Brasil puede consultarse MARINONI, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra; MITIDIERO, Daniel (2018). *Precedentes da persuasão à vinculação. Da Persuasão à Vinculação*. Tercera edición. São Paulo: Revista dos Tribunais y ZANETTI, H. (2015). "El valor vinculante de los precedentes". Lima: Raguél.

¹³¹ PEREZ RAGONE, Álvaro y PESSOA PEREIRA, Paula. "Función de las cortes supremas de Brasil y Chile en la generación y gestión del precedente judicial entre lo público y lo privado", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2015, n.44 [citado 2021-05-10], pp.173-214. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100006&lng=es&nrm=iso . ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100006> . ; P. 200

Finalmente, podemos también mencionar que en **Colombia**, la Corte Constitucional, que resolvió que sus interpretaciones de la Constitución son vinculantes para los casos similares posteriores, ha llegado incluso a dictar normas generales en los dispositivos de sus sentencias¹³². **Perú**, Por su parte, estableció en su artículo VII del Código Procesal Constitucional que Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia. Y que **Ecuador**¹³³ tiene receptado en forma expresa en su constitución que jurisprudencia de la Corte Constitucional es vinculante (art. 436 inc. 1 y 6).

De esta forma, se advierte un acercamiento paulatino entre *civil law* y *common law*: motivo por el cual la diferenciación esquemática y binaria entre ambos viene perdiendo carácter descriptivo¹³⁴. A esto cabe agregar que, si bien existen diferencias dentro de los propios países que adscriben al *civil law* –lo propio cabría decir del *common law*, vale agregar- se destaca cada vez más frecuentemente que la remisión a los precedentes judiciales constituye un elemento habitual e importante de la justificación de las decisiones interpretativas¹³⁵.

5.3. Clases de precedente.

En cuanto a las clases de precedente, podemos identificar al precedente *vertical* y el *autoprecedente*. Sigo en este punto la clasificación doctrinaria que traza una distinción entre precedente horizontal y *autoprecedente*, entendiendo que este último concepto es el que mejor sirve para identificar el supuesto en el cual determinado tribunal se encuentra obligado a seguir sus propios precedentes¹³⁶.

¹³² Ver **PULIDO ORTIZ, F.** (2019). *Jueces y reglas*. Bogotá: Universidad de La Sabana; y **BERNAL PULIDO, C.** (2008). "El precedente en Colombia". *Revista de Derecho del Estado*, 21(1), 81-94.

¹³³ Respecto al precedente en el sistema Ecuatoriano puede consultarse: **AGUIRRE CASTRO, Pamela Juliana** "EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: LA TRANSFORMACIÓN DE LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO"; *Derecho y Sociedad*, Quito, 2019.

¹³⁴ "La vinculación al precedente suele presentarse como uno de los rasgos distintivos de los sistemas de common law frente a los de civil law, donde los jueces —se sostiene— actuarían vinculados a la ley y no a los precedentes judiciales. Las cosas, por supuesto, no son así. Salvo que se opte por una reconstrucción tan simplista como ficticia de la tarea judicial de aplicación del derecho, no cabe decir, sin más, que en los sistemas de civil law la jurisprudencia carece de valor vinculante; como tampoco cabe decir, por cierto, que en los sistemas de common law la "vinculación a la ley" —frente a la vinculación al precedente— ocupa un lugar secundario¹³⁴" (**GASCÓN ABELLÁN Marina**, "RACIONALIDAD Y (AUTO) PRECEDENTE....."; op cit. P. 135).

¹³⁵ . ver por ejemplo, Gascón Abellán 2014, 276, Tau 2019, 82, Tobor, Zeifert 2018, 193, Zieliński 2002, 314.

¹³⁶ (Ver **GASCÓN ABELLÁN Marina**, "RACIONALIDAD Y (AUTO) PRECEDENTE Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente"; *TEORDER*, 2011, N° 10, p. 134)

Por **precedente vertical** entendemos "(...) al que procede de una decisión anterior de un juez o tribunal de rango superior al del juez o tribunal que tiene que decidir ahora un caso dado. La regla que vincula a los órganos juzgadores al precedente vertical se conoce como *stare decisis et quia non movere*, e indica que los precedentes tienen autoridad y deben ser seguidos(...)" y por **Precedente horizontal** es el que procede de una anterior decisión de un juez o tribunal homólogo al que ahora tiene que decidir. En rigor no cabe hablar de "vinculación" al precedente horizontal, pues por regla general estos precedentes son sólo persuasivos. Por eso —hay que precisar— el precedente horizontal alude en realidad a que los jueces y tribunales adoptan sus decisiones "mirando" (o sea, tomando en consideración) cómo han sido resueltos casos similares por jueces o tribunales homólogos. Llamamos, por último, *autoprecedente* al que procede de las decisiones previas adoptadas por el mismo juez o tribunal que ahora tiene que decidir. La regla que vincula a los órganos judiciales a sus propios precedentes será llamada, por consiguiente, *regla del autoprecedente judicial*¹³⁷.

Para clarificar el punto, vale destacar que en Estados Unidos, en relación al *precedente horizontal* (o *auto-precedente*) podemos citar la causa "Hohn v. United States, 524 U.S. 236 (1998)¹³⁸", en donde la corte norteamericana dejó atrás el precedente

¹³⁷ (GASCÓN ABELLÁN, Marina, "RACIONALIDAD Y (AUTO) PRECEDENTE. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente", Teorder, 2011, N° 10, p. 134

¹³⁸ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/236/>

"Our decision, we must acknowledge, is in direct conflict with the portion of our decision in *House v. Mayo*, 324 U.S. 42, 44 (1945) (per curiam), holding that we lack statutory certiorari jurisdiction to review refusals to issue certificates of probable cause. Given the number and frequency of the cases, and the difficulty of reconciling our practice with a requirement that only an extraordinary writ can be used to address them, we do not think *stare decisis* concerns require us to adhere to that decision. Its conclusion was erroneous, and it should not be followed. *Stare decisis* is "the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process." *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827 (1991). "Considerations of *stare decisis* have special force in the area of statutory interpretation, for here, unlike in the context of constitutional interpretation, the legislative power is implicated, and Congress remains free to alter what we have done." *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 172-173 (1989). We have recognized, however, that *stare decisis* is a "principle of policy" rather than "an inexorable command." *Payne*, supra, at 828. For example, we have felt less constrained to follow precedent where, as here, the opinion was rendered without full briefing or argument. *Gray v. Mississippi*, 481 U.S. 648, 651, n. 1 (1987) (questioning the precedential value of *Davis v. Georgia*, 429 U.S. 122 (1976) (per curiam)). The role of *stare decisis*, furthermore, is "somewhat reduced ... in the case of a procedural rule ... which does not serve as a guide to lawful behavior." *United States v. Gaudin*, 515 U.S. 506, 521 (1995) (citing *Payne*, supra, at 828). Here we have a rule of procedure that does not alter primary conduct. And what is more, the rule of procedure announced in *House v. Mayo* has often been disregarded in our own practice. Both Hohn and the United States cite numerous instances in which we have granted writs of certiorari to review denials of certificate applications without requiring the petitioner to move for leave to file for an extraordinary writ, as previously required by our rules, and without requiring any extraordinary showing or exhibiting any doubts about our jurisdiction to do so. 17 C. Wright, A. Miller, & E. Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 4036, pp. 15-16 (2d ed. 1988) (collecting cases). Included among these examples are

"House v. Mayo", por cuanto consideró –en lo que aquí interesa puntualizar- que el *stare decisis* no les imponía adherir a la decisión que se había arribado en "House", por considerarla errónea, y en virtud de eso no debía ser seguida.

En cuanto a supuestos de precedente vertical, veremos algunos ejemplos en el capítulo 5.

5.4. Grados de relevancia.

Tal como mencionamos más arriba, en todos los sistemas la jurisprudencia tiene algún grado de importancia, por tanto la cuestión radica en precisar qué grado de relevancia posee en determinado ámbito, lo que nos lleva a hablar de *grados de relevancia de los precedentes*. En relación con el punto se ha dicho que "*(...) es posible señalar los dos extremos –máximo y mínimo– de los grados de relevancia normativa de los precedentes y algunos grados intermedios, reflejos de diferentes reglas del stare decisis. En el grado máximo encontramos la norma en la que cualquier decisión que no siga la decisión – Considerada como– precedente es directamente inválida y, por tanto, nula. En el grado mínimo es posible encontrar la norma en donde el precedente es un argumento esgrimible frente a un tribunal (i.e. forma parte de la clase de las razones jurídicas). Y en medio, por supuesto, encontramos una enorme variedad de normas intermedias: desde aquella donde el precedente constituye*

several noteworthy decisions which resolved significant issues of federal law. See, e. g., Allen v. Hardy, 478 U. S. 255, 257-258 (1986) (per curiam) (refusing to permit retroactive application of Batson v. Kentucky, 476 U. S. 79 (1986), on collateral attack); Lynce v. Mathis, 519 U. S. 433, 436 (1997) (holding the cancellation of early release credits violated the Ex Post Facto Clause). These deviations have led litigants and the legal community to question the vitality of the rule announced in House v. Mayo. As commentators have observed: "More recent cases ... have regularly granted certiorari following denial of leave to proceed in forma pauperis, or refusal to certify probable cause, without any indication that review was by common law writ rather than statutory certiorari. At least as to these two questions, statutory certiorari should be available." Wright, Miller, & Cooper, supra, at 15-16 (footnotes omitted). Our frequent disregard for the rule announced in House v. Mayo weakens the suggestion that Congress could have placed significant reliance on it, especially in light of the commentary on our practice in the legal literature. This is not to say opinions passing on jurisdictional issues sub silentio may be said to have overruled an opinion addressing the issue directly. See, e. g., United States v. More, 3 Cranch 159, 172 (1805) (Marshall, C. J.). Our decisions remain binding precedent until we see fit to reconsider them, regardless of whether subsequent cases have raised doubts about their continuing vitality. Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc., 490 U. S. 477, 484 (1989). Once we have decided to reconsider a particular rule, however, we would be remiss if we did not consider the consistency with which it has been applied in practice. Swift & Co. v. Wickham, 382 U. S. 111, 116 (1965); see also Brown Shoe Co. v. United States, 370 U. S. 294, 307 (1962). This consideration, when combined with our analysis of the legal issue in question, convinces us the contrary holding of House v. Mayo cannot stand. We hold this Court has jurisdiction under § 1254(1) to review denials of applications for certificates of appealability by a circuit judge or a panel of a court of appeals. The portion of House v. Mayo holding this Court lacks statutory certiorari jurisdiction over denials of certificates of probable cause is overruled. In light of the position asserted by the Solicitor General in the brief for the United States filed August 18, 1997, the judgment of the Court of Appeals is vacated, and the case is remanded for further consideration consistent with this opinion. It is so ordered".

una razón suficiente para la justificación de la decisión judicial, hasta aquella en la que los precedentes constituyen razones meramente contribuyentes¹³⁹" (

5.5. Votación del tribunal y construcción del precedente:

Al tener un voto "común" mayoritario, la Corte Argentina no se enfrenta al problema que ven otros tribunales cuyas sentencias se forman con la opinión o votos separados. Independientemente que cada Juez pueda, al voto de la mayoría, agregar su voto concurrente o en disidencia. Así, se han dado casos que el propio tribunal ha afirmado que ha tenido que debatir largo tiempo para poder alcanzar un voto conjunto – ejemplo, tema corralito-. Otro caso que podemos citar es un voto peculiarmente "dividido" por temas, no obstante, llegó a una mayoría distinta escindiendo las cuestiones a decidir¹⁴⁰, pero a una mayoría al fin¹⁴¹.

Es interesante mencionar que en el caso de la Corte de Estados Unidos solo crea precedentes cuando la mayoría de los jueces adhieren en una *regla* de la decisión, usualmente a través de una opinión mayoritaria¹⁴². La principal excepción de ello está dada por la doctrina establecida en el notorio precedente *Marks v. United States*¹⁴³ que explicó la forma en que debe procederse en los supuestos en que existan una decisión dividida con variedad de argumentos, de la siguiente forma:

"When a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, "the holding of the Court may be viewed as

¹³⁹ NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro; "PRECEDENTE EN MATERIA DE HECHOS"; REVISTA DE DERECHO (VALDIVIA) [VOLUMEN XXXI - N° 1, P. 55.

¹⁴⁰ "2º) *Que en tales condiciones y frente a la inexorable obligación constitucional que pesa sobre esta Corte de decidir los asuntos pendientes, para alcanzar la indispensable mayoría absoluta de votos concordante s de los jueces que la integran que -a fin de dictar una sentencia válida- exige el art. 23 del decreto-ley 1285/58 (ratificado por ley 14.467), se debe escindir el conjunto decisorio en las diversas cuestiones 'que lo componen en las que no se ha logrado la mayoría en los términos señalados. En efecto y frente a situaciones de excepción como la que se verifica en el sub lite, dada la imposibilidad de convocar a conjuces al no concurrir ningún supuesto -de recusación, excusación, vacancia o licencia de alguno de los cinco miembros del Tribunal- que autorice dicha integración (decreto-ley citado, arto 22), esta Corte ha procedido bajo la modalidad indicada de resolver un caso escindiendo sus cuestiones (Fallos: 322:1100 y 324:1411), pues no hay otro modo de proceder legalmente contemplado que permita superar la situación de atolladero institucional que se verificaría cuando, como en el caso, participan del acuerdo los cinco miembros que legalmente integran el Tribunal y la mayoría absoluta integrada por los mismos jueces no concordare en la decisión de todas las cuestiones que exigiere la solución del caso". (causa Establecimiento Las Marías S.A.C.I.F.A. c/ Misiones, Provincia de s/ acción, declarativa; CSJN, Sentencia del 4 de septiembre de 2018, considerando 2º).*

¹⁴¹ ver: <https://www.cij.gov.ar/nota-31784-La-Corte-Suprema-se-pronunci--sobre-la-aplicaci-n-temporal-de-la-nueva-ley-de-honorarios-profesionales-de-abogados.html>

¹⁴² Por ejemplo *Corp. v. Dynamics Corp. of Am.*, 481 U.S. 69, 81 (1987) (treating a plurality's view as nonbinding because it "did not represent the views of a majority of the Court").

¹⁴³ 430 U.S. 188 (1977)

*that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds*¹⁴⁴"

Este principio conocido como la "Regla Marks" o "the Marks rule" se viene utilizando con una regularidad creciente en ese país, e incluso no solo por la Suprema Corte sino también en las Cortes de los Estados, con todos los problemas derivados de un precedente construido en esas condiciones, regulando determinada cuestión legal sin una opinión mayoritaria¹⁴⁵.

5.6. Técnica de remisión.

Técnica de la remisión al auto precedente: La Corte en una numerosa cantidad de ocasiones decide casos que le son llevados a su conocimiento –incluso en forma conjunta– mediante la *técnica de la remisión*. A través de su utilización es que se brinda como todo fundamento del temperamento a adoptar en la sentencia, que el caso guarda sustancial analogía con el (o los) precedente (s) que se citan, y lisa y llanamente se remite a él (o ellos). Ello me lleva a destacar dos aspectos que surgen de este empleo del precedente que tiene el Alto Tribunal, que entiendo son de utilidad a la presente investigación.

(I) El primero de ellos surge en forma un tanto evidente, esto es, la innegable relevancia que le otorga la CSJN al valor de sus precedentes, para lo cual pienso que no es necesario ahondar en ulteriores argumentos. Desde distintos planos, tanto sea de las fuentes del derecho como asimismo desde la calidad de la argumentación de las decisiones de la Corte a los fines de cumplimentar con el recaudo de una sentencia debidamente motivada, es un dato de capital importancia que ella misma considere que con el solo empleo de la cita de un precedente se da por satisfecho todos esos extremos. Ello, sin perjuicio de los problemas que este tipo de uso plantea, que se intentará enlistar a continuación.

(II) A diferencia de otros supuestos en los cuales la cita del precedente –aunque importante– constituye un elemento más en la estructura argumentativa de una sentencia, la técnica de remisión así utilizada presenta algunas falencias que pueden debilitar, asimismo –y paradójicamente– la construcción de una doctrina del precedente. Veamos.

¹⁴⁴ Id. at 193 (citando *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 169 n.15 (1976) (opinion de Stewart, Powell, and Stevens, JJ.)).

¹⁴⁵ Para profundizar, ver **RE Richard M.** "Beyond The Marks Rule", Harvard Law Preview, 132 ISSUE 7, 2019 disponible en <https://bit.ly/3U7ueUE>

En primer lugar, para los justiciables una sentencia así argumentada resulta de casi imposible escrutinio a los fines de conocer la suerte de sus agravios y qué extremos consideró la Corte que resultaban *sustancialmente análogos*. Por supuesto existen casos cuya elucidación requiere la identificación de elementos cuyo "encasillamiento" puede darse con mayor facilidad –pensemos por ejemplo un reajuste previsional o el denominado corralito financiero-, a riesgo de realizar una generalización inadecuada, podríamos afirmar que son casos en los cuales la prueba de los antecedentes fácticos que preludian la consecuencia jurídica determinada por la Corte en determinado supuesto normativo (léase, <ante determinado cobro de impuesto A en las condiciones B, la consecuencia jurídica es C> [fallo "García"¹⁴⁶]; <La percepción del adicional A en el sueldo del actor, en las condiciones B determina que deba ser incluido a los fines C> [Fallo "Bosso"¹⁴⁷]).

Pero existen muchos supuestos en donde los hechos y su prueba revisten una complejidad mayor –ej. daño ambiental; actos que se consideran "bélicos" o no a los fines de considerar si el daño es inherente a la actividad de las fuerzas de seguridad o no, etc.; - y los argumentos que se esgriman para sustentar la alegada analogía sustancial requerirán de un mayor detalle que la mera remisión

Como corolario de este punto hallo conducente citar el caso "Municipalidad de General Pueyrredón"¹⁴⁸. Entiendo que es un claro ejemplo de las complejidades que traen este tipo de técnica de resolución –de hacerse en forma muy escueta- para poder conocer los antecedentes fácticos y normativos que motivaron que el Máximo Tribunal decida en determinado sentido. Ello por cuanto allí hubo una "doble remisión", dado que la Corte remitió en razón de brevedad a los términos del dictamen de la Procuradora Fiscal la cual, asimismo, en su sucinto dictamen¹⁴⁹, había expuesto que el caso era sustancialmente análogo a un precedente de la Corte, y por tanto correspondía [a través de la aplicación

¹⁴⁶ "García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", CSJN, sentencia del 26 de marzo de 2019.

¹⁴⁷ "Bosso, Fabián Gonzalo c/ EN - M° Seguridad - PFA s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.", CSJN, sentencia del 24 de septiembre de 2019.

¹⁴⁸ "Municipalidad de General Pueyrredón y OSSE c/ AFIP s/ cobro de pesos", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 21 de diciembre de 2021.

¹⁴⁹ En el dictamen en cuestión se expresó que "[a] mi modo de ver, las cuestiones que se plantean en el sub lite son sustancialmente análogas a las ya examinadas y resueltas por el Tribunal en su sentencia del 30 de octubre de 2012 in re M.282, L.XLVI, "Municipalidad de Monte Cristo c/ DGI", a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir por razones de brevedad en lo que resulte pertinente. Opino, por tanto, que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada."

de su doctrina] hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Ni en el dictamen ni en la resolución de la Corte surgen explicitados los antecedentes de hecho y derecho que derivaron en que la Corte decidiera de ese modo. Por tanto, conocer qué similitudes derivaron en que se considerara que la causa era sustancialmente análoga al precedente citado, y eventualmente qué diferencias eran irrelevantes, es una tarea imposible si nos valemos únicamente de la literalidad de ambos escritos judiciales (dictamen y sentencia). Solo el voto del Dr. Rosatti echó un poco de luz sobre los mentados antecedentes.

Lo propio puede decirse de la causa "AMX¹⁵⁰", resuelta por remisión a un precedente del Alto Tribunal, y los antecedentes fácticos y normativos surgen únicamente del voto en disidencia de los Jueces Rosatti y Maqueda.

5.7. Distinguishing.

A través de la técnica de la diferenciación o el *distinguishing*, tanto el propio tribunal que dictó un precedente como los inferiores, cuando se enfrentan con un caso aparentemente análogo, deben identificar cuales aspectos del caso a decidir presentan sustanciales diferencias con el precedente en cuestión, a los fines de su no aplicación. Si bien se mira, muchas veces se tiende a confundir que en cierto caso "no se aplicó" un precedente que resultaría aplicable, cuando en verdad no lo era por poseer diferencias neurálgicas y determinantes.

"El distinguishing, en efecto, consiste en poner de relieve que los hechos del caso actual o las cuestiones jurídicas planteadas en él no son esencialmente semejantes a las del caso anterior, sosteniendo así que el caso anterior no constituye un precedente para el caso actual. El distinguishing, por consiguiente, no constituye en sentido estricto una excepción a la regla del precedente: cuando se usa el distinguishing se está indicando que no concurren los elementos precisos para hablar de precedente¹⁵¹".

Un ejemplo de *distinguishing* en la Suprema Corte estadounidense pienso que puede encontrarse en el caso "TANZIN ET AL. v. TANVIR ET AL." 592 US _ (2020) en donde concluyó –en fallo unánime– que, de acuerdo a lo dispuesto en la *Religious Freedom Restoration Act* de 1993 (RFRA) los litigantes pueden reclamar daños monetarios contra

¹⁵⁰ "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa AMX Argentina SA c/ Municipalidad de General Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 28 de octubre de 2021.

¹⁵¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, "RACIONALIDAD Y (AUTO) PRECEDENTE.", op. Cit., p. 143

funcionarios federales a título individual. Para hacerlo, trazó una distinción del caso *Sossamon v. Texas*, 563 U.S. 277 (2011)¹⁵² afirmando que, a diferencia de este último, en "Tanzin" no estaba en discusión una cuestión relacionada con la renuncia a la soberanía de un Estado.

En nuestro país, un ejemplo de "Distinguishing" lo encontramos en la causa "CEPIS" en la cual la Corte refirió la diferencias que se planteaba entre ese caso y otro precedente, lo cual justificaba la diversidad de soluciones y la inexistencia de una contradicción en ello, al afirmar que *"Lo dicho no se contradice con lo resuelto por el Tribunal en la causa "Soldano, Domingo" (Fallos: 337:877) Ello, toda vez que, como bien lo señalara el a quo, el presente caso no resulta análogo al supuesto fáctico de dicho antecedente, donde se definían los cargos para solventar las obras de ampliación de la infraestructura energética. En efecto, como se expresara en esa oportunidad, la ley 24.076 requiere la obligatoriedad de la convocatoria a la audiencia pública cuando media una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios, concepto que no alcanza a los ya referidos cargos específicos destinados a obras de infraestructura no contemplados en los contratos respectivos*¹⁵³."

Otro supuesto en el cual se utiliza el *distinguishing* se da al tiempo de revocar una sentencia de tribunal inferior que, en forma incorrecta, aplicó un precedente para un caso que presentaba diferencias relevantes con aquel y, por tanto, no debía hacerlo. Ejemplo de ello son las causas "Arregui¹⁵⁴", la Corte reseñó sucintamente el precedente "Mosca" con el cual el Tribunal inferior había sustentado su decisión, y explicó las diferencias que

¹⁵² en el cual al Corte había resuelto que los Estados, al aceptar fondos federales, no consienten en renunciar a su inmunidad soberana a demandas privadas por daños monetarios bajo la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) porque ninguna ley incluye expresa e inequívocamente tal renuncia.

¹⁵³ causa "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo"; Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 18 de agosto de 2016, Considerando 22.

¹⁵⁴ En el considerando 7º afirmó que "(...) por otro lado, el precedente "Mosca" invocado por la cámara para imputar responsabilidad objetiva a la Comunidad Homosexual Argentina no es aplicable a este caso. En dicha sentencia, la Corte decidió que los daños causados a una persona durante el transcurso de un espectáculo deportivo pago, reglado por una ley especial y en el cual la entidad organizadora tenía control de ingreso al evento, comprometían en forma objetiva su responsabilidad. Los hechos que dan lugar al reclamo de la actora en el presente, en cambio, no sucedieron en el marco de un espectáculo deportivo sino en un recital gratuito celebrado en un espacio abierto y público, con autorización del gobierno local y cuyo objeto era difundir una determinada consigna vinculada con la prevención del VIH-SIDA. Si bien para el tribunal de alzada se encuentra probada la ausencia de personal de seguridad de la Comunidad Homosexual Argentina -cuestión que no es revisable en esta instancia (...) lo dirimente de su decisión fue que las lesiones sufridas por el actor eran imputables a dicha entidad en forma objetiva por ser la organizadora del evento (...). Esta circunstancia también torna arbitraria la atribución de responsabilidad formulada, que el a quo sustentó jurídicamente en la doctrina del citado precedente" (Causa "Recurso de hecho deducido por la Comunidad Homosexual Argentina en la causa Arregui, Diego Maximiliano c/ Estado Nacional - PFA - y otros s/ daños y perjuicios", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 26 de diciembre de 2017).

se daban con el caso actual a resolver que conllevaban su no aplicación. Como, asimismo, el notorio precedente "COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES¹⁵⁵" en donde se declaró la inconstitucionalidad de diversas disposiciones legislativas vinculadas al Consejo de la Magistratura.

Finalmente, no podemos dejar de advertir la importancia de encontrar técnicas para una identificación lo menos problemática posible de cuáles son los hechos considerados relevantes y el alcance de la *Ratio decidendi* o holding de determinado precedente. Ello a fin de que, con la invocación de la técnica del *distinguishing*, se caiga en la indebida tentación de encontrar una diferencia irrelevante a los fines de no aplicar un precedente que sí regía la cuestión.

5.8. *Overruling*.

Aquí nos ocuparemos de cuando un caso es *rechazado* ¹⁵⁶(*overruled*), principalmente en el aspecto horizontal, puesto que en otros pasajes de esta investigación nos ocuparemos con mayor detalle a los casos de rechazo de parte de la Corte a sentencias de tribunales inferiores.

Tal como ha dicho Marinoni, la autoridad de los precedentes de los Tribunales superiores es fundamental para dar coherencia al ordenamiento jurídico, y esa autoridad no depende solamente de la observancia que de aquellos hagan los Tribunales Inferiores, sino también que las respectivas Cortes que elaboran los precedentes deben observarlos. Si esto no fuera así, los precedentes no pasarían de ser "*semblantes pasajeros del semblante del derecho*¹⁵⁷"

En este sentido, Arruda Alvin ha sostenido que la jurisprudencia debe ser estable, siendo dos los principales motivos que justifican el cambio o rechazo de un precedente:

¹⁵⁵ Causa "COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y OTRO c/ EN-LEY 26080-DTO 816/99 Y OTROS s/PROCESO DE CONOCIMIENTO", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 16/12/2021.

¹⁵⁶ Seguimos aquí la propuesta terminológica seguida en la traducción del libro de Saul Bremer y Harold J. Spaeth "*Stare indecisus. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos 1946-1992*" (Marcial Pons -2017) y la nota de los traductores explicaron que "*una de las expresiones centrales de este libro es –to overrule- que no tiene un equivalente exacto en castellano debido a las particularidades de la institución jurídica a la que se refiere. Esto podría justificar mantenerla en su idioma original; sin embargo, debido a su constante uso, podría ir en desmedro de la comprensión final del texto. Se ha optado por utilizar "rechazar" para traducir "overrule" porque no tiene la ambigüedad que algunas de las expresiones candidatas tienen (i.e. se identifican con otras instituciones jurídicas que sí tienen un correlato en el inglés) y porque ayuda a resaltar la relación entre dos precedentes, uno que se rechaza (overruling) y uno que es rechazado (overruled)...*" (ver pagina 14 del prefacio de Carmen Vázquez Rojas)

¹⁵⁷ MARINONI, Luis G. "Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores"; Revista dos Tribunais, São Paulo; v. 906, 9. 255-284, abril 2011).

el primero de ellos es la necesidad de que el derecho, a través de las decisiones judiciales –jurisprudencia- se adapte a los cambios que se suscitan en la sociedad. La segunda está dada por la motivación de corregir errores que se deriven de la aplicación de los precedentes en cuestión¹⁵⁸.

En el derecho comparado, la House of Lords del Reino Unido seguía, en materia horizontal, una doctrina de la obligatoriedad rígida, sin excepción alguna en atención a la materia¹⁵⁹. Recién en 1966 esto cambió, cuando en su famoso *practice statement* [declaración de práctica] el entonces máximo tribunal inglés estableció que el principio general seguiría siendo lo que he llamado la obligatoriedad horizontal. Sin embargo, para evitar que una adhesión demasiado rígida al precedente pudiera conducir a injusticias o restringir indebidamente el desarrollo del derecho, la House of Lords reconoció el poder de apartarse de una decisión previa cuando ello fuera juzgado correcto.

En Argentina, si bien con vaivenes en la terminología, desde antiguo nuestra Corte utiliza sus propios precedentes como fundamento para adoptar sus decisiones, y se ha hecho cargo de explicar que deben existir razones de seriedad para virar su doctrina. Ha dicho desde antiguo, por ejemplo en la causa "Baretta, Miguel c/ Prov. de Córdoba. Ferrocarril del Sud c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales" del año 1939 -falos: 183:409- que las sentencias que dicte deben ajustarse a las conclusiones de sus precedentes, porque no puede el Tribunal apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio. Y agregó que "aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos

¹⁵⁸ **ALVIM, Teresa Arruda**, "Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes", Revista dos Tribunais, 2021

¹⁵⁹ El *practice statement* fue anunciado el 26 de julio de 1966 y dice así: "Los Lores consideran el uso del precedente como un fundamento indispensable sobre el cual decidir qué es el derecho y su aplicación a los casos individuales. Otorga al menos algún grado de certeza en el cual se pueden apoyar los individuos en la administración de sus asuntos, así como una base para el desarrollo ordenado de reglas jurídicas. Los Lores reconocen, sin embargo, que una adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también a restringir indebidamente el apropiado desarrollo del derecho. Por ello proponen modificar su presente práctica y, aunque seguirán tratando decisiones pasadas de esta House como normalmente obligatorias, [proponen] apartarse de una decisión previa cuando ello parezca correcto. En conexión con esto tendrán presente el peligro de perturbar retroactivamente la base que sirvió como fundamento para contratos y arreglos de propiedad y fiscales, y también la especial necesidad de certeza en el derecho criminal. Este anuncio no está concebido para afectar el uso del precedente en otros tribunales distintos de esta House". [1966] 1 WLR 1234. (ver LEGARRE, Santiago: "LA OBLIGATORIEDAD HORIZONTAL DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA Y EL STARE DECISIS"; Derecho Público Iberoamericano, N° 4, pp. 237-254, Abril 2014.)

los supuestos, ni que pueda en materia constitucional, aplicarse el principio del "stare decisis" sin las debidas reservas (...) no es menos cierto, que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulte de manera clara, el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes" (ver causa citada).

Un ejemplo de *overruling* de autoprecedente es la causa "Barreto" (Fallos: 329:759) en donde se abandonó expresamente un criterio sentado con anterioridad (en el pronunciamiento dictado el 6 de octubre de 1992 en la causa "De Gandia, Beatriz Isabel" (Fallos: 315:2309) a los fines de determinar cuando se estaba frente a una causa civil en los términos del art. 24, inc. 1º, del decreto ley 1285/58, en donde el Tribunal debió explicitar los motivos de dicho cambio.

5.9. *Ratio decidendi*.

Pero, ¿Qué aspecto de la sentencia es el que han de seguir los tribunales inferiores y la propia Corte?. Al respecto, Taruffo distingue entre la *ratio decidendi* y los *obiter dictum* de la siguiente manera. *"la doctrina del precedente distingue entre ratio decidendi, es decir la regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso, y obiter dictum, o sea todas aquellas afirmaciones y argumentaciones que se encuentran en la motivación de la sentencia pero que, no obstante su utilidad para la comprensión de la decisión y de sus motivos, no constituyen parte integrante del fundamento jurídico de la decisión. Esta distinción puede ser difícil de percibir en la práctica, pero es fundamental, en cuanto ayuda a entender cómo únicamente por medio de la referencia directa a los hechos de la causa se puede determinar cuál es la razón jurídica efectiva de la decisión, es decir, la ratio que solamente puede tener eficacia de precedente. Los obiter dicta no tienen ninguna eficacia y no pueden ser invocados como precedente en la decisión de casos sucesivos, ya que no han condicionado la decisión del caso anterior¹⁶⁰."*

Tenemos entonces que, *en principio*, la *ratio decidendi* –o holding- del caso es el aspecto neurálgico a seguir de un precedente en futuras decisiones¹⁶¹. Y digo "en principio", con una pequeña digresión a lo afirmado más arriba por el maestro Taruffo en tanto que en la práctica la distinción entre RD y OD no suele estar exenta de dificultades

¹⁶⁰ TARUFFO, Michele; "Precedente y jurisprudencia". *Precedente. Revista Jurídica*, (-), (2007) p. 86-99. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434> p. 91.

¹⁶¹

y problemas, y asimismo usualmente existen supuestos en los cuales, lo dicho a modo de (o lo que teóricamente señalaríamos como) "obiter dicta" contiene una eficacia persuasiva altísima en futuros casos a decidir sobre la misma cuestión legal en debate¹⁶².

Chiassoni resalta dos modos de ver a la *ratio decidendi*¹⁶³ (en adelante, RD)

a) Concepción argumentativa: las RD son razones, premisas, pasajes lógicos necesarios, argumentaciones necesarias y/ o suficientes para justificar una decisión. Se vincula en términos genéricos a cualquier *elemento relevante* de la argumentación desarrollada por el juez para motivar la decisión de un caso. A diferencia de la concepción normativa –ver punto b siguiente- esta visión no refiere en forma específica ni a una norma general en sí y por sí considerada, como tampoco a una norma contextualizada.

b) Concepción normativa: las RD son normas, máximas, principios. Esta visión, a su vez, tiene dos variantes: a) *Concepción normativa abstracta:* en la cual la locución RD suele indicar la "Norma general" (sea regla, criterio, principio, premisa normativa universal, la máxima, etc) extraíble de una sentencia globalmente considerada, sobre la base de la cual ha sido decidido el caso; b) *concepción normativa concreta:* aquí la locución RD suele designar la "norma general contextualizada", esto es, aquella norma general usada por un juez para justificar la decisión de un caso, considerada en combinación de los argumentos que la apoyan y con la descripción del hecho al cual ha sido aplicada.

De la combinación estas dos concepciones –argumentativa y normativa- con la idea según la cual el razonamiento aplicativo de normas a hechos tiene una estructura lógico deductiva que constituye la "justificación interna" de la decisión judicial, el autor mentado propone una noción más definida de RD de la siguiente forma: "ratio decidendi es la norma general (máxima, principio), dotada de la forma lógica de una oración sintácticamente condicional, que funciona –o en la perspectiva del juez de legitimidad que reciba un recurso, debería funcionar- de premisa normativa en la justificación interna, lógico-deductiva- de una decisión judicial".

¹⁶² Remito a lo dicho sobre el tema en el punto siguiente.

¹⁶³ Ver CHIASSONI, Pierluigi "Ensayos de Metajurisprudencia..." Op. cit., p. 183 y sigs.

La identificación de la RD ha suscitado los más amplios debates doctrinarios (sobre todo en el *common law*, no tan así en nuestro ámbito), y lo propio puede decirse de lo que es OD y sus efectos a futuro.

Al menos aquí quisiéramos dejar planteado que ambos términos no dejan de ser controversiales y que no están exentos de dificultades interpretativas. El esquema simplificado con el que usualmente se presentan ambos conceptos, no grafica cabalmente las dificultades que se plantean para escoger los hechos relevantes y determinar la RD. Como ejemplo podríamos usar el famoso caso "*donoghue vs Stevenson*", de un caracol en una botella de cerveza de jengibre que causó problemas gastrointestinales y sentó la doctrina del "deber de cuidado" en el *common law* del Reino Unido. A mayor cantidad de hechos relevantes escojamos más acotado será el principio sentado, y viceversa, si solamente tomamos pocos o con un amplio grado de abstracción, la *Ratio* será amplísima.

Como un ejemplo de la relevancia de explicitar en forma correcta los hechos sobre los cuales se postula que un caso es sustancialmente análogo o a otro, o si se quiere, que se subsume en lo prescripto por la *ratio decidendi* de aquel, y la carga que ello conlleva para los recurrentes, podemos mencionar el caso "Milagro Sala¹⁶⁴" de la CSJN. Allí, en el considerando 7° de esa decisión, el Tribunal sostuvo que "*(...) tampoco resulta admisible el agravio referido a que la condena dictada en sede casatoria necesariamente aparejó la afectación a los principios de oralidad e intermediación, esencialmente, con base en que en esa sentencia se valoraron las declaraciones testimoniales brindadas durante la audiencia de juicio a partir de lo que, según la defensa, se registrara insuficientemente en las respectivas actas del debate. Esto es así, porque los términos en que está formulado el cuestionamiento, en tanto que resultan generales, desvinculados de las particularidades del caso y no rebaten los concretos fundamentos con que fuera rechazado en el pronunciamiento impugnado, evidencian en forma palmaria que la parte ha obviado cumplir, como era menester, con el criterio reiterado del Tribunal según el cual, para la procedencia del recurso extraordinario, no basta la aserción de una determinada solución jurídica si ella no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contempla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija crítica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya (Fallos: 330:2836; 343:1277, y sus citas, entre*

¹⁶⁴ "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Sala de Noro, Amalia Ángela s/ p.s.a. amenazas", CSJN, sentencia del 11 de febrero de 2021.

muchos otros). En efecto, resulta un claro déficit de fundamentación del recurso que el agravio se haya presentado a partir de premisas abstractas y genéricas que, dadas las particularidades del sub examine, no encuentran suficiente apoyo en la breve referencia al precedente de Fallos: 328:3399, ya citado, sin una razonada explicación de cómo este resultaría aplicable frente a las diferencias sustanciales que presenta respecto de aquel. Asimismo, el planteo no solo constituye una reedición del llevado ante el a quo, sino que también incurre nuevamente en el defecto advertido para fundar su rechazo, en tanto ni siquiera ensaya una referencia concreta que demuestre que el fallo condenatorio se sustentó en prueba valorada en los términos que, según alega, resultarían inválidos (...)” (el resalte me pertenece).

5.10. Obiter dictum.

La doctrina comúnmente ha enseñado al *obiter dictum* (OD) como un concepto residual¹⁶⁵ y negándole todo tipo de valor vinculante a futuro. Sin ir más es lejos, el maestro taruffo sostenía que “(...) los obiter dicta no tienen ninguna eficacia y no pueden ser invocados como precedente en la decisión de casos sucesivos, ya que no han condicionado la decisión del caso anterior¹⁶⁶.” O también se ha dicho que “El término obiter dicta generalmente es usado para referirse a aquellas observaciones irrelevantes que por lo general consisten en afirmaciones hechas en el curso de la exposición de los argumentos que justifican la decisión mientras que los dicta que se refieren a temas colaterales relevantes son conocidos como dicta judicial.¹⁶⁷”

No obstante lo cual, existen numerosos casos que, por diversas razones, la Corte ha tenido expresiones que debieran caer bajo el concepto de OD sin embargo, sentó principios a futuro, y son considerados precedentes. Tenemos entonces que, *en principio*, la *ratio decidendi* –o holding- del caso es el aspecto neurálgico a seguir de un precedente en futuras decisiones. Y digo “en principio”, con una pequeña digresión a lo afirmado más arriba por el maestro Taruffo en tanto que en la práctica la distinción entre RD y OD no suele estar exenta de dificultades y problemas, y asimismo usualmente existen supuestos

¹⁶⁵ “El término obiter dicta generalmente es usado para referirse a aquellas observaciones irrelevantes que por lo general consisten en afirmaciones hechas en el curso de la exposición de los argumentos que justifican la decisión mientras que los dicta que se refieren a temas colaterales relevantes son conocidos como dicta judicial.” (CROSS, Rupert, et al., 2012: *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, p. 106

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele; “Precedente y jurisprudencia”. *Precedente. Revista Jurídica*, (-), (2007) p. 86-99. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434> p. 91.

¹⁶⁷ CROSS, Rupert, et al., 2012: *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, (traducción castellana de María Angélica Pulido, 2012 p. 106).

en los cuales, lo dicho a modo de (o lo que teóricamente señalaríamos como) "obiter dicta" contiene una eficacia persuasiva altísima en futuros casos a decidir sobre la misma cuestión legal en debate, al ser casos que procesalmente habían devenido abstractos o no había propiamente un "caso".

Ejemplos de ello los encontramos en la causa "Fal" sobre aborto no punible, donde técnicamente el objeto discutido había devenido abstracto¹⁶⁸. Esta causa ha merecido y merece especial interés por el tópico "de fondo" que originó la controversia, dado que se trataba de uno de los supuestos en los que expresamente el Código Penal argentino establecía como excepción a las penalidades por la práctica de un aborto –anterior a la actual ley de aborto, denominada "interrupción voluntaria del embarazo"–.

Los antecedentes reseñados por el Alto Tribunal dan cuenta que la causa que devino abstracta con anterioridad a llegar a sus estrados –el aborto se practicó antes de que el REF fuera resuelto- y que, por sus particularidades, la Corte se expidió para sentar lineamientos en la materia para supuestos análogos a futuro, atento lo improbable que un caso de esa índole llegue en término a la Corte.

Planteada así la cuestión, a mi modo de ver surge en forma clara que la repetición casi a modo de *mantra* de que las decisiones de la Corte deciden solo los casos particulares que le son llevadas a su conocimiento y no resultan vinculantes a futuro para casos análogos deben ser seriamente repensadas a fin de no confundir ni describir equivocadamente lo que –en los hechos- es el funcionamiento del Máximo Tribunal.

Veamos.

- I. En este caso, paradójicamente, no existía "un caso" que deba resolver el Tribunal, dado que como se dijo más arriba la causa había devenido abstracta. Al respecto cabe rememorar lo que dijéramos al inicio respecto a que la Corte no posee una agenda propia, no emite opiniones ni puede elegir qué temas resolver por propia iniciativa sino que son las causas que le llegan a su conocimiento por las vías constitucionales y legales previstas las que debe resolver. Que aquí halla operado una (especie de) excepción a esa regla no despertaría mayores asombros, puesto

¹⁶⁸ Los antecedentes reseñados por el Alto Tribunal dan cuenta que la causa que devino abstracta con anterioridad a llegar a sus estrados –el aborto se practicó antes de que el REF fuera resuelto- y que, por sus particularidades, la Corte se expidió para sentar lineamientos en la materia para supuestos análogos a futuro, atento lo improbable que un caso de esa índole llegue en término a la Corte. (ver causa "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", sentencia del 13 de marzo de 2012)

que ha sido el propio Tribunal quien ha sentado ingente cantidad de veces en forma jurisprudencial distintas excepciones a las reglas que le impedirían conocer en determinado REF (ej. en sentencias que no son consideradas "definitivas" – medidas cautelares-; en temas de hecho y prueba –doctrina de la arbitrariedad- etc.). lo que tiene de particular este caso, pienso, es que diversas de las excepciones que ha sentado a lo largo de la historia han sido , justamente, para *resolver* una controversia, usualmente bajo argumentos de notoria importancia como la gravedad institucional, los derechos fundamentales en juego, la celeridad que requería su solución, etc. Aquí, a riesgo de fatigar, no existía ninguno de esos supuestos dado que el "caso" había desaparecido o bien tornado abstracto, al haberse cumplido la pretensión principal

- II. Lo dicho en el punto interior nos lleva a interrogarnos ¿entonces para qué el Tribunal se tomó el trabajo de dictar una sentencia que resulta ser desde lo técnico un gran "*obiter dictum*" si no había intereses en conflicto en ese momento?. La respuesta pareciera darla el propio tribunal quien destacó el aspecto temporal, al cotejar el tiempo que insume un embarazo y el lapso que demanda una causa en llegar al Máximo Tribunal.
- III. Por lo tanto, en un sistema jurídico dado existen intérpretes calificados por el propio ordenamiento en virtud de lo cual las interpretaciones que efectúen de determinada formulación normativa poseen una relevancia. En ese esquema, al tiempo de resolver causas la Corte, efectúa, como es sabido, una interpretación *decisoria*. No emite opiniones o da su "parecer" sobre los temas a modo de "quien quiera oír que oiga", sino que lo hace destinando su discurso a sujetos determinados o determinables. Entonces, ¿para qué hizo lo que hizo cuando los sujetos que habían estado implicados en la controversia ya habían visto agotado extinguido el motivo que la suscitó?. De lo dicho por el propio Tribunal en esa decisión, considero que es insoslayable concluir que la Corte percibe sus precedentes con una fuerza vinculante para que los tribunales inferiores en grado y asimismo, para aquellos sujetos –estatales o no estatales- que puedan verse en situación de decidir un caso sustancialmente análogo a futuro adecúen su conducta al efecto. Nótese que al enviar ese "mensaje" –principalmente al Estado *lato sensu*, un habitué ante sus Estrados- lo que pareciera pretender con ello no es solo que

de judicializarse una conducta que ya mereció un criterio con anterioridad se resuelva concordemente, sino también *evitar que se judicialice*.

También podemos citar el fallo que revocó la expulsión de una inmigrante por reunificación familiar (causa "C. G., A.", Fallos: 345:905 2022), cuya pretensión principal al tiempo de resolver se habría tornado abstracta –ver voto en disidencia de Rosenkrantz-, pese a lo cual la mayoría dictó una sentencia revocando la del *a quo*. Y finalmente, es importante citar el notorio caso "Rey c. Rocha" (Fallos: 112:384) del año 1909, el cual es considerado el precedente con el que la Corte Suprema inauguró la doctrina de la "arbitrariedad"¹⁶⁹.¹⁷⁰, y los argumentos relacionados con esa doctrina fueron introducidos a modo de *obiter dictum*, dado que desde la faz discursiva el caso estaba resuelto con otro argumento principal.

CAPÍTULO 5. Doctrina del precedente en la Argentina.

6.1. El valor de los precedentes de la CSJN a lo largo de su historia.

Como resulta consabido, el principio del *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 seguirlos¹⁷¹.

En el caso de Argentina, la obligación de seguir los precedentes de la Corte por parte de los tribunales inferiores tiene matices con la doctrina sentada por su par norteamericano. En cuanto al *precedente vertical*, si pareciera advertirse una diferencia sustancial en cuanto a la posibilidad de apartarse de los precedentes del máximo tribunal de parte de las instancias anteriores en la Corte Estadounidense y la de Argentina. La Corte Norteamericana ha sostenido, por ejemplo en el caso *R. de Quijas v. Shearson/Am. Exp.*, 490 U.S. 477 (1989), que los tribunales inferiores *no tienen permitido* apartarse de un precedente dictado por ella, cuando resulta aplicable a un caso¹⁷². En ese sentido, la

¹⁶⁹ El propio Máximo Tribunal así lo ha dicho en un boletín sobre la temática referida a la arbitrariedad (ver "LOS PRIMEROS PRECEDENTES SOBRE LA DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD ", disponible <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/57/documento>)

¹⁷⁰ Parece ocioso aclarar la importancia de esta doctrina de la arbitrariedad en el funcionamiento del Máximo Tribunal. en la resolución de causas el 50 % de las sentencias emitidas por la CSJN solo por recurso extraordinario versan sobre arbitrariedad (MANILI, Pablo L., *Cien años de arbitrariedad. Desafíos de una doctrina centenaria de la Corte Suprema*, La Ley, 2-12-09.)

¹⁷¹ Cfr. *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. (2020), nota al pie 5 del voto del Justice Kavanaugh en la slip opinion.

¹⁷² "We do not suggest that the Court of Appeals, on its own authority, should have taken the step of renouncing *Wilko*. If a precedent of this Court has direct application in a case, yet appears to rest on reasons rejected in some other line of decisions, the Court of Appeals should follow the case which directly controls,

Corte es quien tiene la potestad de determinar si existen razones de conveniencia para apartarse de un precedente –*overruling*– .

En Argentina, los inferiores tienen la obligación de seguir los precedentes de la CSJN pero tienen la posibilidad de apartarse, aunque únicamente si se dan determinados supuestos, tal como veremos a continuación.

Nuestra Corte desde antiguo en los casos –no tan notorios– “Santín¹⁷³” y “Balbuena¹⁷⁴” fue edificando la doctrina del precedente vertical, al destacar en el primero de ellos la autoridad definitiva que tiene la interpretación que realiza en sus decisiones de la constitución nacional, y por lo tanto invocarla sin seguirla ni controvertir sus fundamentos implicaba desconocer esa autoridad; y en Balbuena sostuvo que carecía de fundamento la sentencia que se aparta de la doctrina de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición del Alto Tribunal.

Luego, al cual usualmente se identifica como un verdadero *leading case* sobre este tema, tuvo ocasión de decir en “Cerámica San Lorenzo¹⁷⁵” el Tribunal estableció, por un lado, que sus fallos no resultan “obligatorios” para casos análogos, pero que no obstante ello las instancias inferiores tienen el “deber de conformar sus decisiones a aquéllas”. De igual forma, resolvió que carecen de fundamento las sentencias que se apartan de esos precedentes “...sin aportar nuevos argumentos”. De conformidad con este esquema, parecería que las instancias inferiores pueden contribuir en el proceso de evolución y

leaving to this Court the prerogative of overruling its own decisions. We now conclude that Wilko was incorrectly decided, and is inconsistent with the prevailing uniform construction of other federal statutes governing arbitration agreements in the setting of business transactions. Although we are normally and properly reluctant to overturn our decisions construing statutes, we have done so to achieve a uniform interpretation of similar statutory language, Commissioner v. Estate of Church, 335 U. S. 632, 335 U. S. 649-650 (1949), and to correct a seriously erroneous interpretation of statutory language that would undermine congressional policy as expressed in other legislation, see, e.g., Boys Markets, Inc. v. Retail Clerks, 398 U. S. 235, 398 U. S. 240-241 (1970) (overruling Sinclair Refining Co. v. Atkinson, 370 U. S. 195 (1962)). Both purposes would be served here by overruling the Wilko decision”.

¹⁷³ “Santín, Jacinto s/impuestos internos”, Corte Suprema de Justicia de la Nación. 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

¹⁷⁴ Balbuena, César Aníbal, 1981, Fallos: 303:1769.

¹⁷⁵ “...no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (confr. Doc. De Fallos: 25:364). De esa doctrina, y de la de Fallos: 212: 51 y 160, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se aparten de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal y de las leyes dictadas en su consecuencia (confr. Causa: “Balbuena, César Aníbal s/ extorsión”; resuelta el 17 de noviembre de 1981), especialmente en supuestos como el presente, en el cual dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante” (Causa “incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo”, Corte Suprema de Justicia de La Nación, sentencia del 4 de julio de 1985, Fallos 307:1094.

modificación de los precedentes, de encontrar nuevos argumentos que permitan y justifiquen su revisión, quedando reservada a la Corte la última palabra sobre el punto.

En este orden de ideas, ha sido la propia CSJN quien en el interesante caso "Arte Radiotelevisivo"¹⁷⁶ precisó aspectos de la fisonomía del valor del precedente en Argentina, dejando a salvo que ello no implicaba adscribir al principio del *stare decisis*: "... Que en su actual composición esta Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de las cuestiones de índole constitucional debatidas en el sub lite en las causas "Editorial Rio Negro S.A." (Fallos: 330:3908) y "Editorial Perfil" (Fallos: 334: 109). La autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores. Así, en Fallos: 183:409 se estableció que el Tribunal no podría apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio. Sería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos (cf. Thomas M. Cooley citando al Canciller Kent, *Constitutional Limitations*, t. 1, pág. 116). Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *stare decisis* sin las debidas reservas -conf. Willoughby, *On the Constitution*, t. 1, pág. 74-, no es menos cierto que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (conf. doctrina de Fallos: 183 :409 citado). 7º) Que esa autoridad doctrinal se extiende a todas las partes de un caso judicial que intentaren promover la apertura de la jurisdicción revisora, federal y extraordinaria que contempla el artículo 14 de la ley 48. De modo que cuando la interpretación llevada a cabo en la sentencia dictada por el superior tribunal de la causa sea ajustada a precedentes de esta Corte -que, como en estas actuaciones, además son expresamente invocados y reproducidos en el pronunciamiento de la cámara -, quien pretenda del Tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata

¹⁷⁶ "Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c/ Estado Nacional - JGM - SMC s/ amparo ley 16.986", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 11 de febrero del 2014.

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. Esa carga argumentativa calificada, que en el sub lite se ahonda por tratarse la recurrente de la misma parte cuyos planteos fueron desestimados en la citada causa "Editorial Perfil S.A.", ha sido manifiestamente incumplida por el Estado Nacional, circunstancia que exime al Tribunal de toda otra consideración respecto del examen de la procedencia de los agravios planteados para confirmar la sentencia apelada. 8º) Que lo expresado en el considerando anterior acerca del valor del precedente adquiere particular relevancia en el caso de la sentencia dictada en la citada causa "Perfil" y de las pautas objetivas, cuantificables y generales -en esencia republicanas- en ella establecida. La conducta estatal encaminada a no aplicar estos criterios constituye una clara violación de principios constitucionales".

Bajo tales premisas, y atento que la jurisprudencia –tal como vimos ut supra en el punto 2.2.4- no está receptada como “fuente” en el CCyC, uno tendería a concluir, si se adoptara una lectura exegética y concluyente de esta disposición legislativa, que el asunto se encuentra cerrado al debate, y que aquella no tiene dicha categoría.

Frente a ello, hallo oportuno recordar que Bobbio sostenía, sobre las normas de conducta en general y las jurídicas en particular, que podían ser sometidas a tres criterios de valoración, o tres órdenes de problemas, todos ellos [de alguna manera vinculados pero] independientes entre sí, a saber: a) si la norma es justa o injusta, b) si es válida o inválida y c) si es eficaz o ineficaz. Concordemente con su independencia, estos tres criterios darían lugar a que: 1) una norma pueda ser justa sin ser válida; 2) una norma puede ser válida sin ser justa; 3) una norma puede ser válida sin ser eficaz; 4) una norma puede ser eficaz sin ser válida; 5) una norma puede ser justa sin ser eficaz; 6) una norma puede ser eficaz sin ser justa¹⁷⁷.

Si esto es así, entonces el estudio del valor que tiene la jurisprudencia y/o los precedentes en Argentina, en términos de fuentes de derecho, podría hacerse en planos diferentes. Desde la faz normativa, ya vimos su no recepción en el ordenamiento jurídico como fuente en el CCyC. A su vez es pertinente señalar que recientemente, entre las reformas establecidas por la ley 27500 recobró vigencia la obligatoriedad de los fallos

¹⁷⁷BOBBIO, Norberto “Teoria general...”, Op. cit. Pag. 19-23.

plenarios en el orden federal¹⁷⁸, más ello –si bien reviste suma importancia en el fuero– no variaría, en principio y en lo que aquí se intenta dilucidar, el valor de los precedentes del Alto Tribunal.

Ahora bien, en la *praxis* judicial¹⁷⁹, pareciera ser que la Corte tiene una percepción bien definida en cuanto al empleo de sus precedentes como instrumento necesario para llevar a cabo sus funciones institucionales más eminentes: tanto sea para decidir cuestiones análogas traídas a su conocimiento, mediante la remisión a los precedentes que estima aplicables (ejemplo, causa "Flucha"¹⁸⁰), como así también para descalificar las sentencias que se apartan de ellos. Por ello, si bien ha tenido criterios con diversos matices a lo largo de su historia¹⁸¹, actualmente la CSJN pareciera sostener que las sentencias que dicta tienen tanto una "obligatoriedad moral" como una "autoridad institucional" fundada

¹⁷⁸ Luego de esta reforma, el artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación quedó redactado de la siguiente manera: "*Obligatoriedad de los fallos plenarios. Art. 303: La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria. (Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 27.500 B.O. 10/1/2019. Vigencia: a partir del día de su publicación oficial)*"

¹⁷⁹Un trabajo insoslayable para ver en concreto estadísticas sobre el funcionamiento de la actual composición de la CSJN y los porcentajes de causas resueltas por remisión a precedentes –entre otros datos de sumo interés– puede encontrarse en la investigación dirigida por **GIANNINI Leandro J.** "*Análisis de la producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración*", Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/N° 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386. Asimismo, estadísticas oficiales respecto a la cantidad de sentencias resueltas de esta forma, como así también otros datos estadísticos, pueden ser examinados en el sitio institucional de la CSJN, <http://csjn.gov.ar/datos-estadisticos/sentencias-de-la-corte-suprema> (fecha de consulta, enero 2019).

¹⁸⁰ En "Flucha" el Máximo Tribunal remitió a la doctrina de diversos precedentes a los fines de resolver el recurso, : "*CONSIDERANDO: Que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas por el Tribunal en los precedentes "Gargiulo" (Fallos: 329: 3103); "Curuchet" (Fallos: 331: 2088), y en la causa CSJ 668/2009 (45-c) /cs1 "Cuaglio, Margarita Celia t otros c/ EN – SIDE – dto. 502/ 03 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg. ", fallada en 15 de febrero de 2011, a cuyos fundamentos corresponde remitir, en lo pertinente, en razón de brevedad. Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada con los alcances que surgen de los precedentes mencionados*" (causa "FluchaPuigbo, Julieta y otro c/ EN – SIDE –dto. 502/03 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 29 de marzo de 2016).

¹⁸¹ resolviendo por ejemplo a) en el antiguo caso "Videla", que los juzgados de sección deben conformar sus resoluciones a las decisiones que, en casos análogos, dicte la Suprema Corte (Causa "Videla, Magdalena c/ García Aguilera, Vicente", sentencia del 5 de abril de 1870, Fallos: 9:53.) b) que si las circunstancias del caso a fallarse no revelan claramente el error o la inconveniencia de las decisiones anteriormente adoptadas con respecto a la misma cuestión jurídica haciendo ineludible un cambio de criterio, corresponde aplicar la doctrina de los mencionados antecedentes (Fallos: 183:409 (1939), "Baretta v. Provincia de Córdoba"; Fallos: 212: 160 (1948), "Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba"); c) Que las resoluciones de la CSJN solo deciden el caso sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial (causa "Villada, Juan Carlos y otros s/ robo calificado", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 9 de octubre del 1990; considerando 7, Fallos 313:101 (con cita asimismo de Fallos 25:368) causa "Villada, Juan Carlos y otros s/ robo calificado", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 9 de octubre del 1990; considerando 7, Fallos 313:101 (con cita asimismo de Fallos 25:368) d) acatamiento de su jurisprudencia por parte de los demás tribunales, dado que los jueces tienen la obligación "moral" de conformar sus decisiones a la jurisprudencia de la Corte (Fallos: 25 364 (1883) "Pastorino v. Ronillon"; 307:1094, "Cerámica San Lorenzo").

en su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia¹⁸² y, por lo tanto, los tribunales inferiores no pueden apartarse de tales criterios al momento de resolver un caso sustancialmente análogo, salvo que introduzcan nuevas razones que así lo ameriten. Es decir, nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición por ella sentada¹⁸³.

Es importante destacar que durante el año 2022¹⁸⁴, ha resuelto un total de 1758 fallos, y 6263 causas¹⁸⁵ **por remisiones a sus precedentes**; también 839 fallos y 841 causas por remisión a dictámenes de la PGN (vale mencionarlo porque en muchos casos los dictámenes se sustentan, precisamente, en precedentes de la CSJN, con lo cual habría una especie de *doble remisión*¹⁸⁶) Considero oportuno mencionar las siguientes reflexiones de BERIZONCE en relación con la importancia de las investigaciones empíricas en el campo del derecho "**II. La investigación empírica como punto de partida del diseño de toda propuesta de reforma. El punto de arranque y apoyo insustituible de cualquier programa que aspire a ser rendidor, está constituido por un correcto y completo relevamiento empírico del funcionamiento, en todos sus niveles, del servicio jurisdiccional. Un acopio cuantitativo y cualitativo de datos fácticos relevantes que permitan el diagnóstico exacto de la situación. No se trata del estudio dogmático o exegético de sus normas organizativas, sino de la verificación en concreto de la forma como las provisiones del contexto legislativo se cumplen (o incumplen), y mejor aún, si la realidad que se releva se corresponde con el modelo ideal pergeñado para abastecerla**¹⁸⁷".

¹⁸² Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227; "Martínez Vergara, Jorge Edgardo", Fallos: 331:162; y "Arte Radiotelevivo", Fallos: 337:47. Al respecto es útil remarcar lo resuelto en "Viñas", donde la Corte resolvió que "que con arreglo a lo establecido por este Tribunal en un pronunciamiento reciente, no obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de interpretar supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores; y cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resultar de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (Fallos: 339:1077 y sus citas)" ("Viñas, Pablo c/ EN – M Justicia y DDHH s/ indemnizaciones – ley 24023 – art. 3° y CAF 47857/2016/CS1 – CA1 'Viñas, Carlos c/ EN – M Justicia y DDHH s/ indemnizaciones - ley 24023 – art. 3°", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 22 de mayo del 2018).

¹⁸³ Fallos 307:1094; 339:1097; 340:257; 341:1846 y 342:584

¹⁸⁴ Fuente : CSJN: <https://www.csjn.gov.ar/transparencia/datos-estadisticos/sentencias/2022>

¹⁸⁵ La CSJN aclara que en el *total de causas*, una sentencia incluye varias causas (sentencias individuales y colectivas).

¹⁸⁶ La causa "Municipalidad de General Pueyrredón y OSSE c/ AFIP s/ cobro de pesos", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 21 de diciembre de 2021 es un ejemplo de ello.

¹⁸⁷ **BERIZONCE, Roberto O.** "EL FUNCIONAMIENTO EN CONCRETO DEL SERVICIO DE LA JUSTICIA; NECESIDAD DE INVESTIGACIONES EMPIRICAS" Publicado en *Derecho Procesal Civil Actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999.

De conformidad con este esquema planteado por la Corte, las instancias inferiores podrían contribuir en el proceso de evolución y modificación de la interpretación de determinada cuestión legal, de encontrar nuevos argumentos que permitan y justifiquen su revisión, quedando reservada a la Corte la última palabra sobre el punto, descalificando como arbitrarias (es decir, como acto jurisdiccional inválido) aquellas decisiones de los inferiores que no sigan sus precedentes sin cumplir esta carga argumentativa calificada. Esto último, en palabras de la propia Corte, constituye un verdadero "deber". Entonces, y siguiendo la terminología y clasificación del tópico propuesta por el Dr. Chiassoni, presumiblemente estemos frente a un precedente con "relevancia *de iure* argumentativa en sentido fuerte¹⁸⁸".

Vemos en la causa "Alianza Frente Patriota¹⁸⁹" como la Corte utilizó un precedente en dos sentidos, en primer lugar para resolver propiamente la controversia, mediante la técnica de la remisión al considerarlo sustancialmente análogo al conflicto que allí se discutía, al decir que: "(...) los agravios, de la recurrente remiten al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas por el Tribunal en la causa "Alianza UNEN - CF" (Fallos: 338:628), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad" (considerando 2°.)

Y por el otro, para "bajar línea" al Tribunal inferior, que había inaplicado dicho precedente sin la debida carga argumentativa que conllevaría su apartamiento, para lo cual también la Corte puso énfasis en que se trataba de un pronunciamiento "reciente": [q]ue las razones invocadas por la Cámara Nacional Electoral para no aplicar esa doctrina, no resultan idóneas ni suficientes para cumplir con la rigurosa carga argumentativa que se exige para justificar el incumplimiento del deber que tienen los jueces inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias de este Tribunal; máxime cuando se trata de un criterio establecido por el intérprete supremo de la Constitución Nacional en un fallo reciente (Fallos: 307:1094; 315:2386; 329:759 y 332:616)" (considerando 3°).

Otro ejemplo de ello, visto desde la óptica de un Tribunal anterior a la Corte: en la causa "Di Pardo¹⁹⁰" –y siguientes- la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata resolvió

¹⁸⁸ CHIASSONI, Pierluigi, "Ensayos de Metajurisprudencia..." op cit. Pag. 211 y sigs.

¹⁸⁹ causa "Apoderados de la Alianza Frente Patriota Bandera Vecinal Distrito Buenos Aires (art. 71 bis ley 26.215) s/ aportes públicos", CSJN, sentencia del 18 de febrero de 2020.

¹⁹⁰ Causa N° FLP 63106145/2009/CA1, caratulada: "DI PARDO, EDUARDO ELOY c/ ANSES s/ REAJUSTE DE HABERES", Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala 1, sentencia del 2 de marzo de 2015.

la cuestión llevada a su conocimiento de conformidad al precedente "Spitale¹⁹¹", argumentando que: "(...) el sub lite reitera cuestiones ya tratadas y resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Spitale, Josefa Elida c/ ANSeS s/ impugnación de resolución administrativa" del 14-09-2004 en Fallos 327:3721 a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitirse en razón de brevedad. No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, ha señalado reiteradamente el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a sus sentencias, dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294); lo que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 256:280; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas); ya que lo contrario, carecerían de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartaren de los precedentes de la Corte, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por dicho Tribunal en el carácter mencionado (conf. "Cerámica San Lorenzo", Fallos: 307:1094).

La interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema –en este caso con relación al artículo 14 bis- tiene, por disposición de la Ley Fundamental y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (conf. art. 116 de la Const. Nac. y art. 14 de la Ley 48), por lo que la interpretación que hace el Máximo Tribunal respecto de las cláusulas constitucionales no tiene únicamente autoridad moral, sino institucional (conf. Fallos: 212:51 y 251); de allí la trascendencia de seguir su doctrina en supuestos análogos." (Énfasis agregado).

6.2. Utilidad del precedente vinculante.

Ahora bien, llegado a este estadio del estudio de la cuestión cabe interrogarse, ¿qué importancia tiene o tendría que los precedentes emitidos por la CSJN sean vinculantes, o tengan una alta eficacia persuasiva para los tribunales inferiores?, ¿En qué medida es conveniente, o qué ventajas comparativas presenta, un sistema en el cual el máximo tribunal siente lineamientos a ser seguidos por las anteriores instancias en la jerarquía judicial, en contraposición a un sistema de control de legalidad caso a caso?.

¹⁹¹ "Spitale, Josefa Elida c/ ANSeS s/ impugnación de resolución administrativa", CSJN, sentencia del 14-09-2004 ; Fallos 327:3721

Usualmente se suele identificar, entre los argumentos en favor de un sistema de precedentes a los fines de reforzar valores que asegura un Estado de Derecho, la importancia de la certeza, la previsibilidad y el respecto por las expectativas generadas en la sociedad¹⁹². En palabras simples: que la ciudadanía conozca de antemano cuales pueden ser las consecuencias de sus actos, de acuerdo a las disposiciones legislativas (en sentido amplio) y la interpretación que de ella haga el poder judicial¹⁹³.

En esa línea, Marinoni¹⁹⁴ destaca cuales son a su entender los fundamentos para un precedente obligatorio: a) **la realización de la igualdad**: entiende que es el principal fundamento de un sistema de precedentes obligatorios es la igualdad de todos ante el derecho¹⁹⁵. El Estado no solo proclama y e incentiva la igualdad, sino que la tutela. En consecuencia, debe dictar normas que aseguren la igualdad, y no puede admitir un trato no igualitario en el proceso en el que ejerce su poder, como tampoco puede *producir derecho* (a través de sus jueces) que exprese un trato desigual ante situaciones idénticas. También Recuerda que el principio *treat like cases alike* es la base secular del *stare decisis* y por ende de los precedentes obligatorios en el *common law*; b) **la imparcialidad**: si bien siempre esta función está ligada al juez, el Estado tiene el deber de tratar con

¹⁹² Al respecto puede consultarse la síntesis que realiza WALDRON de los principales argumentos en favor de un sistema de precedentes: "*There is a cluster of considerations commonly cited in support of the system of precedent that seems to invoke rule-of-law values. These include the importance of certainty, predictability, and respect for established expectations. By commanding that judges follow previous decisions, stare decisis is supposed to make it easier for people facing a new situation to predict how the courts will deal with it: they will deal with it in the way that they have dealt with similar situations in the past, rather than striking out unpredictably with a new approach of their own. The predictability that this fosters is supposed to make it easier for people to exercise their liberty (i.e., their autonomous powers of planning and action). The connection between liberty and law's predictability is a powerful theme in the modern rule-of-law literature*" (WALDRON Jeremy, "Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach", MICH. L. REV. 1 (2012). Disponible en <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss1/1> p. 9).

¹⁹³ Como puso de relieve la Corte estadounidense en *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 844 (1992): "*Liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt*".

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, "*Del tribunal que declara <el sentido exacto de la ley> al tribunal que sienta precedentes*", publicado en "La misión de los tribunales supremos", Taruffo Michele; Marinoni, LuizGuilherme y Mitidiero, Daniel (coords.) Editorial Marcial Pons, 2016, pags. 224/229.

¹⁹⁵ Sobre este punto cabe rememorar que el principio de igualdad se encuentra consagrado en diversas constituciones, por caso: Constitución de Argentina, artículo 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas", Constitución de Italia, artículo 3 "Tutti i cittadinihannoparidignitàsociale e sonoegualidavantiallalegge, senzadistinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinionipolitiche, di condizionipersonali e sociali. È compito dellaRepubblicarimuoveregliostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impedisconoilpienosviluppodella persona umana e l'effettivapartecipazione di tutti i lavoratoriall'organizzazionepolitica, economica e sociale del Paese".

imparcialidad los asuntos que se refieren al pueblo. Asimismo, señala que el Juez no puede dar primacía a una de las partes respecto a la otra, pero que no se percibe que el Juez no pueda emitir decisiones distintas para casos iguales en los cuales el tribunal supremo haya elaborado la solución que el derecho impone al caso; c) **la coherencia del derecho:** Si el poder judicial "Produce" derecho, es inadmisibles e ilógico suponer que cada juez o tribunal pueda producir su propio derecho sin ninguna coherencia con el orden jurídico y d) **la seguridad jurídica:** el ciudadano [los justiciables] deben conocer las consecuencias jurídicas de sus actos en sociedad, lo cual supone una previsibilidad en la unívoca calificación de esas situaciones jurídicas.

Un argumento –a mi juicio, de peso- en favor de un precedente con alta eficacia persuasiva, está dado por el *principio de igualdad*. Como resulta sabido, en su faz –llamémosle- *positiva*, este principio determina el tratamiento igualitario ante casos homónimos, y en su faz *negativa* proscribire un tratamiento discriminatorio, o diferenciado, ante casos análogos. Esto resulta de aplicación tanto en el derecho *de fondo*, como *de forma*, a saber: ante determinado hecho jurídico, las disposiciones legislativas aplicables –vgr. penales, civiles, administrativas etc.- deben ser de aplicación a todos sus destinatarios, y si el asunto llega a ser judicializado, debe debatirse en un proceso de iguales características, según la competencia que se trate.

En palabras de la Corte, la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (Fallos: 16:118; 95:327; 117:22; 124:122; 126:280; 137:105; 138:313; 151:359; 182:355; 199:268; 270:374; 286:97; 300:1084, entre muchos otros), lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas (Fallos: 115:111; 123:106; 127:167; 182:398; 236:168; 273:228; 295:455; 306:1560; 318:1256).

Calamandrei ha explicado el punto con claridad, al señalar que "*...el Estado asume el monopolio y responsabilidad de la resolución judicial, no obstante que proviene del razonamiento humano y, por tanto, la justicia es producto de la razón, pero de una razón oficial garantizada por el Estado. Por este motivo, el Estado ha sentido la necesidad de fijar, a través de un sistema de reglas obligatorias (el corpus de las cuales constituye*

precisamente el Derecho procesal), las fases y los mecanismos de la técnica judicial. No puede permitir que las formas de hacer justicia, que comprometen a la autoridad del Estado, sean abandonadas a la improvisación y a la multiforme fantasía individual y, por tanto, traduciendo su reglamentación en disposiciones jurídicas uniformes, ha querido asegurar que el método por el cual se cumple con la justicia, la más augusta entre las misiones del Estado, corresponda en todo caso a la razón: una razón del Estado reducida a operaciones obligatorias e iguales para todos. Si el derecho sustancial, considerado como ley general y abstracta, debe ser aplicado en concreto de manera uniforme a todos los casos iguales, no es concebible que el procedimiento técnico necesario para aplicar la propia ley a los casos convertidos se plasme de manera diversa, de acuerdo a la sagacidad de las partes en el litigio, y que el equilibrio del contradictorio sea trastornado, según los casos, por la preeminencia del más fuerte o por la habilidad del más astuto. El Derecho procesal ha tenido su origen en la necesidad de intervención del Estado, en su calidad de tercero imparcial, para garantizar la lealtad en el combate material, posteriormente, cuando la lucha armada se transformó en contraste de argumentaciones, la lealtad del contradictorio¹⁹⁶".

También relacionado al tópico, Mitidiero ha manifestado que *"La decisión judicial – siempre que se acepte la interpretación como otorgamiento de sentido al texto y como reconstrucción del orden jurídico– abre la oportunidad para que, a partir de ella, la doctrina realice un doble discurso: uno orientado al caso concreto y otro al orden jurídico. El primero constituye un derecho fundamental de la parte y compone el núcleo duro del derecho al proceso justo (artículos 5, inciso LIV, y 93, inciso IX, de la Constitución de la República Federativa del Brasil - CRFB). El segundo es de orden institucional, está estructurado para promover la unidad del Derecho y se orienta a la realización de la seguridad jurídica, de la igualdad y de la coherencia normativa. Fundamentación y precedente son dos discursos jurídicos, con orientaciones y funciones distintas, lo que da motivo a la decisión judicial en el Estado Constitucional¹⁹⁷".*

En este sentido, una decisión estará justificada sí de un lado, los hechos han sido comprobados con referencia específica a los elementos de prueba y las razones que tuvo el juez para su valoración y, por el otro, la escogencia, interpretación y aplicación de la

¹⁹⁶CALAMANDREI, Piero, "Proceso y Democracia", Ediciones Olejnik, Santiago, Chile, 2018, P. 26/27

¹⁹⁷MITIDIERO, Daniel "Fundamentación y precedente: dos discursos a partir de la decisión judicial", Revista "Derecho y Sociedad", Edición número 40, página 40, énfasis agregado.

regla de derecho empleada para decidir está basada en argumentaciones justificativas adecuadas¹⁹⁸.

Si esto es así, entonces cabría pensar que un ciudadano/a, al adecuar su comportamiento al marco normativo vigente, aspira razonablemente a poder predecir cuáles serán las consecuencias de sus actos, considerando tanto la legislación vigente y a los procesos judiciales establecidos por el legislador al efecto. Pienso que un buen ejemplo donde ello se ve reflejado es en la imposición de costas. En diversos precedentes se ha tomado en cuenta tanto cambios jurisprudenciales como asimismo interpretaciones contradictorias en la jurisprudencia para modificar la regla de imposición al vencido e imponerlas por su orden. En el citado caso "Bustos"¹⁹⁹, la Corte incluso calificó de "funesto" un precedente suyo, a los fines de considerar que los litigantes lo tuvieron en cuenta, y por ello pudieron creerse con derecho a litigar, y concordemente impuso las costas por su orden²⁰⁰.

También resulta sumamente importante destacar el caso "Almeida Vs. Argentina" tramitado ante la Corte IDH, en donde precisamente se encontró responsable al Estado por no aplicar un criterio sentado en precedentes judiciales al Sr. Almeida. Allí, sostuvo que: *"Es decir, que ante una idéntica situación fáctica en relación con el régimen de libertad vigilada al que estuvieron sometidos tanto el señor Almeida como la señora Estevez, el primero fue objeto de un trato diferenciado no justificado en relación con el reconocimiento del beneficio previsto en la Ley No. 24.043, con respecto al período en que estuvo sometido a un régimen de libertad vigilada de facto, lo que resultó contrario al artículo 24 de la Convención.*

53. De esta forma, el reconocimiento del Estado implica considerar que el señor Almeida no tuvo acceso a un recurso o proceso efectivo que permitiera aplicar los nuevos criterios interpretativos de la Ley No. 24.043 a su caso y, en definitiva, poner fin a la desigualdad a la que se le había sometido al no tomar en cuenta los días en que estuvo bajo libertad vigilada

¹⁹⁸ TARUFFO, Michele, "Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil", editorial Temis, Bogotá, Colombia 2006, Pag. 196

¹⁹⁹ "Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo", CSJN, sentencia del 26 de octubre de 2004.

²⁰⁰ "Por todo ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se revoca la sentencia recurrida y se rechaza la demanda de amparo. Costas por su orden en todas las instancias en razón de que, frente al funesto precedente de Fallos: 325:28 -del que derivó un descomunal trastorno económico-financiero y aun judicial, y que dio ocasión a numerosos y conocidos casos de corrupción- los actores pudieron creerse con fundado derecho de litigar (...)"

de facto para el cálculo de la indemnización prevista en dicha normativa. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado es responsable de la violación a los artículos 8.1, 24 y 25.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1. y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Almeida.

"(...) 61. En el presente caso, y tomando en cuenta el reconocimiento realizado por el Estado, esta Corte determinó que hubo una violación al derecho a contar con una motivación adecuada, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1, 24 y 25.1 de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento (supra párr. 53). En efecto, al señor Almeida, inicialmente, le fueron denegadas, en sede administrativa y judicial, sus pretensiones indemnizatorias, con fundamento en la Ley No. 24.043, por el tiempo que estuvo bajo libertad vigilada de facto durante la dictadura. Posteriormente, después del cambio de jurisprudencia en la materia y a pesar de presentar un cuadro fáctico idéntico a la solicitud de indemnización presentada por su esposa, la señora Claudia Graciela Estevez, el recurso de revocatoria que interpuso en sede administrativa fue infructuoso, mientras que a su esposa le fue finalmente reconocido en sede administrativa el beneficio establecido por la Ley No. 24.043 durante el tiempo que estuvo bajo libertad vigilada." (CASO ALMEIDA VS. ARGENTINA, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2020(Fondo, Reparaciones y Costas) , énfasis agregado)

Ahora bien, uno de los puntos a dilucidar pareciera ser entonces –tanto desde el prisma de los justiciables como de la respuesta que debe brindar el Estado por poseer el monopolio en el tema de resolución de conflictos- si el tratamiento igualitario –y la obligación de garantizarlo- se agota en la aplicación en concreto de la legislación pertinente y bajo el sometimiento a un mismo proceso ante casos análogos, o también la decisión o el resultado final de ese conflicto debe ser de conformidad a lo resuelto en casos anteriores, es decir, casos precedentes.

Así, en cuanto al principio de igualdad y el uso del precedente, Alexy tiene dicho que *"... El fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual. Con ello ciertamente se revela de una manera inmediata una de las dificultades decisivas del uso de los precedentes: nunca hay dos casos*

completamente iguales. Siempre cabe encontrar una diferencia. El verdadero problema se traslada por ello, a la determinación de la relevancia de las diferencias...²⁰¹

Por último, pienso que un precedente en Argentina con "relevancia *de iure* argumentativa en sentido fuerte" puede constituir una herramienta sumamente útil a fin de brindar seguridad jurídica y el afianzamiento de la justicia -en términos generales- y en particular en aquellos casos judiciales donde se discuten derechos individuales homogéneos.

Para sustentar esta afirmación, es útil recordar que es doctrina de la CSJN, como requisito de procedencia para una acción colectiva donde se discutan derechos individuales homogéneos, que el ejercicio individual no aparezca plenamente justificado (doctrina casos Halabi²⁰², y siguientes). Esto ha merecido una crítica -a mi humilde entender- sumamente valiosa por parte del Dr. Giannini²⁰³, quien entre sus argumentos -a los cuales remitimos *brevitatis causae*- señaló que la Corte pareciera confundir o transformar uno de los fundamentos de los procesos colectivos -acceso a la justicia- en un requisito *sine qua non* para su admisión, lo cual constituye un requisito no previsto por el constituyente en el art. 43 de la CN. Por lo tanto, independientemente de la evaluación que pueda hacerse sobre este criterio edificado por la Corte -cuyo análisis excede ampliamente el objeto del presente-, lo cierto es que por su aplicación se imposibilita el enjuiciamiento colectivo de diversos e importantes conflictos de relevancia social que -siguiendo la doctrina del Címero Tribunal- justificarían un reclamo individual. Por caso podríamos pensar en supuestos como el denominado "corralito" financiero, reajustes previsionales, entre otros.

Por ejemplo, la CSJN en la causa "Ramos" sostuvo -en lo que aquí nos ocupa resaltar- que "(...) esta Corte ha establecido la inteligencia que cabe asignar a las normas que establecieron restricciones a los depósitos bancarios y dispusieron la conversión a pesos de los efectuados en moneda extranjera al pronunciarse en la causa "Massa" (Fallos: 329:5913). Posteriormente **resolvió millares de causas mediante remisión a tal**

²⁰¹ ALEXY, Robert, "Teoría de la Argumentación Jurídica" 2º Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, P. 262

²⁰² "Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda (...)" ("Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", CSJN, sentencia del 24 de febrero del 2009)

²⁰³ GIANNINI, Leandro J. "La insistencia de la Corte Suprema en un recaudo para la tutela de derechos de incidencia colectiva (a propósito de los casos "CEPIS" y "Abarca")", La Ley, cita online: Ar/DOC/2763/2016

precedente." (causa "Ramos, Alberto Rubén y otro c/ PEN ley 25.561 dtos. 1570/01 214/02 s/ proceso de conocimiento", CSJN, sentencia del 28/10/2008, Fallos: 331:2316, considerando 3º, énfasis agregado).

Por tanto, en esos supuestos cobra especial importancia un precedente con alto valor persuasivo tanto para los tribunales inferiores como la propia Corte para garantizar no solo el principio de igualdad, sino también una resolución expeditiva de cuestiones que ya fueron tratadas por ese Tribunal, para poder destinar recursos económicos como también personal al estudio y decisión de otras cuestiones²⁰⁴.

Como ejemplo de la previsibilidad que debe tener el derecho y sobre el cual la jurisprudencia puede incidir en las expectativas de los litigantes, basta mencionar por ejemplo el artículo 73 del CPCCN, que en su parte pertinente dispone que: "(...)Si el proceso se extinguiere por desistimiento, las costas serán a cargo de quien desiste, salvo cuando se debiere exclusivamente a cambios de legislación o jurisprudencia y se llevare a cabo sin demora injustificada. (...)"

6.3. El precedente y la eficacia procesal²⁰⁵.

En primer lugar, considero que es necesario partir de la idea extendida respecto de la ineficacia que viene mostrando el Estado (en sus tres poderes) para dar debida

²⁰⁴ Vinculado con un punto relacionado, se ha dicho que "*Hasta ahora, de una u otra manera, el análisis sobre la economía procesal se ha centrado en su beneficio para las partes, ora evitándole gastos inútiles, ora reduciendo su esfuerzo. En este trabajo proponemos una mirada diferente. Se trata de erigir al tiempo del órgano jurisdiccional como centro de preocupación. Nuestro postulado es sencillo: las partes tienen derecho a ser atendidas por el órgano jurisdiccional pero no a monopolizar esa atención. Todo el tiempo que el órgano jurisdiccional dedica a un asunto determinado es sustraído de otro asunto que espera su turno para ser resuelto. Al ser el tiempo un recurso escaso, la parte que se apropia de él lo escatima, indirectamente, a otros justiciables. Asimismo, el tiempo insumido influye en el costo de procesamiento de las disputas. El litigio moroso resulta más costoso para las partes, pero también compromete fondos que el Estado debe destinar a la atención de muchos pleitos, consumiéndolo injustamente en la tramitación de unos pocos, es decir, en beneficio de solo algunos justiciables. El órgano atorado, que malgasta su tiempo, malgasta también el dinero público. Tiempo y dinero son, en la justicia —y más en esta época— recursos inelásticos; si crece su demanda no hay manera de satisfacerla más que a costa de reducir la dedicación a algunos asuntos. Por otro lado, es necesario reconocer que todos los asuntos no merecen igual dedicación. He aquí también una necesidad de buena gestión del "recurso tiempo". Este es el desafío del juez en la actualidad que, como veremos, ha dejado de ser "director" del proceso para convertirse en "administrador" de casos judiciales*" (Luis Eduardo Sprovieri - Jorge Enrique Beade "El juez como administrador del proceso judicial", Nueva gestión judicial : oralidad en los procesos civiles / Héctor M. Chayer ... [et al.] ; coordinación general de Héctor M. Chayer ; Juan Pablo Marcet. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ediciones SAIJ, 2016, p. 21).

²⁰⁵ parte de este capítulo, con adaptaciones, fue publicado en SARACHAGA Gonzalo "El Uso Del Precedente De La Corte Suprema De Justicia De La Nación Como Herramienta Para Contribuir A La Eficacia Procesal"; Revista de Derecho Procesal 2023-2: Gestión e innovación en el proceso – II; 1º Edición revisada.- Santa Fe: Rubinzal Culzoni 2023; p. 695-738

respuesta a sus misiones y funciones esenciales y, como correlato de esto, el descontento de la ciudadanía con esta situación²⁰⁶. Ello en el entendimiento que cualquier examen del funcionamiento de la Justicia que soslaye el contexto general de crisis que vive Argentina, está condenado a ser defectuoso, y a su vez, resaltar la especial importancia que cobra, ante esta situación, la tarea de nuestro Máximo Tribunal y como ella irradia en el resto del poder judicial.

Este último viene jugando un papel notorio en la elucidación de conflictos tanto individuales como colectivos, sobre todo luego de la última reforma constitucional, con el enjuiciamiento en clave colectiva de conflictos donde se discuten Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Tal como expresó Berizonce -con cita del maestro Morello- *"es notorio que en las modernas sociedades del amanecer del nuevo siglo mientras se constata en las encuestas de opinión pública la ineficiencia del sistema judicial y el desprestigio de la magistratura, paradójicamente el ciudadano común recurre cada vez más ante el Poder Judicial en la búsqueda de soluciones no sólo para sus conflictos individuales, sino también como gestor de los intereses públicos generales, a conciencia de que, en muchos casos, los otros "poderes políticos" son incapaces de brindárselas, o las transfieren directa o implícitamente a los jueces (Morello, 1999, p. 63 y ss.)*²⁰⁷ .

Justamente un juez/a activo/a²⁰⁸ es alguien comprometido con el buen desarrollo de sus labores, apuntando a la eficiencia en su tarea, siendo consiente de la

²⁰⁶ De los muchos datos que explican este descontento, si focalizamos en dos de suma importancia –como son la pobreza y la educación- tenemos que de acuerdo al INDEC, para el segundo semestre del 2022, el 39,3% de la población se encontraba bajo la línea de la pobreza (<https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-46>). En materia educativa, un estudio elaborado por la UNESCO con base en pruebas, arroja datos sumamente preocupantes que darían cuenta de un retroceso en ese tópico. Así, mientras que en 2006 Argentina quedó por encima del promedio en las cuatro áreas que se midieron por entonces, luego, seis años después en 2013, ya se observaba una caída en el rendimiento comparado a la región, y en la última prueba –del 2019- los niños argentinos mostraron peores resultados que sus pares en matemática, lengua y ciencias naturales, mostrando el peor desempeño registrado. (Ver <https://www.unesco.org/es/articles/estudio-regional-comparativo-y-explicativo-erce-2019>).

²⁰⁷ **BERIZONCE, Roberto O.**, "Recientes tendencias en la posición de juez"; Revista de Estudios Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)

²⁰⁸ Recordemos que el propósito y la finalidad del "activismo judicial" -conforme Berizonce- es *"responder a las reales y concretas exigencias de una sociedad globalizada, democrática, pluralista, dinámica y participativa. Precisamente -y en relación directa- porque la comunidad se ha tornado crecientemente participativa, los hombres de justicia -jueces, doctrinarios y, también abogados- han asumido un rol cada vez más protagónico. Se han convertido en buena medida, en 'activistas' de una causa que es intemporal y ecuménica, ya que persigue el perfeccionamiento y progreso de las instituciones mediante la justicia en concreto. Los jueces, actores visibles de semejante transformación, lejos de ser dictadores y sin la pretensión de 'ángeles guardianes' de la sociedad, se han encumbrado como la tercera rama 'política' del gobierno, especialmente porque ejercen el control de las*

responsabilidad que tiene y que su sueldo –al igual que el resto de los funcionarios y empleados de los 3 poderes del Estado- es abonado por la ciudadanía, a través del pago de sus impuestos. Así, podemos observar como a lo largo del tiempo la Justicia en general, y el Máximo Tribunal en particular, ha intentado dar respuesta a diversos desafíos que le presentan los conflictos suscitados en la sociedad, incluso ante supuestos de clara omisión de los otros poderes. Un caso sumamente notorio es la ausencia, incluso a la fecha de escribir estas páginas, de una regulación sistémica de los procesos colectivos por parte del Poder Legislativo. Y la CSJN no utilizó esa situación de vacío normativo como excusa para no tramitar ese tipo de causas²⁰⁹.

Sin embargo, es probable que términos como *eficacia procesal* o *justicia eficiente* sean asimilados corrientemente por los operadores jurídicos al funcionamiento y decisiones de los juzgados y tribunales de primera instancia y cámaras de apelaciones y, en forma más distante o lejana, al de los Superiores Tribunales locales, como también – lógicamente- al del Cívero Tribunal de nuestro país. Existen buenas razones para pensar que esta idea no es acertada. Como prueba de ello, baste aquí solamente mencionar que calificada doctrina se ha ocupado de estudiar la vinculación entre eficiencia y respeto de los precedentes²¹⁰ como asimismo, que en la jornada de profesoras y profesores de Derecho Procesal celebradas en la ciudad de La Plata, se dedicó un panel de diálogo internacional sobre el tópico precedentes, siendo los expositores conferencistas de países que adscriben al *civil law* (Italia, Brasil y Argentina, vale la aclaración para el capítulo siguiente).

otras ramas contribuyendo decididamente al perfeccionamiento de las instituciones democráticas, y modelan el comportamiento colectivo a través de la razón y la persuasión, con vivo espíritu de justicia" (BERIZONCE, Roberto O., "Recientes tendencias en la posición del juez". XI Congreso Internacional de Derecho Procesal, Viena, 1999, publicación oficial, p. 135.)

²⁰⁹ Nuestra Corte Suprema señaló que frente a la ausencia de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas *acciones de clase*- norma que debería determinar cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo definir a la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan los procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos, etc.-, existiendo una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, el artículo 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional es claramente operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular (Fallos: 332:111).

²¹⁰ Ver entre muchos otros, **CARDOZO, Benjamin N.** *The Nature of the Judicial Process*, Yale, 1921, p. 149 ss.; **LLEWELLYN, Karl N.** *The Brumble Bush*, New York, 1930, p. 64 ss.; **ROSS**, *Diritto e giustizia*, trad. it., Torino, 1965, p. 81; BIN, Marino, "Funzione unificatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario", *Contratto e impresa* (1989); y **MORELLO, Mario Augusto**, "Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso", Ed. Hammurabi.

Pero para contribuir a esta idea es necesario profundizar, precisamente, en las misiones y funciones de los Tribunales Superiores y las consecuencias de sus decisiones, que impactan en forma directa en la ciudadanía y los justiciables, y su incidencia en la eficacia del proceso en su conjunto. Planteada así la cuestión hallo útil citar que para diversos autores de Análisis Económico del Derecho Procesal²¹¹, el tratamiento de los costos relevantes del procedimiento corresponde a un tratamiento de minimización:

$$\text{Mín CS} = \text{C}_A + \text{C}_E$$

Tal formula sirve de parámetro, en términos de eficiencia, para comparar dos estados sociales. En este sentido, será preferible el estado social que produzca la máxima reducción del costo social que impone el proceso; como, asimismo, el estado social que produzca el mínimo costo de error judicial²¹²

Si bien la eficiencia o eficacia del proceso puede ser examinada desde diversas aristas, entiendo que algunos de estos elementos resultan de notoria importancia para el presente trabajo. Uno de ellos es el factor tiempo –plazo razonable- otro es la calidad del resultado obtenido, puesto que de poco serviría obtener una sentencia rápidamente si esta no es útil, justa, o ejecutable etc. Y el tercero, que nunca debe ser soslayado, es el de los costos que insume el proceso, no solo para los justiciables implicados, sino para la sociedad en su conjunto, que al abonar impuestos está solventando este servicio de justicia, el cual compite en la necesidad de recursos pecuniarios con el resto de los que brinda el Estado. Este aspecto nunca debe ser menospreciado.

En este sentido, es interesante mencionar el enfoque planteado por Carrasco Delgado²¹³, quien destacó que los usuarios habituales del servicio de justicia (a quienes denomina, "Jugadores Repetidos (JR)") tienen mejores condiciones de generar un precedente frente a los JO (jugadores ocasionales) dado que los JR litigarán las normas

²¹¹ POSNER, R., "El Análisis Económico del Derecho", México, Fondo de Cultura Económica, 1992, 549-551; COOTER, R. y ULEN, T., "Derecho y economía", México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 476-477; PASTOR PRIETO, S., "¡Ah de la Justicia! Política judicial y economía", Madrid, Civitas, 1993, 50 y SHAVELL, S., "Foundations of Economics Analysis of Law", London, Harvard University Press, 2004, 451; citados por CARRASCO DELGADO Nicolás Ignacio Ariel "La eficiencia procesal y el debido proceso"; Rev. Derecho Privado no.32 Bogotá Jan./June 2017 <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.15>

²¹² CARRASCO DELGADO Nicolás Ignacio Ariel "La eficiencia procesal"; op. Cit.

²¹³ CARRASCO DELGADO, Nicolás Ignacio Ariel "Las consecuencias de tener poco en el proceso civil chileno y sus posibles soluciones", Revista CES Derecho. Vol. 12, No. 1, enero a junio de 2021, 176-207.

sustantivas con mayor propensión que los JO y, de esa manera, tendrán más oportunidades para generar una interpretación favorable a sus intereses. También alegó que los JR utilizan los juicios estratégicamente en procura de obtener criterios jurisprudenciales o precedentes favorables, *"Esto genera una tendencia que favorece, en el largo plazo, las posiciones de los JR, quienes invertirán en los litigios futuros del área de su interés. Es lo que sucede con las compañías de seguro (el prototipo de un JR) se trata de un jugador procesal que tiene estrategias de largo plazo en donde utiliza los procedimientos para señalar comportamientos futuros. De esta forma, para esas empresas las decisiones judiciales tienen un valor que excede el beneficio en el caso concreto porque el verdadero beneficio que deriva de ellas es la señalización referida²¹⁴".* Si bien el autor mencionado se refiere al caso Chileno, con las adaptaciones necesarias entiendo que son reflexiones útiles para nuestra situación en Argentina. Ello por cuanto existen numerosos supuestos judiciales en que JR, con las condiciones ventajosas que ello representa, y ostentando una posición de asimetría respecto a los JO (como pueden ser, usuarios y consumidores, jubilados, etc.), dado que estos últimos verían en cierta forma equiparada la situación, ante precedentes vinculantes que favorecen o facilitan su postura. Ejemplo claro de ello resultan ser los consabidos supuestos judiciales de reajustes previsionales, de salud, impuesto a las ganancias, etc. En otras palabras, un acercamiento del criterio del máximo tribunal ante su caso particular.

Retomando el concepto de ineficiencia, Argentina infelizmente viene experimentando un retroceso y decadencia agudo en los últimos tiempos en muchos niveles. Esta conclusión no intenta centrar el foco en el aspecto político o en las múltiples causas que pudieron derivar en esta situación –no es el objeto de este trabajo–, sino simplemente partir de la premisa de la dura realidad que enfrenta el país, con indicadores que no solo marcan un complejo presente sino que importan en buena medida una hipoteca a nuestro futuro. Las dificultades planteadas generan, a su vez, nuevos conflictos que –valga la redundancia– también serán discutidos en sede judicial. Estas no son meras reflexiones retóricas o abstractas. Las demandas insatisfechas de la sociedad interpelan a los 3 poderes del Estado, cada uno en la órbita de sus competencias, y la eficacia en la utilización de los recursos es una condición necesaria, aunque no suficiente, para mostrar mejores resultados.

²¹⁴ CARRASCO DELGADO, Nicolás Ignacio Ariel *"Las consecuencias de tener"*, op cit.; p. 188.

Digámoslo con toda claridad: Quien piense que ese crudo escenario es ajeno al derecho procesal, desconoce los altos fines del derecho y más aún los de derecho procesal. La justicia es un servicio público, y, como tal, debe recuperar su *valor fundante*²¹⁵.

Utilizando las palabras del maestro Morello, la jueza o el juez no es un *fugitivo de la realidad*, puesto que "(...) *está inmerso en ella y no puede dejar de computar el clima económico-social ni las circunstancias generales que actúan en los fenómenos del tráfico*²¹⁶"; y casi treinta años después, reiteró "*ni el juez, ni el abogado, los operadores más finos del Derecho, son fugitivos de la realidad*²¹⁷". Y, ahondando en este enfoque, también ha sostenido que "*La bipolaridad en una cohabitación forzosa -inescindible- de lo material con lo procesal, merced a fronteras técnicas de membranas débiles que se integran en el acontecer de lo jurídico, nos alertó, en ya lejanos días, acerca de su inseparabilidad en tanto no cabe desacoplarlas sino, por el contrario, respetar sus respectivas partes y, en paralelo, bregar por la síntesis realista que no hiciera prisionera a una de ellas de la otra y, al mismo tiempo, sirviera para mirar por los dos ojos, por ser ésta la forma de ver ampliados sus planos, objetivos y fines*²¹⁸".

Para lograr ese fin, cada recurso pecuniario dedicado a su funcionamiento debe ser invertido con suma prudencia y eficacia²¹⁹, lo propio que el tiempo y dotación de personal para sus diversas tareas.

²¹⁵ MORELLO Augusto M., *El servicio de justicia que languidece*, El Derecho, del 4/3/96

²¹⁶ MORELLO, Augusto M. - TROCCOLI, Antonio A., "*La revisión del contrato*", Platense, La Plata, 1977, p. 285.

²¹⁷ MORELLO, Augusto M., "*Memorias. Bases de una vocación*", Platense-Emilio J. Perrot, La Plata, 2006, p. 41.

²¹⁸ MORELLO, Augusto M.; "*Acceso al Derecho Procesal Civil*", Platense-Lajouane, 2007, p. 102

²¹⁹ Vinculado con un punto relacionado, se ha dicho que "*Hasta ahora, de una u otra manera, el análisis sobre la economía procesal se ha centrado en su beneficio para las partes, ora evitándole gastos inútiles, ora reduciendo su esfuerzo. En este trabajo proponemos una mirada diferente. Se trata de erigir al tiempo del órgano jurisdiccional como centro de preocupación. Nuestro postulado es sencillo: las partes tienen derecho a ser atendidas por el órgano jurisdiccional pero no a monopolizar esa atención. Todo el tiempo que el órgano jurisdiccional dedica a un asunto determinado es sustraído de otro asunto que espera su turno para ser resuelto. Al ser el tiempo un recurso escaso, la parte que se apropia de él lo escatima, indirectamente, a otros justiciables. Asimismo, el tiempo insumido influye en el costo de procesamiento de las disputas. El litigio moroso resulta más costoso para las partes, pero también compromete fondos que el Estado debe destinar a la atención de muchos pleitos, consumiéndolo injustamente en la tramitación de unos pocos, es decir, en beneficio de solo algunos justiciables. El órgano atorado, que malgasta su tiempo, malgasta también el dinero público. Tiempo y dinero son, en la justicia —y más en esta época— recursos inelásticos; si crece su demanda no hay manera de satisfacerla más que a costa de reducir la dedicación a algunos asuntos. Por otro lado, es necesario reconocer que todos los asuntos no merecen igual dedicación. He aquí también una necesidad de buena gestión del "recurso tiempo". Este es el desafío del juez en la actualidad que, como veremos, ha dejado de ser "director" del proceso para convertirse en "administrador" de casos judiciales" (SPROVIERI Luis Eduardo; BEADE Jorge Enrique "*El juez como administrador del proceso judicial*", Nueva gestión judicial : oralidad en los procesos civiles / Héctor M. Chayer ... [et al.] ; coordinación general de Héctor M. Chayer ; Juan Pablo Marcet. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ediciones SAIJ, 2016, p. 21).*

Por ello la importancia del estudio y uso del precedente, que contribuye a la eficiencia del proceso. La praxis jurisprudencial uniforme implica que los jueces y juezas se enfrenten a una cantidad de trabajo intelectual incomparablemente menor de la requerida a quien se dedica a resolver cada caso en particular sin tomar en consideración los precedentes²²⁰. Como es fácil advertir, esto implica una mayor eficiencia de la actividad jurisdiccional en su conjunto, gracias a la superior velocidad del proceso decisorio, con mayor cantidad de casos definidos por unidad de tiempo y, al aumentarse la previsibilidad, asimismo se generan menos incentivos a la litigación innecesaria de casos que predeciblemente serán resueltos en determinado sentido. A los valores que usualmente se suele atribuir al precedente que tienden a garantizar (la igualdad, coherencia del sistema, seguridad jurídica, previsibilidad, etc.) en Argentina, con la doctrina sentada en "Halabi" y posteriores de que en procesos colectivos es recaudo procedencia que el ejercicio individual no aparezca plenamente garantizado, es un instrumento sumamente útil para contribuir a la celeridad en juicios que pueblan innecesariamente los juzgados federales (ej. la corte informó 15 mil causas previsionales en 2018). Concentrando los esfuerzos económicos y de dotación de personal a las causas que requieran de un estudio más exhaustivo.

6.4. Respuesta a las críticas denominadas "Legalista/formalista"; "circular" y de la "independencia judicial interna".

Si una de las ideas centrales del presente trabajo es que el precedente vinculante es una herramienta útil a los fines de lograr una mayor eficacia procesal en nuestro sistema, entendemos que una argumentación de esa índole sería incompleta sin dar cuenta de algunas de las críticas que usualmente se plantean a esta postura, como asimismo, ofrecer respuestas a ellas.

Cabe aclarar que este elenco de críticas no pretende ser exhaustivo, antes bien –y por razones de espacio- intentaremos concentrarnos en aquellas que a nuestro juicio pueden ubicarse dentro de las de *mayor peso*, tomando en cuenta la cultura jurídica de nuestro país.

A continuación, intentaremos dar algunas respuestas a dos críticas que comúnmente se le formulan a la postura planteada, que podríamos denominar como la crítica "**Legalista/formalista**", la del "**argumento circular**" la de la "**violación a la independencia judicial interna**".

²²⁰ CHIARLONI, Sergio: "las tareas fundamentales de la corte suprema de casación, la heterogeneidad de los fines surgida de la garantía constitucional del derecho al recurso y las recientes reformas"

La crítica legalista centra el enfoque, justamente, en la ausencia de regulación normativa que establezca actualmente la obligatoriedad expresa de los precedentes de la CSJN ²²¹. Frente a ello, vale decir que esta crítica minimiza la importancia de la jurisprudencia en sentido amplio – independientemente de su clasificación o no como fuente de derecho- y que atenerse en forma concluyente a las regulaciones que establecen, principalmente, los Códigos Civiles, según Nuñez Vaquero debe rechazarse por dos razones. i) Las listas de fuentes formales del derecho reproducen una típica dificultad de la equivocidad de los textos normativos: no se puede establecer jurídicamente si tal lista es meramente *ejemplificativa* o *taxativa* y 2) Está basada en una concepción radicalmente formalista del derecho que hoy es mayoritariamente rechazada, porque implicaría afirmar que normas implícitas formuladas por doctrina y jurisprudencia no forman parte del derecho, pese a ser permanentemente usadas por todos los operadores jurídicos²²². A lo dicho por este autor cuyas reflexiones son válidas para todos los ordenamientos, cabría agregar, respecto al caso argentino, ¿es necesario que una norma inferior –art. 1 CCyCN- establezca que debe tenerse presente la CN y los tratados de DDHH?. Puede ser de buena técnica legislativa reflejarlo, pero en forma alguna una norma inferior “habilita” la aplicación de nuestra norma fundamental y los tratados de DDHH. Colateralmente esa postura trae varios problemas adicionales, como ser, el Código Civil derogado no mencionaba a la CN en su anterior artículo 1, entonces, si siguiéramos la lógica que sustenta esta crítica habría que concluir que antes del CCyCN nuestra norma fundamental no era una fuente, lo cual lógicamente es un absurdo. Finalmente, como argumento auxiliar dentro de esta crítica se ha afirmado que, al ser *derrotables* o *rechazables* -en las condiciones antedichas- un precedente no sería vinculante por esa razón. Esto implica un desconocimiento, por un lado, que en los propios sistemas del *common law* el precedente también es rechazable o *derrotable* (aunque con diferencias con respecto a nuestro país respecto al rol de los inferiores en ese proceso, tal como vimos) y del otro, que en nuestro ordenamiento jurídico tanto la constitución –norma fundamental- como todas las disposiciones legislativas *lato sensu* de menor jerarquía, pueden ser modificadas o incluso derogadas. Si siguiéramos ese argumento al absurdo, podríamos decir que si una norma es modificable no es obligatoria mientras dure su vigencia, por tanto no tendríamos norma obligatoria alguna en nuestro ordenamiento.

²²¹ Si teníamos en la constitución de 1949, luego derogada, y el anteproyecto del CCyCN, pero luego no quedó plasmado en la regulación final del art. 1, que reza: **Fuentes y aplicación.** *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. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*

²²² NÚÑEZ VAQUERO Álvaro: “Precedente en materia de hechos”; REVISTA DE DERECHO (VALDIVIA) [VOLUMEN XXXI - N° 1; p. 60

Vinculante no es sinónimo de eternidad. Es que, como supo decir Borges, *siempre* es una palabra que no está permitida a los hombres.

Por otro lado, la **crítica circular** se edifica sobre premisas que parten del mismo error, es decir, considerar como elemento concluyente el hecho de no estar prevista expresamente la obligatoriedad de los precedentes, y por tanto, que sea la propia CSJN que establezca la autoridad sería una especie de otorgamiento circular de esa autoridad. Este argumento soslaya, por un lado -al igual que la legalista/formalista-, el papel de la jurisprudencia como fuente de derecho, y por el otro, no se hace cargo que al haber un seguimiento de los precedentes ello se transforma en una costumbre jurídica, y por tanto en un deber jurídico²²³ (como en el *common law*), cuya consecuencia acarrea la invalidación revocación o calificación de arbitraria la sentencia.

Finalmente, la tercera crítica denominada de la **violación de la independencia judicial interna (IJI)**, nos remite claramente a la noción de independencia judicial y a los diversos mecanismos que posee el sistema judicial para poder desempeñar sus encumbradas misiones sin presiones, es decir, que las decisiones que tomen los jueces y juezas (principal pero no únicamente) al resolver las controversias que son llevadas a su conocimiento, sea únicamente por razones jurídicas. Esto es, en cumplimiento de la constitución que juraron observar. Esa idea, como resulta fácil advertir, nos lleva a una de las principales fuentes de amenaza a esta independencia como son las presiones *externas*.

En paralelo a esas presiones externas, de insoslayable importancia, cabe también la posibilidad de que existan elementos que violen la independencia judicial pero desde adentro, -de allí su examen desde la óptica de la *independencia judicial interna*-. Enmarcada en esta última variante, existe una postura -a nuestro entender, equivocada- que presenta al precedente vinculante (en lo que sigue, PV) como un elemento que debilita la independencia judicial interna.

Como réplica, por los motivos desarrollados en el presente y con la doctrina que se ha ocupado del tópico, pienso que es conducente reafirma la idea de que un precedente vinculante, lejos constituir una afrenta a la IJI, se ofrece como un camino de robustecimiento del rol del Poder Judicial como garante de los derechos y garantías constitucionales en una sociedad democrática moderna, al aumentar la previsibilidad seguridad jurídica y eficiencia procesal.

²²³ De hecho parte la doctrina ha sostenido que, sin recurrir a la teoría de las fuentes del derecho, se puede identificar como un criterio para la existencia de precedentes en un ordenamiento que aquellos se han tenido en cuenta como razones para la justificación de una decisión; es decir, se trata de un criterio empírico en la medida en que la presencia de un sistema de precedentes dependerá de si los operadores jurídicos emplean aquellos como razones a la hora de justificar sus decisiones, tal como ocurre en Argentina (NÚÑEZ VAQUERO Álvaro: "Precedente en materia" Op cit. P. 60)

Existen buenas razones para pensar y concebirlo de esta forma. Entre ellas podemos decir que, si bien en este tema las distinciones tajantes entre el *civil law* y *common law* ha sido superada en buena medida (remito a lo dicho anteriormente) si diéramos por válido que los PV violan la IJI, debiéramos asumir que en los países del *common law* que abrazaron más fuertemente el uso del precedente a lo largo de su historia lo hicieron a costa de sacrificar su IJI, lo cual parece ser una asunción bastante problemática y que poco tiene que ver con su cultura jurídica.

Por otro lado, y aunque parezca una verdad de Perogrullo, es útil recordar que *limitar o interferir o afectar* la libertad de elección no es *per se* injustificado. El rol de los jueces y juezas se encuentra reglamentado y limitado en numerosos aspectos, con sustento normativo suficiente (desde la Constitución Nacional, al elenco de normas que regulan el funcionamiento de la justicia y el desarrollo de los procesos, Reglamento para la Justicia Nacional, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, etc.²²⁴).

De vuelta sobre las fuentes: Si se adopta la visión del PV desde las fuentes del derecho, cambia la óptica. Es una herramienta más que deben utilizar al momento de realizar la *interpretación decisoria*²²⁵.

²²⁴ "(...)los precedentes judiciales no son órdenes o normas individuales dirigidas a jueces en particular ni sobre alguna concreta controversia jurídica, por lo que no parece que un [Sistema de precedentes] afecte, en este sentido, a la IJI. La IJI sí podría verse afectada si concebimos aquella como la potestad, no revisable, de cada uno de los jueces para decidir cómo ha de ser interpretado el derecho. Ahora bien, si se analiza tal forma de entender "la IJI en relación a las razones que la justifican, se evidencia que el respeto a la voluntad del legislador e igualdad se protegen en la misma o mayor medida que si se atribuyese dicha competencia a los tribunales de cierre del ordenamiento". NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, "¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incomprensión"; Derecho PUCP, N° 84, 2020 /e-ISSN: 2305-2546."P. 332

²²⁵ En esa línea, Chiassoni ha postulado que la Interpretación textual de las disposiciones legales, no es apta para alcanzar una *verdad empírica*. Ello por cuanto [entre otras razones] es una actividad de toma de decisiones, orientada a la práctica, cargada de valores, que cuenta con un compromiso ideológico. De esa forma, entiende que cuando los jueces dicen, por ejemplo, que la disposición legal LPi significa N1 en cuanto a la regulación del caso Ci, ninguno de ellos simplemente *detecta* que a LPi se le ha dado tal significado, ni se trata simplemente de conjeturas de que LPi puede tener tal significado. Más bien, establecen (seleccionan, adoptan, defienden) *ese significado* como el significado *legalmente correcto* de LPi con el propósito de decidir el caso Ci. (CHIASSONI Pierluigi, « *Legal interpretation without truth* », Revus [Online], 29 | 2016, Online desde el 04 Noviembre de 2018, consultado el 16 de noviembre de 2018. URL : <http://revus.revues.org/3615> ; DOI : 10.4000/revus.3615) también es conducente citar lo dicho por Kelsen: "en todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que estas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles. Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar" (KELSEN, Hans: "Teoría pura del derecho", 4ª ed. 4ª reimp – Buenos Aires: Eudeba 2005. p. 131)

En el sistema argentino, tal como vimos en el capítulo IV, tiene delineado lo que podríamos denominar una construcción deliberativa del desarrollo de la jurisprudencia entre las distintas instancias judiciales, cuya última palabra la posee la CSJN. Por lo tanto, es un argumento que no encuentra asidero en la realidad que los inferiores no se pueden apartar de los PV la CSJN, lo que no tienen habilitado es hacerlo si no encuentran argumentos que sean superadores. Entonces la situación dada es la siguiente: a. si pese a compartir muchas similitudes que *prima facie* indicarían que un caso estaría previsto en un precedente, no obstante lo cual tiene diferencias con aquel sustanciales, el caso a decidir no es *sustancialmente análogo*, técnicamente el precedente no regiría la cuestión a decidir y, por lo tanto, no sería determinante únicamente en la solución. No obstante, debe ser mencionados en la motivación, marcando la distinción entre ambos casos (técnica del *distinguishing*); b). si el caso a decidir es sustancialmente análogo a un PV, y no se encuentran motivos para apartarse –razones superadoras- debe aplicarse; c). si el caso a decidir es sustancialmente análogo a un PV, pero el tribunal inferior encuentra motivos superadores puede decidir en otro sentido, rechazando el PV (*Overruling*) lo propio para precedentes del propio tribunal (*autoprecedente*).

Planteado el esquema anterior, cuesta entender frente a cuál de las situaciones descriptas determinada doctrina y jurisprudencia muestran sus reparos y afirman que un precedente vinculante violaría la IJI -en situaciones distintas al supuesto b señalado-. Y, en este supuesto, pese a que esta afirmación pueda resultar antipática, cabe decir que el último intérprete de la CN es nuestra Corte, por tanto, un argumento de peso –no solo autoritativo, sino también axiológico- es que los justiciables tienen una legítima expectativa de que su caso sea decidido en un plazo razonable y de una forma previsible de conformidad a lo estipulado por nuestro Cíbero Tribunal. ¿Qué sentido tendría hacer transitar a los justiciable un derrotero hasta la CSJN sabiendo la suerte que va a correr su caso de antemano?

En definitiva, **el precedente en argentina es vinculante**. Que sea derrotable o revocable en las condiciones antedichas para postular que no lo es, resulta un argumento sumamente débil que desconoce que en nuestro ordenamiento jurídico desde la constitución –norma fundamental- para abajo todas las disposiciones legislativas *lato*

sensu pueden ser modificadas. Si siguiéramos ese argumento al absurdo, podríamos decir que como una norma es modificable no es obligatoria mientras dure su vigencia.

6.5. IMPLICANCIAS PARA LOS ACTORES JURÍDICOS Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Finalmente, habiendo precisado el valor del precedente en Argentina, nos parece importante en este capítulo entonces dejar planteado algunos interrogantes que surgen de esta situación. Si asumimos en serio la tarea de la vinculatoriedad tal como la viene delineando la corte, entendemos que esa asunción exige diversos comportamientos de los diversos actores jurídicos, incluido el propio Máximo Tribunal.

6.5.1. PARA LA CORTE SUPREMA:

Tal como ha sido explicado, nuestra Corte afirma ser una Corte que sienta precedentes, los cuales deben ser de obligatorio cumplimiento por parte de los inferiores. Ello conlleva, por un lado, la difícil y compleja tarea de construcción de estos precedentes, pero asimismo, la responsabilidad institucional de diseñar e implementar un sistema para el eficaz cumplimiento. Como es fácil advertir, esto requiere robustecer el trabajo sobre aspectos que merecen atención. A mero título ejemplificativo podemos mencionar: Mecanismos para determinar y explicitar la *Ratio*; redacción de sentencias con mayor detalle de los hechos, sobre todo en aquellas que se resuelven mediante la técnica de la *remisión*; optimizar la comunicación por canales formales e informales entre la CSJN y los Tribunales inferiores; repensar la enorme cantidad de causas que resuelve por año y la forma y modo en que utiliza los filtros de selección²²⁶; revisar el rol del Centro de Información Judicial, entre otros.

Respecto de esto último, para afirmar la existencia de un verdadero sistema de precedentes es necesario que oriente la decisión de los ciudadanos y de los órganos jurisdiccionales, lo que lo dotará de eficacia y seguridad jurídica²²⁷. Pero para ello, uno de los elementos necesarios es la publicación de las decisiones jurisdiccionales, algo que si bien la CSJN viene haciendo desde antiguo, atento la cantidad de decisiones que emite por año es necesario continuar con la publicación de los boletines de jurisprudencia y optimizar el uso del Centro de Información Judicial.

²²⁶ GIANNINI, Leandro J. "la corte Suprema. Actualidad. Funcionamiento. Propuestas de reforma", Editores del Sur. P. 193

²²⁷ Ver NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro: "Problemas Abiertos sobre la publicación de los precedentes; CEFD Número 43 (2020) | ISSN: 1138-9877 | <https://doi.org/10.7203/CEFD.43.17793>, Ver p. 113

Una última humilde sugerencia es revisar la frase repetida en números precedentes – tanto por la CSJN como los tribunales inferiores- de que sus decisiones se circunscriben a los casos concretos, pero a la vez impone que sus conclusiones sean “debidamente consideradas” y seguidas, puesto que la aclaración inicial, además de ser innecesaria, genera cierta confusión y contradicción con la segunda parte.

6.5.2. PARA LOS TRIBUNALES INFERIORES: Los Tribunales y Juzgados anteriores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación son quienes, por estar en forma más directa conectados con los conflictos, deben por un lado un papel en custodios de la aplicación de los precedentes de nuestra Corte, llevando así la interpretación del Alto Tribunal a los litigios ventilados ante sus estrado. Pero también, producto de esa cercanía con los conflictos que emergen de la sociedad, y dada la fisonomía que presenta la doctrina del precedente en nuestro País en el cual, tal como vimos, los inferiores pueden apartarse de los precedentes sentados por la Corte ante determinadas circunstancias, son quienes deben asumir un papel protagónico a la hora de marcar senderos interpretativos diversos, sentando nueva jurisprudencia, en caso de justificarse el apartamiento.

6.5.3. UNIVERSIDADES: Asumir el rol que tiene la jurisprudencia en nuestro país demanda en cierta medida repensar el rol que tiene la jurisprudencia en la enseñanza de grado y posgrado en nuestras universidades de derecho. Actualmente posee en buena medida un rol esencialmente “ejemplificativo”, sirve en tanto y en cuanto nos clarifique cual ha de ser –por conducto de la enseñanza de su aplicación en el pasado, en la jurisprudencia- la interpretación de las leyes en sentido amplio. Cabe entender que la Ley es una fuente de derecho de suma importancia, pero no la única. Trabajar con casos es mucho más que conocer “cómo se resolvió” una causa.

También vale decir que la doctrina del Precedente no se centra únicamente en el aspecto referido a su vinculatoriedad²²⁸, se sugiere avanzar en este punto, dejando en cierta forma atrás esta discusión en Congresos y jornadas sobre el tópico para robustecer el estudio de sus demás componentes.

²²⁸ Es la regla o conjunto de reglas que establece con precisión el valor de los precedentes judiciales en un ordenamiento jurídico determinado y el modo en que deben ser aplicados. No se trata solo de una regla de reconocimiento de la relevancia de los precedentes, sino que abarca otros matices, tales como a) las reglas para la derogación, modificación o interrupción de un precedente, b) los criterios para resolver sus antinomias; c) los mecanismos para la determinación de la *ratio decidendi* y eventualmente precisar el *obiter dictum* y d) la forma y contenido que debe tener su publicidad, etc. (Núñez Vaquero, 2018).

6.5.4. PARA LOS LITIGANTES: Calificada doctrina ha sostenido, por ejemplo, que “ (...) lo mismo podría decirse de la consulta jurídica evacuada por un abogado. Ella puede ser despachada de acuerdo a la interpretación que del derecho objetivo haga el profesional. A ella puede añadir la opinión coincidente de algún autor de la Doctrina. pero difícilmente se juzgue que esa consulta ha sido evacuada (sic) insatisfactoriamente por no contener mención alguna de cuál es la jurisprudencia sobre el punto (si es que existe) o qué ha dicho algún tribunal de la jurisdicción sobre el particular²²⁹”

Por el contrario, humildemente consideramos que estas reflexiones no resultan acertadas a la luz del valor que poseen los precedentes en Argentina. En primer lugar, entendemos que resulta sumamente problemática esta concepción de lo que es dable esperar del profesional del derecho al hablarse de una supuesta interpretación “objetiva” -al respecto ver lo dicho en el punto 4.3. en relación con la interpretación de la ley- cuando en rigor de verdad todo enunciado normativo está sujeto a interpretación, cuyo resultado va a ser el “producto” en este caso de una opinión o asesoramiento aplicado a un caso concreto, todo lo cual es claramente una visión subjetiva del asunto. Asimismo, se dice que es dable “...añadir la opinión coincidente de algún autor de la Doctrina” lo cual trae aparejado más problemas a esta concepción: 1) en primer lugar, denota un resabio de una excesiva deferencia a la “doctrina” como -en alguna medida- “fuente” de derecho que no parece plenamente justificada en nuestro ordenamiento jurídico -y en rigor de verdad, tampoco del derecho comparado-. Ello por cuanto, sin soslayar la gran importancia de la doctrina para la enseñanza, comprensión, avance y desarrollo del derecho, el justiciable que se acerca a un profesional del derecho en procura de ayuda para su caso, poco le importa lo que diga algún encumbrado/a doctrinario/a sino, antes bien, qué suerte puede correr en el supuesto de judicializarse para lo cual deviene ineludible conocer la jurisprudencia; 2) Desde el punto de vista teórico, resulta una contradicción afirmar que algo es “objetivo” -en este caso, una interpretación para asesorar- si a ello se le puede añadir una “opinión coincidente” dejando -lógicamente- a la posible existencia de “opiniones disidentes”, todo lo cual impone la conclusión de que la *objetividad* no puede ser hallada en dicho escenario.

²²⁹ GARAY, Alberto F.; “LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE EN LA CORTE SUPREMA”, 1ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, P. 19.

Así, tal como una sentencia de un tribunal inferior deviene arbitraria si injustificadamente no aplica un precedente, esta situación "desde el otro lado el mostrador" lleva a concluir que la opinión de un profesional que prescindiera, para asesorar a un cliente, de la jurisprudencia imperante, o de un precedente de nuestro Máximo Tribunal, puede incluso constituir un supuesto de *mala praxis*. Puede resultar chocante tal afirmación, pero a poco que se piensan algunos supuestos vemos que esto no es así. Sino, ¿Cómo cabría catalogar a la consulta efectuada por un juez próximo a cumplir 75 años que desea interponer un amparo y su abogado desconoce los precedentes "fayth" y el cambio operado en "Schiffrin"? o un letrado que ignora el precedente "García" para asesorar a un jubilado que paga ganancias y posee serios problemas de salud?

Finalmente, si bien el estudio del presente se ha hecho en el fuero federal, entendemos que razones similares nos llevan a concluir de igual forma de tratarse en el derecho local o provincial. ¿Alguien se sentiría bien asesorado si nuestro abogado/a desconoce la jurisprudencia del fuero donde va a llevar adelante nuestro caso? Especialmente aquella emitida por las Cámaras de Apelaciones y el Superior Tribunal Local. La respuesta parece evidente.

Como ejemplo de la previsibilidad que debe tener el derecho y sobre el cual la jurisprudencia puede incidir en las expectativas de los litigantes, basta mencionar por ejemplo el artículo 73 del CPCCN, que en su parte pertinente dispone que: "(...) Si el proceso se extinguiere por desistimiento, las costas serán a cargo de quien desiste, salvo cuando se debiere exclusivamente a cambios de legislación o jurisprudencia y se llevara a cabo sin demora injustificada. (...)".

6.5.5. PARA LOS OTROS PODERES (LEGISLATIVO /EJECUTIVO).

En cuanto al aspecto legislativo, intentaremos no caer en la tentación de lo que denominaremos *placebo normativista*. Algunos países que adscriben al *civil law* tienen una mayor regulación legislativa que otros del *common law* sobre el punto, al tiempo que en estos últimos quizá tiene una cultura de respeto por los precedentes mucho más fuerte. Esto nos lleva a reflexionar que para implementar un verdadero sistema de precedentes eficaz, podría ser (o no) necesaria una regulación normativa. Precisamente ubicamos a estos poderes en último lugar en el entendimiento de que, de surgir un paulatino y sostenido avance cultural en los otros actores reseñados en los puntos anteriores respecto a la construcción de un sistema de precedentes, podríamos avanzar en su eficacia

sin transitar previamente por una regulación normativa. Sin perjuicio de lo cual, no se entiendo que una propuesta de reforma que tome en consideración los diversos aspectos que componen un sistema de precedentes, si bien no es necesaria a los fines de validar su existencia, tal como vimos, si quizás podría ser útil para mejorar el funcionamiento de la CSJN y los Tribunales inferiores²³⁰.

En cuanto al Poder Ejecutivo, aplica lo dicho en el anterior punto 5.2.4. Respecto a los litigantes, con el agravante de que el Poder Ejecutivo Nacional resulta ser un "jugador ocasional", en los términos antedichos, quien debiera reflexionar el impacto de las decisiones contenidas en los precedentes en un sentido extendido, es decir, previendo que probablemente sea seguido en casos análogos a futuro, y actuar en consecuencia.

CAPÍTULO 6

A modo de conclusión.

El carácter provisorio de las conclusiones que se arriban en [casi] toda investigación, se ve acentuado en este caso en particular por dos factores limitantes que –sumadas a las del propio autor que suscribe la presente– podríamos denominar *espacial* y *temporal*. El primero de ellos está dado por cuestiones lisa y llanamente de extensión, el cual no ha posibilitado estudiar –o siquiera listar– distintos fallos de suma resonancia dictados en este tiempo, que hubiese permitido conocer en mayor detalle los criterios que informan a la actual corte, y las distintas fisonomías que se aprecian en las mayorías circunstanciales que se vienen conformando, como así también la doctrina de cada Ministro en particular, tarea que quedará para futuras investigaciones.

La limitación temporal, en cambio, está dada por el propio centro de atención de la tesis, esto es, la composición actual de la Corte. Ello por cuanto, al estar en funciones al momento de escribir estas líneas, se tiene una perspectiva histórica sesgada e incompleta, dado que ese tipo de examen sería ostensiblemente prematuro. Por iguales razones, es que tampoco puede valorarse o concluirse en forma determinante qué valor o uso ha hecho de las diversas fuentes, al no conocerse que deparará el futuro.

Hechas estas aclaraciones, a modo de conclusión podríamos aventurar las siguientes reflexiones:

²³⁰ Ver por ejemplo: **GIANNINI, Leandro J.** "la corte Suprema. Actualidad....." op. Cit. P. 30

- a) En la interpretación de la ley, se aprecia el uso de distintas directivas interpretativas, en las cuales predominarían aquellas con deferencia al propio texto, la intención del legislador, y los fines que persigue la norma.
- b) A los fines de determinar la constitucionalidad de una norma la Corte pareciera mostrar un marcado interés en leerla en clave *originalista*, tanto a los fines de averiguar las intenciones de los constituyentes, cotejando a su vez cual ha sido la inteligencia asignada a sus disposiciones en distintos precedentes.
- c) El derecho extranjero ha tenido y tiene una notoria influencia en el desarrollo jurisprudencial del Alto Tribunal, tradición que mantiene la actual composición en diversas materias como por ejemplo la "real malicia". Por tanto puede ser considerado un recurso interpretativo relevante en el uso del argumento comparativo o a partir del derecho extranjero, lo que constituye una variante o subtipo del *argumento autoritativo* o *ab- exemplo* (de forma que si queremos hablar de "fuente" pareciera ser fuente de facto y argumentativa-persuasiva).
- d) Pese a no estar previsto como fuente de derecho en el CCYC, los precedentes de la CSJN **deben ser seguidos** por las instancias inferiores ante casos sustancialmente análogos, salvo que encuentren argumentos superadores. Existen diversos elementos –como la descalificación como arbitrarias de las sentencias de los juzgados y tribunales inferiores que se apartan de los precedentes, como también su utilización por parte de la Corte a través de la remisión con cita expresa a sus disposiciones para resolver numerosas causas– que los precedentes actualmente tienen una "relevancia *de iure* argumentativa en sentido fuerte" (en la terminología propuesta por el Dr. Chiassoni).
- e) De conformidad a la interpretación actual brindada por la CSJN a la CN y los tratados internacionales –cuestión legal abordada en la causa "Fontevicchia"– la Corte IDH no es una "*cuarta instancia*" que permita revocar una sentencia de la CSJN que ha pasado en autoridad de cosa juzgada en el derecho interno, sin perjuicio de la atribución de responsabilidad internacional que le pueda corresponder al Estado.

ANEXO I

FECHA	PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ²³¹				
		1	2	3	4	5
1862	Bartolomé Mitre	Francisco de las Carreras (1863-1870)	Salvador M. del Carril (1863-1877)	Francisco Delgado (1863-1875)	José Barros Pazos (1863-1877)	José Benjamín Gorostiaga (1863-1868)
1868	Domingo F. Sarmiento	Marcelino Ugarte (1870-1872) José Domínguez (1872-1887)				Benito Carrasco (1868-1871) José Benjamín Gorostiaga (1871-1887)
1874	Nicolás Avellaneda		Onésimo Leguizamón (1877-1882)	Saturnino M. Laspiur (1876-1878) (1879-1885)	Uladislao Frías (1878-1890)	
1880	Julio A. Roca		Manuel D. Pizarro (1882-1883)	Calixto S. de la Torre (1886-1892)		

²³¹ Fuente: Listado histórico de miembros efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, disponible en <https://www.csjn.gov.ar/institucional/historia-de-la-corte-suprema/listado-historico-de-ministros> ; fecha de consulta mayo de 2019.

			Federico Ibarguren (1884-1890)			
1886	Miguel Juárez Celman	Salustiano J. Zavalía (1887-1889) Luis V. Varela (1889-1899)			Abel Bazán (1890-1903)	Benjamín Victorica (1887-1892)
1890	Carlos Pellegrini		Luis Sáenz Peña (1890-1892)	Octavio Bunge (1892-1910)		Juan E. Torrent (1892-1901)
1892	Luis Sáenz Peña		Benjamín Paz (1892-1902)			
1895	José E. Uriburu					
1898	Julio A. Roca	Enrique H. Martínez (1899-1900) Nicanor González del Solar (1901-1924)	Antonio Bermejo (1903-1929)			Mauricio P. Daract (1901-1915)
1904	Manuel Quintana				Cornelio Moyano Gacitúa (1905-1910)	
1906	José Figueroa Alcorta				Dámaso E. Palacio (1910-1923)	
1910	Roque Sáenz Peña				Lucas López Cabanillas (1910-1914)	

1914	Victorino de la Plaza				José Figueroa Alcorta (1915-1931)	
1916	Hipólito Yrigoyen					Ramón Méndez (1919-1927)
1922	Marcelo T. de Alvear	Miguel Laurencena (1924-1928) Antonio Sagarna (1928-1947)		Roberto Repetto (1923-1947)		Ricardo Guido Lavalle (1927-1933)
1928	Hipólito Yrigoyen					
1930	José F. Uriburu <i>de facto</i>		Julián V. Pera (1930-1935)			
1932	Agustín P. Justo		Juan B. Terán (1935-1938)		Luis Linares (1932-1944)	Benito A. Nazar Anchorena (1934-1947)
1938	Roberto M. Ortíz		Francisco Ramos Mejía (1938-1947)			
1942	Ramón S. Castillo					
1943	Arturo Rawson <i>de facto</i>					
1943	Pedro P. Ramírez <i>de facto</i>					
1944	Edelmiro J. Farrel <i>de facto</i>				Tomás D. Casares (1944-1955)	

1946	Juan D. Perón	Felipe S. Pérez (1947-1955)	Luis R. Longhi (1947-1955)	Justo L. Álvarez Rodríguez (1947-1949) Atilio Pessagno (1949-1955)		Rodolfo G. Valenzuela (1947-1955)
1952	Juan D. Perón					
1955	Eduardo Lonardi <i>de facto</i>	Alfredo Orgaz (1955-1960)	Manuel Argañaráz (1955-1958)	Enrique V. Galli (1955-1958)	Carlos Herrera (1955-1958)	Jorge Vera Vallejo (1955-1956)
1955	Pedro E. Aramburu <i>de facto</i>					Benjamín Villegas Basavilbaso (1956-1964)
1958	Arturo Frondizi	Esteban Imaz (1960-1966)	Aristóbulo Aráoz de Lamadrid (1958-1966)	Luis M. Boffi Boggero (1958-1966)	Julio C. Oyhanarte (1958-1962)	La ley 15.271 creó dos cargos más: 6. Ricardo Colombres (1960-1966) 7. Pedro Aberastury (1960-1966)
1962	José M. Guido				José F. Bidau (1962-1964)	
1963	Arturo U. Illia				Amílcar A. Mercader (1965-1966)	Carlos J. Zavala Rodríguez (1964-1966)
1966	Juan Carlos Onganía <i>de facto</i>	Eduardo A. Ortiz Basualdo (1966-1973)	Roberto E. Chute (1966-1973)	Marco Aurelio Risolía (1966-1973)	Guillermo A. Borda (1966-1967) José F. Bidau (1967-1970)	Luis C. Cabral (1966-1973) La ley 16.895 restablece los cinco cargos
1970	Roberto M. Levingston <i>de facto</i>				Margarita Argúas (1970-1973)	

1971	Alejandro A. Lanusse <i>de facto</i>					
1973	Héctor J. Cámpora	Miguel A. Berçaitz (1973-1976)	Agustín Díaz Bialet (1973-1976)	Manuel Arauz Castex (1973-1975)	Ernesto A. Corvalán Nanclares (1973-1975)	Héctor Masnatta (1973-1976)
1973	Raúl Lastiri					
1973	Juan D. Perón					
1974	María Estela Martínez de Perón			Pablo A. Ramella (1975-1976)	Ricardo E. G. Levene (1975-1976)	
1976	Jorge R. Videla <i>de facto</i>	Horacio H. Heredia (1976-1978) Elías P. Guastavino (1978-1983)	Adolfo Gabrielli (1976-1983)	Alejandro R. Caride (1976-1977) Emilio M. Daireaux (1977-1980) César Black (1980-1982)	Federico Videla Escalada (1976) Pedro J. Frías (1976-1981)	Abelardo Rossi (1976-1983)
1981	Roberto Viola <i>de facto</i>					
1982	Leopoldo F. Galtieri <i>de facto</i>				Carlos A. Renom (1982-1983)	
1982	Reynaldo B. Bignone <i>de facto</i>			Julio J. Martínez Vivot (1983)	Emilio P. Gnecco (1983)	

1983	Raúl Alfonsín	Genaro R. Carrió (1983-1985) Jorge A. Bacqué (1985-1990)	José S. Caballero (1983-1989)	Augusto C. Belluscio (1983-2005)	Carlos S. Fayt (1983-2015)	Enrique S. Petracchi (1983-2014)				
La ley 23.774 aumenta a nueve el número de miembros del Alto Tribunal (1990)										
		1	2	3	4	5	6	7	8	9
1989	Carlos S. Menem	Eduardo Moliné O'Connor (1990-2004)	Julio C. Oyhanarte (1990-1991) Antonio Boggiano (1991-2006)				Julio Nazareno (1990-2003)	Mariano Cavagna Martínez (1990-1993) Guillermo A. F. López (1993-2003)	Rodolfo Barra (1990-1993) Gustavo Bossert (1993-2002)	Ricardo Levene (1990) Adolfo Vázquez (1995-2004)
1999	Fernando de la Rúa									
2002	Eduardo Duhalde								Juan Carlos Maqueda (2002-actualidad)	
2003	Néstor Kirchner	Eugenio Raúl Zaffaroni (2003-2014)					Elena Highton de Nolasco (2004-actualidad)	Carmen M. Argibay (2005-2014)		Ricardo Lorenzetti (2005-actualidad)
En 2006, la ley 26.183 reduce a cinco el número de jueces de la Corte Suprema										
2007	Cristina Fernández de Kirchner									
2015	Mauricio Macri		Horacio Rosatti (2016-actualidad)						Carlos Rosenkrantz (2016-actualidad)	

ANEXO II. JURISPRUDENCIA

Hemos visto como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina ha tenido un camino ambivalente en lo que respecta a la vinculatoriedad de sus precedentes. En el orden horizontal, se evidencia en el esfuerzo argumentativo reforzado que ha mostrado cuando ha tenido que virar su doctrina o sentar una excepción a un criterio adoptado en una causa anterior.

En el supuesto de precedente vertical (respecto a tribunales federales, nacionales y provinciales inferiores) ha tenido criterios diversos a lo largo de su historia: Disponiendo explícitamente que son obligatorios²³²; b) estableciendo que resultan únicamente vinculantes en el caso concreto sometido a su conocimiento y no obligan sino en él²³³; c) acatamiento de su jurisprudencia por parte de los demás tribunales, dado que los jueces tienen la obligación "moral" de conformar sus decisiones a la jurisprudencia de la Corte²³⁴.

Actualmente la Corte Suprema pareciera seguir este último criterio en relación a que las sentencias que dicta tienen una "obligatoriedad moral" y una "autoridad institucional" por lo cual los tribunales inferiores no pueden apartarse de tales criterios al momento de resolver un caso análogo, salvo que introduzcan nuevas razones que así lo ameriten. En algunos casos eso se ve claramente establecido cuando la propia Corte, por ejemplo, manifiesta cual ha de ser el criterio hermenéutico que ha de regir para la solución de determinados casos sustancialmente análogos a futuro²³⁵.

²³² Fallos: 183:409 (1939), "Baretta v. Provincia de Córdoba"; Fallos: 212: 160 (1948), "Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba".

²³³ Ver Fallos: 313 (I) 1010 (1990) "Villada, Juan Carlos y otros", consid. 7.

²³⁴ Fallos: 25 364 (1883) "Pastorino v. Ronillon"; 307:1094, "Cerámica San Lorenzo"

²³⁵ "10) Que, por último, cabe señalar que la presente causa pretende aportar un criterio razonable de interpretación para la solución de futuros casos sustancialmente análogos. En tal sentido, de las consideraciones efectuadas se desprende que los factores establecidos por las normas previsionales aplicables, deben evaluarse para la generalidad de los casos bajo un juicio objetivo a los efectos de determinar el carácter de la incapacidad que presenta el solicitante del beneficio de jubilación por invalidez" (causa "SOSA RAUL c/ ANSES s/RETIRO POR INVALIDEZ (ARTICULO 49 P4 LEY 24.241), CSJN, sentencia del 26/12/2017 Fallos: 340:2021, considerando 10°).

1. Causa: "Fowler Newton, Enrique c/ P.E.N. ley 25.561/01 - 214/02 s/ amparo - ley 16.986.", CSJN, sentencia del 11/10/2005, Fallos: 328:3634

Sumario.

- Corresponde desestimar el pedido tendiente a que la Corte disponga completar su integración a los fines de dictar sentencia en los casos en los que se discute sobre la validez constitucional de las normas que afectaron los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, pues el Tribunal siempre consideró a tales causas entre las de mayor relevancia y aun no pueden considerarse agotadas las posibilidades de lograr un consenso, máxime teniendo en cuenta que resulta innegable la conveniencia de que la decisión que fije una doctrina susceptible de dar respuesta a la extraordinaria cantidad de causas promovidas, sea adoptada por los jueces titulares de la Corte Suprema.

A continuación algunos casos relevantes resueltos en los últimos tiempos:

2. Causa "Schiffrin"²³⁶.

Sin dudas "Schiffrin" ha sido uno de las sentencias más resonantes, por diversos aspectos, dictadas por la Corte Suprema en su actual composición. Allí, por mayoría, se apartó del precedente "Fayt" y reconoció las facultades del constituyente del año 1994 que había establecido el tope de edad para ejercer como Juez en 75 años.

Allí tuvo ocasión de decir: "7º) *Que el juicio de ponderación en casos de relevancia institucional debe identificar una serie de principios claros y estables, que son los siguientes: a) el precedente de la Corte Suprema tiene un valor que obliga a ser seguido y respetado, salvo que exista una situación de excepción que exija una argumentación suficiente;*" (...)*Que es necesario precisar que los precedentes deben ser mantenidos por esta Corte Suprema y Respetados por los tribunales de grado, por una importante y evidente razón de seguridad jurídica. La carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada. Es importante señalar que, en los últimos diez años esta Corte modificó numerosos precedentes, en Materia previsional, laboral, ambiental, derechos fundamentales, lesa humanidad, penal, y otros, invocando una razón fundada que fue la plena aplicación de la reforma constitucional del año 1994. Es*

²³⁶ "Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ el Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa." Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Sentencia del 28/03/2017

Decir que en esos casos hubo una justificación basada en el cambio sustancial en el ordenamiento constitucional o en Razones de excepción".

La importancia de una reforma constitucional, los presupuestos de su procedencia, los límites que debe observar la convención reformadora, son aspectos que han acaparado la mayor atención desde los distintos sectores de la sociedad, y su estudio pormenorizado excede los objetivos y posibilidades del presente trabajo.

No obstante, pienso que en relación al tópico del precedente existe un aspecto de esta sentencia que ha pasado de alguna manera soslayado, en comparación con los otros, el cual es la exhortación que hiciera la Corte al Consejo de la Magistratura de la Nación para *asegurar la plena vigencia* al artículo 99 inciso 4° de la Constitución Nacional. Así, en el considerando 26 de la sentencia el Tribunal indicó que *"26) Que en atención a la forma en que se decide, cabe exhortar al Consejo de la Magistratura para que adopte las medidas que considere necesarias para asegurar la plena vigencia del artículo 99, inciso 4°, tercer párrafo, de la Constitución Nacional. La presente declaratoria no afecta la validez de las actuaciones cumplidas por el actor hasta la publicidad de este pronunciamiento, sin que corresponda definir en esta oportunidad otras situaciones a que pudiere dar lugar la plena vigencia de la cláusula constitucional mencionada"*.

Esta exhortación del Alto Tribunal suscita diversas reflexiones en torno al poder de sus decisiones y el nivel de vinculatoriedad en concreto que poseen sus precedentes. Intentaremos señalar algunas de ellas:

- a) la Constitución Nacional no ha sufrido ninguna reforma luego del año 1994, por lo que resulta fácil concluir que el único acto institucional que le ha enervado su "plena vigencia" había sido, precisamente, el precedente "Fayt".
- b) de lo expuesto en el apartado anterior, se podría inferir que si bien las decisiones de la CSJN resuelven un "caso en particular", tienen la aptitud de debilitar la vigencia de una norma, incluso constitucional, y que se espera que tanto los tribunales inferiores como la propia corte adopten esa tesitura en futuras causas que involucren interpretaciones sobre igual documento normativo.
- c) no obstante el punto anterior, desde el precedente "Fayt" existieron numerosos antecedentes judiciales de Jueces que, próximos a cumplir la edad de 75 años indicada en la norma, interpusieron acciones judiciales con éxito para permanecer en sus cargos, citando invariablemente el antecedente "Fayt", entre otros argumentos. Particularmente

me interesa resaltar aquellos supuestos en que la vía procesal escogida ha sido la del amparo. Siendo que entre los presupuestos de procedencia de la acción de amparo se encuentra la "arbitrariedad e ilegalidad manifiesta"²³⁷ (ALM) ¿Cómo era posible sostener lo siguiente?:

- la ALM de un artículo de la constitución nacional, que muchos de los magistrados juraron defender sin reservas al asumir el cargo, es decir, que se encontraba vigente al momento de la designación
- La norma no tenía una "plena vigencia" para ser aplicada por el Consejo de la Magistratura, pero si requería de una acción judicial para que los jueces y juezas puedan mantenerse en el cargo al estar próximos a cumplir la edad de 75 años.
- Podría pensarse que –al menos en este punto- la CSJN no podía o no pudo o no consideró conveniente [por la razón que fuere] "exhortar" –con la anterior composición - a otro poder a que no se cumplimente un precepto constitucional, para todo sujeto que se encontrara en situación análoga a la del Dr. Fayt, pero sí por la variante positiva, esto es, para darle plena operatividad.

Aquí es donde entra en juego un aspecto que tuvo en cuenta la Corte en Schiffrin, esto es, el temporal.

Importa también destacar algunos aspectos del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz, quien postuló por mantener la doctrina de "Fayt" –en resumen- por lo siguiente:

- a) Argumento *histórico*: (los diversos procesos de reforma constitucional se ciñeron a lo que debía reformarse, y a su entender la reforma del año 1994 no.
- b) Aspecto de *cumplimiento*. resalta como un valor el nivel de acatamiento pacífico, por parte de los tribunales inferiores, del precedente Fayt. De ello podría colegirse que para este Ministro, que sobre determinado tema no existan argumentos

²³⁷ Cabe recordar que el artículo 43 de la Constitución Nacional establece que **Artículo 43.-** *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva (...)*. Asimismo, el texto del artículo 1 de la ley 16986, acción de amparo, que dice: "La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus."

suficientes por parte de los tribunales inferiores a lo largo del tiempo, es un indicador que demostraría que existen razones de corrección en el precedente. O al menos, es un elemento que debe ser ponderado en favor de mantener el precedente, al no evidenciarse motivos de peso que justifiquen tomar un camino interpretativo diferente.

3) Causa "Viñas"²³⁸

En "Viñas" la Corte sostuvo que *"que con arreglo a lo establecido por este Tribunal en un pronunciamiento reciente, no obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de interprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores; y cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resultar de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (Fallos: 339:1077 y sus citas)"*.

4) Causa "Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo"; sentencia del 26/12/2019; Fallos: 342:2344

Sumarios:

- La reticencia por parte de las autoridades judiciales provinciales para aplicar en su ejercicio jurisdiccional la doctrina constitucional sentada por la Corte, conlleva la lesión de los derechos con relación a los cuales se adoptó el criterio respectivo, la vulneración del derecho a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, y acarrea dispendio jurisdiccional y el riesgo cierto -con la consiguiente gravedad institucional- de que se dicten sentencias contradictorias, por lo que la igualdad y la seguridad jurídica se ven necesariamente socavadas.

²³⁸“Viñas, Pablo c/ EN – M Justicia y DDHH s/ indemnizaciones – ley 24023 – art. 3’ y CAF 47857/2016/CS1 – CA1 ‘Viñas, Carlos c/ EN – M Justicia y DDHH s/ indemnizaciones - ley 24023 – art. 3’”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 22 de mayo del 2018.

- Si las sentencias de los tribunales se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, carecen de fundamento.
- Si bien es cierto que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, los jueces deben -aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido- conformar sus decisiones a las sentencias del Tribunal dictadas en casos similares, obligación esta que se sustenta en la responsabilidad institucional que le corresponde a la Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (art. 108, Constitución Nacional), los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional.
- Las sentencias del Tribunal cívico nacional deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas, principio que se basa primariamente en la estabilidad propia de toda resolución firme pero, además, en la supremacía del Tribunal (art. 108 citado) que ha sido reconocida por la ley desde los albores de la organización nacional, garantizando la intangibilidad de sus decisiones por medio de la facultad de imponer directamente su cumplimiento a los jueces locales -art. 16, apartado final, ley 48-.
- Es inherente a la función constitucional propia de la Corte que, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, imponga a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar la doctrina constitucional plasmada en sus decisiones.

5) Causa "Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/ Provincia de Misiones - Dirección General de Rentas y otro s/ demanda contenciosa administrativa", CSJN; sentencia del 05/11/2019; Fallos: 342:1903).

Sumarios

- La deficiencia que se observa en la sentencia apelada se agudiza por el hecho de que la Corte en una ocasión anterior, 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" (Fallos: 326:3899).
- Carecen de fundamentos las resoluciones de los tribunales inferiores -inclusive las de los superiores tribunales locales- que se apartan de lo decidido por la Corte sin

aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada por el Tribunal, especialmente, en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante desde el inicio de las actuaciones, pues la autoridad institucional de los precedentes de la Corte Suprema, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones deban ser debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por aquella como por los tribunales inferiores.

6) Causa "Recurso Queja N° 26 - PROCESADO: DAPERO FERNANDO s/DELITO DE ACCION PUBLICA" CSJN, sentencia del 08/10/2019; Fallos: 342:1660.

Sumarios.

- Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en sus precedentes, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan.
- Corresponde desestimar el recurso extraordinario que no ha logrado demostrar que el a quo haya cercenado indebidamente el acceso a la revisión del fallo condenatorio ya que, contrariamente a lo alegado, un examen de lo acontecido en el expediente lleva a colegir que la sentencia impugnada no se apoyó en una concepción del recurso de casación de carácter excepcional y restringido -reñida con el alcance con el que debe garantizarse la revisión de la condena según los precedentes de la Corte- sino en que este no fue fundado debidamente en la forma requerida por la ley, sin que se observen razones que tornen arbitraria esta conclusión y que, por ello, lleven a descalificar lo así resuelto. -El juez Rosenkrantz, en voto propio, consideró que el recurso extraordinario era inadmisibile (art. 280 CPCCN)-.

6) Causa "Supercanal S.A. c/ AFSCA y otros", CSJN, sentencia del 21/05/2019; Fallos: 342:853

Sumario

- El apropiado uso de los precedentes está rigurosamente condicionado a que en el nuevo caso se presenten las mismas circunstancias de hecho y jurídicas consideradas en la causa en que se estableció la doctrina de que se trata.

7) Causa "Ingenieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial", CSJN, sentencia del 09/05/2019; Fallos: 342:761.

Sumario.

- Los precedentes deben ser mantenidos por la Corte Suprema y respetados por los tribunales de grado, por una importante y evidente razón de seguridad jurídica pues es deseable y conveniente que sus pronunciamientos sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos (Voto del juez Lorenzetti).

8) Causa "Ribolzi, Gabriel Roberto c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ plena jurisdicción - recurso de casación", CSJN sentencia del 02/05/2019; Fallos: 342:738.

Sumario.

- Aun cuando los agravios esgrimidos suscitan el examen de cuestiones ajenas -como regla y por su naturaleza- a la instancia del art. 14 de la ley 48, pues remiten a la aplicación e interpretación de normas de derecho público local, ello no es óbice para la procedencia del recurso extraordinario cuando la decisión ha prescindido de aplicar la solución normativa prevista para el caso y contradice jurisprudencia del Tribunal.

9) Causa "Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", CSJN sentencia del 09/04/2019; Fallos: 342:584.

Sumarios.

- Configura una situación extremadamente delicada el hecho de que un tribunal -aun cuando se trate de la máxima instancia de una jurisdicción provincial- decida

desaplicar un sinnúmero de estándares establecidos y reconocidos en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su función de máximo intérprete de la Constitución Nacional.

- El *a quo* ha actuado doblemente en forma grave si, en primer lugar se ha apartado de la jurisprudencia de la Corte Suprema desconociendo -en los hechos- todos los estándares que rigen el caso y en segundo lugar, porque al desatender la cuestión federal que oportunamente le fue planteada ha generado un compromiso de la garantía del plazo razonable violatorio de los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resultan no solo pautas interpretativas sino también un deber de garantía a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino.
- **Aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido corresponde señalar el deber que tienen los organismos jurisdiccionales de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, obligación esta que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional.**
- Si bien la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los demás jueces tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas del Máximo Tribunal, pues si sus sentencias se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, carecen de fundamento.
- Lo resuelto por la instancia anterior ha devenido arbitrario en la medida en que no puede hacerse recaer sobre los imputados la demora en la tramitación del proceso cuyo impulso diligente está a cargo del Estado y al mismo tiempo, no puede validarse una decisión que entra en franca colisión con precedentes de la Corte en la materia, constituyendo un palmario apartamiento de ellos.

10) **Causa "Recurso Salto Instancia N° 1 - BERTUZZI, PABLO DANIEL Y OTRO c/ EN-PJN Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986", CSJN; sentencia del 03/11/2020.**

Sumario.

- La Corte, como intérprete suprema de la Constitución Nacional, debe tener especial celo en no modificar injustificadamente su propia jurisprudencia, porque en ella se aloja el último reservorio de respuestas ajustadas al derecho vigente y la confianza de la comunidad de que al actuar conforme a ellas no habrá de sufrir recriminaciones jurídicas.

11) Causa "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Gasnor SA c/ Municipalidad de La Banda s/ acción meramente declarativa - medida cautelar", CSJN, sentencia del 7 de octubre de 2021.

La Corte también enfatizó en la importancia de su jurisprudencia al tiempo de examinar la constitucionalidad de una ordenanza que versaba sobre cuestiones tributarias. En lo que aquí interesa resaltar, remarcó por un lado que la Jurisprudencia de ese Tribunal había sido consistente en la interpretación de contribuciones como la cuestionada en esa causa, y que para pasar el test de constitucionalidad debían cumplirse determinadas condiciones (ver el considerando 7º). Lo cual da cuenta de la importancia de sus decisiones para *construir* el mentado elenco de recaudos.

Seguidamente, y en forma concordante con lo anterior, luego de repasar algunas de las sentencias a las que refería, expresó que "8º) *Los precedentes de esta Corte citados constituyen un corpus jurisprudencial ineludible y de claras implicancias para el análisis de la "Tasa por Servicios Municipales sobre la Actividad Comercial, Industrial y de Servicios" prevista en el artículo 116 del Código Tributario Municipal de la ciudad de La Banda, Santiago del Estero, que aquí se analiza. (...)*" (considerando 8º).

Tenemos entonces que -también en esta materia- si un operador jurídico debe enfrentarse a la elucidación de una controversia de este tipo, su participación será defectuosa de no conocer y tomar en cuenta esos lineamientos volcados en los diversos precedentes dictados por la CSJN a lo largo del tiempo.

12) "Vilte, Víctor Hugo s/ legajo de casación"; Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 03/03/2022

En el voto de Maqueda y Lorenzetti emitido en la sentencia citada, se enfatizó en el deber de seguir los precedentes del Alto Tribunal pese a la ausencia de una disposición legislativa expresa en nuestro ordenamiento jurídico dicho sentido, lo cual tornaba en

arbitraria la sentencia cuestionada y, concordemente, considerada como un acto jurisdiccional inválido. Los precedentes, entonces, constituyen uno de los *extremos* o elementos a ser considerados en forma insoslayable para dictar una sentencia conforme a derecho. Así, sostuvieron que *"Que resulta claro que la doctrina que surge de este precedente, cuya directa aplicación al caso fuera expresamente invocada por el recurrente durante la instancia casatoria para cuestionar la validez del temperamento adoptado por la alzada, fue inobservada por el a quo (...) De tal modo, si bien es cierto que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, los jueces deben **-aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido-** conformar sus decisiones a las sentencias de este Tribunal dictadas en casos similares, obligación esta que se sustenta en la responsabilidad institucional que le corresponde a la Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (artículo 108, Constitución Nacional), los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (conf. doctrina de Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y CSJ 1381/2018/RH1 "Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", sentencia del 9 de abril de 2019, considerando 16). En consecuencia, **el fallo carece de la debida fundamentación al omitir toda consideración sobre un extremo conducente para la correcta resolución del asunto** (Fallos: 328:121; 330:4983, entre muchos otros) (...)"* (ver considerando 7° y 8° de la sentencia citada, énfasis agregado)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁBALOS, María G. "Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana", Publicado en: LA LEY 2017-B •Sup. Const. 2017 (marzo) , 3 ;

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José: "La jurisprudencia como fuente del Derecho"; Publicado en: LA LEY81, 769 - DPyC 2017 (agosto), 11/08/2017, 281; Cita Online: AR/DOC/7031/2010)

AGUILÓ REGLA, Josep " Fuentes del Derecho", en **FABRA ZAMORA, Jorge Luis; RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica**, "Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho", volumen dos Primera edición: 17 de marzo de 2015, , Universidad Nacional Autónoma de México.

ALVIM, Teresa Arruda, "Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes", Revista dos Tribunais, 2021, P. 119.

ALEGRE M., GARGARELLA R. "Sobre el fallo en materia de educación religiosa en las escuelas públicas"; disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com/2017/12/sobre-el-fallo-en-materia-de-educacion.html>, fecha de consulta enero 2019

ALLEN, Carleton Kemp , "Law in The making", Oxford: Clarendon Press. 1927.

ALEXY, Robert, "Teoría de la Argumentación Jurídica" 2º Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

ANDENAS M., FAIRGRIEVE D., 2012: "Intention making mischief: seven ways of using comparative law", en Methods of Comparative Law, MONATERI P.G. (ED), Elgar, Cheltenham-Northampton.

BARBERIS, Mauro "Para una teoría realmente realista del derecho"; Revus [Online], 29 | 2016, Online since 12 October 2016, connection on 10 June 2017. URL : <http://revus.revues.org/3561> ; DOI : 10.4000/revus.3561

BARBERIS, Mauro; "Genoa's Realism: A Guide for the Perplexed", Revista brasilera de filosofia 240: p. 13-25, año 2013

BERIZONCE, RobertoO. "EL FUNCIONAMIENTO EN CONCRETO DEL SERVICIO DE LA JUSTICIA; NECESIDAD DE INVESTIGACIONES EMPIRICAS" Publicado en *Derecho Procesal Civil Actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999.

BERMAN N. Mitchell, "Constitutional Interpretation: Non -originalism"; Philosophy Compass 6/6 (2011), pp 408-420

BOBBIO, Norberto, "Teoría general del derecho", Editorial Temis.

BULYGIN, Eugenio, "The Objectivity of the Law (2004)", publicado en "Essays in Legal Philosophy", Oxford University Press, 2015.

CALAMANDREI, Piero, "Proceso y Democracia", Ediciones Olejnik, Santiago, Chile, 2018.

CASSAGNE, Juan Carlos, "Las fuentes constitucionales y el Derecho Administrativo", Publicado en: SJA 25/03/2009 • JA 2009-I , 1044, Cita Online: 0003/014331.

CATALANO, Mariana y CARNOTA, Walter F. "La Corte Suprema reafirma su rol de tribunal final de las causas", Publicado en: LA LEY 28/03/2017, 3.

CHIARLONI, Sergio: "General judicial functions of the Supreme Court in the European legal culture with some critical remarks about the Italian Corte di Cassazione"; recuperado de <https://independent.academia.edu/Chiarloni> .

CHIASSONI, Pierluigi, "Tarello y la desmitificación del pensamiento jurídico", EN ID., "EL DISCRETO PLACER DEL POSITIVISMO JURÍDICO, BOGOTÁ", Externado de Colombia, 2016.

CHIASSONI, Pierluigi, "El Estado Laico Según Mater Ecclesia Libertad Religiosa Y Libertad De Conciencia En Una Sociedad Democrática", ISONOMÍA No. 27 / Octubre 2007.

CHIASSONI Pierluigi, « *Legal interpretation without truth* », Revus [Online], 29 | 2016, Online desde el 04 Noviembre de 2018, consultado el 16 de noviembre de 2018. URL : <http://revus.revues.org/3615> ; DOI : 10.4000/ revus.3615

CHIASSONI, Pierluigi, "Ensayos de Metajurisprudencia Analítica", Ediciones Olejnik, 1ª edición, 2017, pags. 25 y sigs.

FAYT, Carlos S. "La Corte Suprema y la Evolución de su Jurisprudencia. Leading Cases y Holdings. Casos Trascendentes", 1º Ed.- Buenos Aires: La Ley, 2004, P. 88.

FERRER BELTRAN, Jordi y RATTI, Giovanni B. "El realismo jurídico genovés" Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2011.

FON, Vincy y PARISI, Francesco, "Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis". International Review of Law and Economics,; George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-15; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-19. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=534504> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.534504>].

GARAY, Alberto F. "En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio", Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 2.

GARAY, Alberto F. "La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema", 1ª ed.- Buenos Aires: Abeledo Perro, 2013.

GARAY Alberto F. " LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE Y LA SEGURIDAD JURÍDICA", -y sus citas-ponencia general del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, recuperada de <https://www.procesal2015.org.ar/images/Ponencia Congreso Procesal Jujuy 2015 -Garay.pdf>

GARAY Alberto F. "La enseñanza del caso "Marbury vs. Madison"", Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho año 7, número 13, 2009, ISSN 1667-4154.

GARGARELLA, Roberto "Interpretación 2: Scalia", disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com/2013/04/interpretacion-2-scalia.html>

GASCÓN ABELLÁN, Marina, "RACIONALIDAD Y (AUTO) PRECEDENTE. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente", Teorder, 2011, N° 10.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, "precedente y civil law: un camino por recorrer. reflexiones sobre el precedente a partir de los trabajos de flavia carbonell y rodrigo camarena"; Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, núm. 16, enero-diciembre de 2022, pp. 69-84.

GELLI, María Angélica , "los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina", Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 5;

GIANNINI Leandro J. "Análisis de la producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración", Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/Nº 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411- Electrónica ISSN 2591-6386.

GIANNINI, Leandro J. "El Certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas", 1ª edición - La Plata: Librería Editora Platense, 2016.

GIANNINI, Leandro J. "La insistencia de la Corte Suprema en un recaudo para la tutela de derechos de incidencia colectiva (a propósito de los casos "CEPIS" y "Abarca")", La Ley, cita online: Ar/DOC/2763/2016.

GIMÉNEZ GLUCK, David: "El Gobierno Del Poder Judicial Y La Separación De Poderes En La Nueva Constitución Británica"; UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 34, 2014, pp. 447-472.

GORDILLO, Agustín: "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", Tomo 5, Primeras obras 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012, **IADA-V-12; disponible en**

https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf (fecha de consulta noviembre del 2018)

GRAZIADEI Michele, 2006: "Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions", en The Oxford Handbook of Comparative Law, M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), Oxford University Press

GUASTINI, Riccardo: "Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico" Revus [Online], 27 | 2015, URL : <http://journals.openedition.org/revus/3463> ; DOI : 10.4000/revus.3463

GUASTINI, Riccardo "Proyecto Para La Voz "Ordenamiento Jurídico" DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 27 (2004) ISSN: 0214-8676 p. 248/249.

GUASTINI, Riccardo, "Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos" Editorial Científica Peruana S.A.C., Raguel ediciones. Lima, Perú, 2015.

GUASTINI, Riccardo "La interpretación de la Constitución", publicado en "Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho" capítulo 56. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>

GUASTINI Riccardo, "Concepciones de las Fuentes del Derecho", Isonomia, n. 11, 1999 <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142255.pdf>

HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad", Publicado en: LA LEY 17/09/2008 , 1 • LA LEY 2008-E , 1169

HITTERS, Juan Carlos: "La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia", Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP; 2014.

HUSA Jaakko; "Classification of Legal Families Today. Is it time for a memorial hymn ?". En: Revue internationale de droit comparé. Vol. 56 N°1,2004. pp. 11-38;

IBARLUCÍA, Emilio A.: "Obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y derecho de defensa en juicio", Publicado en: LA LEY 15/03/2017 , 4 ;

KELSEN, Hans: "Teoría pura del derecho", 4ª ed. 4ª reimp - Buenos Aires: Eudeba 2005.

KRISTAN, Andrej; "Derecho y otros Enigmas", Marcial Pons, Madrid, 2017.

LEITER, B. "Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy", Oxford University Press, 2007.

MACCORMICK, D.N. y R.S. SUMMERS (eds), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney, 1997, y 6 *Ragion Pratica*, 1996

MALAGOLI, Luca: "EL NEGOCIO DE LA PROFECÍA. Concepción de la ciencia jurídica, teoría de las decisiones judiciales y teoría de la interpretación de los documentos legislativos en la obra de Max Radin"; Revus 2020, <https://doi.org/10.4000/revus.6696>

MANILI, Pablo L.: "Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo "Fontevicchia", Publicado en: LA LEY 20/03/2017 , 5.

MARINNONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; Mitidiero, Daniel: "Manual do processo civil", - 4ª ed. Rev., atual. e ampl.- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luis Guilherme "Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores"; Revista dos Tribunais, São Paulo; v. 906, 9. 255-284, abril 2011

MARINNONI, Luiz Guilherme, "Del tribunal que declara <el sentido exacto de la ley> al tribunal que sienta precedentes", publicado en "La misión de los tribunales supremos", Taruffo Michele; Marinoni, Luiz Guilherme y Mitidiero, Daniel (coords.) Editorial Marcial Pons, 2016.

MITCHELL N. Berman, "Constitutional Interpretation: Non-originalism", *Philosophy Compass* 6/6 (2011), pp. 408-420.

MITIDIERO, Daniel, "Dos modelos de Cortes de Vértice-Cortes Superiores y Cortes Supremas", publicado en **Taruffo Michele; Marinoni, Luiz Guilherme y Mitidiero, Daniel (coords.)** "La misión de los tribunales supremos", Editorial Marcial Pons, 2016.

MITIDIERO, Daniel: "Fundamentación y precedente: dos discursos a partir de la decisión judicial", Revista "Derecho y Sociedad", Edición número 40.

MITIDIERO, Daniel: "Cortes Superiores E Cortes Supremas. Do Controle A Interpretação, Da Jurisprudência Ao Precedente", 3ª ed. Rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MORELLO, Augusto M. "Actualidad del Recurso Extraordinario", Librería Editoria Platense – Abeledo Perrot; 1995.

MORELLO, Augusto M., ROSALES Cuello, Ramiro, "El caso Barreto: de nuevo sobre la competencia de la Corte", **Publicado en:** DJ 12/07/2006 , 806; **GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán; MORELLO, Augusto M.** "La teoría del máximo rendimiento en el derecho procesal (Aplicación del principio de economía)", Publicado en: LA LEY 2006-D , 1211 • Sup. Penal 2006 (julio) , 1

MORELLO, Augusto M., "La Corte Suprema, piloto de tormentas", Publicado en: Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero) , 91, Cita Online: AR/DOC/1029/2007 . la cita que efectúa de Taruffo corresponde a la obra **TARUFFO, Michele**, "Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil", traducción de Beatriz QUINTEROS, Temis, Bogotá, Colombia, 2006, p. 138 y 139.).

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, "¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incomprensión"; Derecho PUCP, N° 84, 2020 /e-ISSN: 2305-2546.

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, "Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis", DOXA, Cuadernos de Filosofía del derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676 pp. 127-156

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro; "PRECEDENTE EN MATERIA DE HECHOS"; REVISTA DE DERECHO (VALDIVIA) [VOLUMEN XXXI - N° 1, JUNIO 2018.

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro: "Problemas Abiertos sobre la publicación de los precedentes", Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Número 43 (2020) | ISSN: 1138-9877 | <https://doi.org/10.7203/CEFD.43.17793>

OTEIZA, Eduardo, "La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia", Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1994.

OTEIZA, Eduardo, "Jurisprudencia y debido proceso. La Corte Suprema Argentina y la Corte Interamericana"

OTEIZA, Eduardo, "Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN", en Cortes Supremas, funciones y recursos extraordinarios, OTEIZA, Eduardo, Coordinador, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.

PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Publicado en: LA LEY 08/03/2017 , 6;

PAULSEN, Michael Stokes, "Does the Supreme Court's Current Doctrine of Stare Decisis Require Adherence to the Supreme Court's Current Doctrine of Stare Decisis", *North Carolina Law Review*,

Vol. 85, 2008; U of St. Thomas Legal Studies Research Paper No. 08-15. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1131772>.

PARSONS A. Peter; STARR Kenneth W., "Environmental Litigation and Defendant Class Actions: The Unrealized Viability of Rule 23, 4 Ecology L.Q." (1975). P. 901; Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/elq/vol4/iss4/2>).

PEREZ RAGONE, Álvaro y PESSOA PEREIRA, Paula. "Función de las cortes supremas de Brasil y Chile en la generación y gestión del precedente judicial entre lo público y lo privado", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2015, n.44 [citado 2021-05-10], pp.173-214. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100006&lng=es&nrm=iso . ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100006>.

PIZZOLO, Calogero: "¿Ser "intérprete supremo" en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación "creacionista" de los derechos humanos", Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 7.

RAYA DE VERA, Eloísa B. "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Gelman vs. Uruguay", Publicado en: RCyS 2012-V , 279, Fallo Comentado: [Corte Interamericana de Derechos Humanos ~ 2011-02-24 ~ Comisión Interamericana de Derechos Humanos c. República Oriental del Uruguay en relación con el caso Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García](#)

RESCIGNO, Pietro; PATTI, Salvatore: "La genesi della sentenza", il Mulino, 2017.

ROSATTI, Horacio, "Proyecto constitucional alberdiano. Descripción, apogeo y crisis", Publicado en "Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario", 1ra. edición - noviembre 2015; disponible en http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones_argentinas.pdf (fecha de consulta noviembre 2018).

SANTIAGO, Alfonso "¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?", Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 13;

SARÁCHAGA, Gonzalo, "Valor y eficacia del precedente en la Corte Suprema de Justicia Argentina: incidencia en la resolución de conflictos donde se discutan derechos individuales homogéneos", Publicado en Eldial; elDial.com DC2A05 , 08/04/2020

SARACHAGA Gonzalo "El Uso Del Precedente De La Corte Suprema De Justicia De La Nación Como Herramienta Para Contribuir A La Eficacia Procesal"; Revista de Derecho Procesal 2023-2: Gestión e innovación en el proceso – II; 1º Edición revisada.- Santa Fe: Rubinzal Culzoni 2023; p. 695-738

SPROVIERI, Luis Eduardo; BEADE, Jorge Enrique "El juez como administrador del proceso judicial", publicado en "Nueva gestión judicial : oralidad en los procesos civiles" / Héctor M. Chayer ... [et al.] ; coordinación general de Héctor M. Chayer ; Juan Pablo Marcet. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ediciones SAIJ, 2016.

STRAUSS, David, "The living constitution", Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 2010.

TARELLO, Giovanni, "La Interpretación de La Ley", Primera Edición, Lima, noviembre de 2013, Palestra Editores, ISBN: ISBN: 978-612-4218-00-2

TARUFFO, Michele: "Aspectos del Precedente Judicial", disponible en <http://www.pjenl.gob.mx/Publicaciones/Libros/70/docs/70.pdf>

TARUFFO Michele; "El precedente judicial en los sistemas de Civil"; Revista IUS ET VERITAS, N° 45, Diciembre 2012 / ISSN 1995-2929

TARUFFO, Michele; "Precedente y jurisprudencia". Precedente. Revista Jurídica, (-), (2007) p. 86-99. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>

TARUFFO Michele; MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (coords.) *"La misión de los tribunales supremos"*, Editorial Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele *"las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales"*, publicado en "La misión de los tribunales supremos", Taruffo Michele; Marinoni, Luiz Guilherme y Mitidiero, Daniel (coords.) Editorial Marcial Pons, 2016, pags. 245 y 245 vta

TARUFFO, Michele, *"Las Funciones De Las Cortes Supremas"*, Revista de Derecho Procesal , Tomo: 2008 - 2. Tutelas procesales diferenciadas - I. Cita: RC D 265/2012.

TARUFFO, Michele, *"La motivación de la sentencia civil"*, Editorial Trotta, Madrid 2011.

TARUFFO, Michele, *"Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil"*, editorial Temis, Bogotá , Colombia 2006.

TEUBNER (1998) Legal Irritants: Good faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, 61, Mod. L. Rev)

VERBIC, Francisco: *"Las acciones colectivas como instrumento para proteger a los usuarios de servicios públicos"* , Revista Consumo y Derecho N° 1. También puede consultarse en: http://www.academia.edu/3715619/Las_acciones_colectivas_como_instrumento_para_proteger_a_los_usuarios_de_servicios_p%C3%BAblicos

VOGENAUER S, 2006: "Sources of Law and Legal Method in Comparative Law", en The Oxford Handbook of Comparative Law, M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), Oxford University Press. P. 875/876.

WALDRON Jeremy, *"Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach"*, MICH. L. REV. 1 (2012). Disponible en <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss1/1>

WALUCHOW, Wil *"Constitutionalism"*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2012 Edition), E. N. Zalta (Ed.) URL <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/constitutionalism/>.

ZUPPI, Alberto L., DELLUTRI, Rodrigo: *"Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso "Fontevicchia y D'Amico c. República Argentina"*; Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 22 .