

**Tesis de maestría:**

***“El valor del precedente en el sistema jurídico  
argentino: un aporte hacia la revalorización de la  
jurisprudencia como fuente del derecho”***

**Laura Margaretic**

**Indice**

Introducción	4
II. Los precedentes en el sistema jurídico argentino	7
III. Dos tradiciones jurídicas, dos concepciones distintas sobre la ley y los jueces	
a) La tradición continental europea	9
b) La tradición del common law	12
c) Distintas maneras de concebir al derecho	13
IV. Interpretación Judicial	14
a) La tarea interpretativa: caso testigo	17
V. Fundamentos constitucionales de la propuesta ensayada	
a) Estado constitucional de derecho vs. Estado legal de derecho	21
b) Los precedentes en la Constitución Nacional	25
VI. Vinculación vertical	
a) Postura de nuestra Corte Suprema Nacional	27
b) Entonces, ¿se acepta o no la vinculación vertical? Toma de postura, fundamentos y problemas a resolver	30
VII. Vinculación interna	
a) Alcances, implicancias y voces en contra	34
b) Postura de la Corte Suprema Nacional	38
VIII. Un precedente alentador	41
IX. “El derecho como integridad” por Ronald Dworkin	43
a) Dworkin y la metáfora de la “novela en cadena”	48
X. Respuestas a las críticas mas comunes formuladas a esta propuesta	
a) “Atenta contra la independencia judicial”	50

b) “Atenta contra el principio de división de poderes”	52
c) “Anquilosa el derecho”	55
d) “Mediatiza a las partes del caso”	56
e) “Es inadmisibile por el origen contramayoritario de los Jueces”	57
Conclusión	60
Bibliografía	62

## INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es revalorizar a la Jurisprudencia como fuente de derecho en nuestro sistema jurídico.

En tal sentido, entiendo que mas allá de los postulados que heredamos de la tradición continental europea y del silencio que al respecto guarda nuestro derecho positivo vigente, es hora de que los operadores jurídicos nacionales definamos y unifiquemos criterios respecto a cuál es el valor que cabe asignarle a la Jurisprudencia como fuente de derecho; poniendo en crisis, así, la tesis imperante en nuestro medio en cuanto la considera fuente secundaria o accesoria.

Lo que despertó mi interés sobre el tema fue advertir que nuestro sistema jurídico habilita la existencia de jurisprudencia horizontal múltiple - la cual, de hecho, es fácilmente verificable en la realidad cotidiana de nuestros tribunales-; lo que supone admitir que en una sociedad de masas como la nuestra, se le niegue a un ciudadano lo que se le reconoce a su vecino; con el escándalo jurídico y la grave afectación al principio de seguridad jurídica que, a mi parecer, ello supone.

Es así como comencé a interrogarme respecto a si debían o no ser vinculantes los precedentes judiciales; con la intuición de que este tópico estaba íntimamente vinculado al fenómeno antes descrito; siendo que, si bien en un principio me resultó difícil hallar una respuesta a la incógnita, a poco de ahondar en el tema los argumentos a favor de tal postura me convencieron, y enseguida surgieron fundamentos para sustentarla.

Por lo tanto, el objetivo de este ensayo es convencer al lector en igual sentido y hallar el verdadero alcance que los precedentes judiciales, como fuente de derecho, debieran tener en nuestro país; y proponer, así, un distinto papel para ellos; siempre

dentro de los marcos trazados por nuestro derecho positivo, es decir, sin requerir ninguna reforma legislativa, sino tan sólo un cambio de criterio interpretativo; convencida que ello contribuirá a la consolidación de un Estado Constitucional de derecho.

En tal sentido, haré una propuesta ambiciosa y procuraré demostrar las virtudes de atender no sólo a una vinculación vertical, es decir, en relación a los fallos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia del país, sino también a una de tipo horizontal o interna, que vincule a los Jueces a sus propios fallos anteriores.

En este camino, señalaré que mi propuesta se apoya, sobre todo, en fundamentos constitucionales; imponiéndose ante la necesidad existente en todo Estado constitucional de derecho de garantizar el principio de igualdad y el de seguridad jurídica.

Intentaré demostrar, también, que existen argumentos prácticos que aconsejan seguir la línea trazada y que vienen dados por desentrañar en qué consiste realmente la tarea de nuestros jueces.

En este camino, confrontaré el distinto papel que a los precedentes judiciales le asignaron los postulados teóricos de las dos tradiciones jurídicas que tallaron en nuestro medio, como son, principalmente, la tradición continental europea, y, también, la tradición del *common law*, de la que extrajimos nuestro diseño constitucional.

Asimismo, procuraré rebatir las principales objeciones que se levantan en contra de la postura que traigo y acudiré en sustento de mi tesis a la concepción que del derecho tiene destacada doctrina especializada en la materia.

En definitiva, a través del presente trabajo me propongo ofrecer argumentos de distinto tipo (tanto prácticos, como normativos, históricos y teóricos) que convencan

al lector, así como me convencieron a mí, sobre las ventajas de considerar, en nuestro sistema jurídico, a la Jurisprudencia como fuente primaria de derecho, demostrando que ello contribuirá, en definitiva, a cumplir con el mandato constitucional de consolidar en nuestro país un Estado de Derecho.

## **II. Los precedentes en el sistema jurídico argentino**

Tradicionalmente, se nos enseñó que la Jurisprudencia, entendida como la *forma concordante en que los órganos judiciales se pronuncian en oportunidad de resolver casos similares*<sup>1</sup>, sólo reviste el carácter de fuente secundaria o subordinada del derecho, por contraposición a la legislación que se la considera fuente primaria, en tanto aquella carece del grado de obligatoriedad que reviste la ley, pues su *función consiste en establecer especies que se incluyen o excluyen del marco genérico de la última*.<sup>2</sup>

Este postulado se origina en la tradición jurídica que heredamos y dentro de la cual se organizó todo nuestro sistema jurídico - a lo que me referiré mas adelante-, perpetuándose a través de los años debido el silencio que al respecto guarda nuestra legislación, sumado a las posiciones erráticas que sobre el punto ha tenido la Corte Suprema de Justicia Nacional.

En efecto, nuestra Constitución Nacional nada dice sobre el punto, sólo refiere que el *Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación* (art. 108), limitándose con ello a señalar a la Corte Suprema como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial; al tiempo que señala que *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* (art.116), asignándole el carácter de intérprete final de la Ley Fundamental y demás leyes dictadas en su consecuencia, mientras que mas adelante sólo dice – en relación a los Ministros de la Corte, pero que entiendo resulta

---

<sup>1</sup> Palacio Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, decimocuarta edición actualizada, p.45

<sup>2</sup> Idem.

extensible al resto de los Magistrados – *que desempeñarán sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución* (art. 111).

Por su parte, los Códigos de Fondo, que rigen las distintas áreas del derecho, también omiten cualquier referencia al respecto, no así los códigos rituales que algunas pautas dan sobre el punto en discusión.

Así, a modo de ejemplo, mencionaré la regulación que establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual sólo dispone la obligatoriedad de la doctrina establecida en los fallos de determinados tribunales; al establecer en su art. 303 la obligatoriedad de los fallos plenarios, siendo éstos los dictados por la cámara en pleno, la cual podrá reunirse a iniciativa de cualquiera de sus salas para unificar la jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias (art. 302); estableciendo expresamente que la interpretación de la ley fijada en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal (art. 303), al tiempo que prevé el recurso de inaplicabilidad de ley contra toda sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por alguna de las salas de la Cámara en los diez últimos años anteriores a la fecha del fallo recurrido.

Por su parte, el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires (según ley 11.922 y modificaciones), establece en su art. 467 (C.P.P.B.A) y como un supuesto de procedencia del recurso de revisión, que este remedio procesal procederá contra toda sentencia que se funde en una interpretación de la ley que sea mas gravosa para el condenado que la sostenida por el Tribunal de Casación o la Suprema Corte de

Justicia de la Provincia de Buenos Aires al momento de la interposición de la acción de revisión.

Tras repasar los aislados supuestos en los cuales la ley ritual le concede carácter obligatorio a la doctrina establecida por los órganos superiores, queda claro, entonces, que en nuestro sistema jurídico el principio o regla general es negar todo valor vinculante para los precedentes, salvo los casos expresamente establecidos, como los citados, que constituyen la excepción.

Tampoco contribuye a resolver la incógnita, el criterio sentado por nuestro máximo tribunal de justicia nacional respecto al valor vinculante de sus propios fallos, puesto que como bien repasa el Dr. Sagüés: “... *Ni la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en verdad, está acorde consigo misma al respecto, ya que algunas de sus sentencias han pregonado el acatamiento liso y llano de su jurisprudencia, mientras que otras postulan un sometimiento condicionado, de tipo moral o también de corte institucional, al par que algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reducen tal subordinación al período de aplicación de la Constitución Nacional de 1949...*”<sup>3</sup>

### **III. Dos tradiciones jurídicas, dos concepciones distintas sobre la ley y los jueces**

#### ***A) La tradición continental europea:***

Creo necesario comenzar aclarando que nuestra ideología procesal se sitúa en el marco de la tradición continental europea, por lo que resulta de suma utilidad para comprender el fenómeno en estudio, reseñar el origen de dicha tradición, sus inicios y los dogmas iluministas que determinaron nuestra génesis.

---

<sup>3</sup> Sagüés Néstor Pedro, “Eficacia vinculante o no vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, ED, 93-892.

Sabido es que la codificación napoleónica tuvo su sustento ideológico en la reacción revolucionaria a una etapa feudal, en la que se pretendía rechazar todo *statu quo* que provenía del sistema inquisitorial.

No menos cierto es que para producir este cambio brusco desde las bases mismas del sistema, se procuró destruir todo lo que tuviera que ver con el antiguo régimen en el orden legal, en el derecho común instalado y en los operadores que fueran proclives a mantenerlo.<sup>4</sup>

Esta situación de base determinó que la corriente filosófica naciente proclamase a la ley, voluntad general del pensamiento naciente, como omnipotente y autosuficiente, capaz de informar enteramente la realidad, sin intermediarios ni necesidad de interpretación alguna.

Este propósito de la codificación napoleónica determinó el nacimiento de dos dogmas, que sentaron bases firmes e infranqueables en el sistema incipiente en tanto le otorgaban lógica y coherencia, y que tienen especial relevancia en el trabajo que proponemos.

Estos son: el principio de separación de poderes y la prohibición para el Poder Judicial de ejercer cualquier tipo de actividad legislativa; principios éstos que se encuentran sumamente vinculados entre sí, ya que al hacer hincapié en la férrea separación de poderes, se buscaba concentrar la facultad de creación del derecho en la legislatura representativa, cercenando con ello cualquier atribución legislativa del Poder Judicial.

Se pretendía construir un sistema legal completo, simple, claro, despojado de todo tecnicismo y en el cual se pudiera evitar el profesionalismo, de manera tal que la

---

<sup>4</sup> Merryman John Henry, *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*, Fondo de Cultura Económica, 1995, capítulo IV-VIII

misión del juez consistiese sólo en la aplicación del derecho al caso, de la forma más automática posible; tal como escribiera Beccaria, *haciendo uso de un silogismo perfecto entre el hecho y el derecho*.

La desconfianza de los pensadores liberales en la Magistratura tenía su origen en la conducta demostrada por los Tribunales pre-revolucionarios, cuyos excesos motivaron el temor de los franceses a cualquier tipo de facultad legislativa desempeñada por los Jueces, incluso de aquella que se escondía detrás de la interpretación de las leyes; de ahí que postularon la certeza como valor supremo en la tradición codificadora.<sup>5</sup>

Dentro de este contexto histórico y bajo ésta lógica, nació el Tribunal de Cassation<sup>6</sup>, creado en diciembre de 1790 por la Asamblea Nacional Francesa, con el principal fin de establecer el verdadero y real sentido de la ley, buscando la uniformidad de la jurisprudencia.

En sus comienzos, este órgano fue de naturaleza legislativa, lo cual demostraba la amenaza que sentían los revolucionarios contra el gremio de los jueces, portadores de una cultura forjada en las luces y las sombras del antiguo régimen.

Su misión era corregir el uso que de la ley hacían los Magistrados al fallar, procurando evitar una lluvia de interpretaciones conservadoras y derogatorias del orden legal revolucionario recién fundado.

En tal sentido, se ha sostenido que “...*El proyecto jacobino buscó por todos los medios controlar a los jueces desde la Legislatura, en tanto existía una continua preocupación por la posible usurpación por parte de la Magistratura del poder*”

---

<sup>5</sup> En este sentido, ver Merryman, John Henry, ob.cit.

<sup>6</sup> En tal sentido ver Walton Antillon, “La Casación repensada”, en *Estudios sobre Justicia Pena., Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, compilador David Baigun, Del Puerto, Buenos Aires, 1º edición, 2005 pp 181-193.

*soberano del pueblo, mediante una interpretación insidiosa de las leyes dictadas por la Asamblea Nacional... ”<sup>7</sup>*

### **B) La tradición del common law**

En el extremo anglosajón la situación fue diferente ya que mientras que en los Estados Modernos que adscribieron a la lógica de la codificación se rechazaba todo lo que tuviera que ver con el antiguo orden legal, en Inglaterra la revolución fue mas moderada, gradual y evolutiva.

Así, se ha señalado que “...*El derecho común de Inglaterra fue una fuerza positiva que contribuyó al surgimiento del Estado Nacional, por lo que lejos de ser rechazado se lo consideraba como portador de identidad. Ello determinó la consolidación en el mundo anglosajón de un sistema legal totalmente disímil al de la tradición continental, en el cual se consideró necesaria la retención del derecho común y se prescindió de todo proceso codificador...* ”<sup>8</sup>

Para la escuela positivista que nació bajo el amparo de la codificación, el Estado se reservaba el monopolio de la elaboración de las leyes, con una estricta separación de poderes, por lo que las decisiones judiciales se ceñían al caso concreto, negándole cualquier carácter legislativo.

En cambio, en la cultura anglosajona, los jueces debían fundar sus resoluciones en decisiones judiciales anteriores, surgiendo así el *stare decisis*. Nótese que el derecho común de Inglaterra se construyó a partir de la acumulación nada sistemática de estatutos, decisiones judiciales y practicas consuetudinarias, las cuales constituyeron las principales fuentes de derecho.

---

<sup>7</sup> Idem. p.184

<sup>8</sup> Merryman John Henry, ob.cit, p.55.

Se advierte, entonces, que la tradición jurídica anglosajona tiene profundas dimensiones históricas y que no es el producto de un esfuerzo revolucionario deliberado para hacer o rehacer la ley aplicable en un momento de la historia; lo cual explica por qué en dicho sistema se considera como fuente de derecho no sólo a la ley, sino también a las decisiones judiciales.

La certeza legal también se reconoce como deseable en la tradición del derecho común pero no se eleva a nivel de dogma, ya que tras reconocer las inevitables limitaciones que padece la ley para satisfacer tal mandato de certeza, se incorporan con igual fuerza vinculante al ordenamiento jurídico los precedentes judiciales, los cuales proveen una variedad de ejemplos concretos y detallados de las reglas legales en operación; lo que en definitiva redundaría en otorgar mayor certeza del derecho vigente, que las meras indicaciones legislativas de las reglas.

### ***c) Distintas maneras de concebir el derecho***

Muy acertadamente, John Merryman ha dicho, vinculando la certeza con el tema que nos convoca que “... *Resulta llamativo destacar que mientras la certeza es un argumento en favor del stare decisis para la tradición del derecho común, en la tradición codificadora es un argumento en contra del valor vinculante de los precedentes judiciales...*”<sup>9</sup>

En punto a la concepción del derecho que una y otra tradición construyeron, diré que mientras en el ámbito de la tradición continental europea surgió la ciencia dogmática del derecho, cuyo máximo exponente fue Hans Kelsen, y por medio del cual se ideó como producto cultural un mundo jurídico autónomo, de naturaleza ideal, al cual se le asignó sentido en sí mismo y el cual se ocupaba exclusivamente de consideraciones jurídicas, excluyendo toda consideración de hecho; en el ámbito del

---

<sup>9</sup> Merryman, ob. Cit. P.97

*common law* se concibió al derecho como un agregado de elementos heterogéneos, cuya finalidad era la consecución de fines sociales, por lo que se rechazaba cualquier concepción dogmática del derecho.<sup>10</sup>

Dentro de estas premisas es que cobra sentido aquella concepción de los juristas del *civil law* del Derecho materializado sólo en normas generales, negándole todo papel creador a los jueces; mientras que para el *common law*, el derecho es lo que los jueces deciden, otorgándole un carácter mucho más dinámico, en tanto conciben al derecho como herramienta con fines sociales, desconfiando entonces para esa finalidad de las generalizaciones amplias.

Está claro que ninguno de los dos modelos reseñados en sus formas puras, tienen asidero pleno en la realidad, y que si bien, nuestra mayor influencia histórica viene dada por la tradición civilista, el desinterés que esta tradición ha demostrado por las consecuencias que produce en la sociedad la aplicación de sus preceptos, nos ha llevado a posar la mirada sobre institutos de la tradición contraria.

Sin embargo, es importante señalar en relación puntualmente al tema que nos ocupa que entre la regla del precedente (*stare decisis*) y el rechazo de toda fuerza obligatoria del precedente judicial francés existen evidentes diferencias y muchos matices intermedios, que demuestran la complejidad de la cuestión y que es lo que me propongo abordar en lo que sigue de este trabajo.

#### **IV. Interpretación judicial**

Ahora bien, a poco de leer lo hasta aquí expuesto, la pregunta necesaria que surge es por qué en un sistema como el nuestro, inserto en la lógica de la codificación, con lo

---

<sup>10</sup> En tal sentido ver Carrió Genaro, "Sobre la creencia de los Juristas y las Ciencias del derecho", en *Academia*, Año 1, n°2, pp.111-126

que ella supone en relación a la función que cumple el Juez y la ley, es tan importante preguntarse por el valor del precedente, como aquí lo intento.

Y la respuesta a dicho interrogante surge a poco de advertir que la ley por sí misma no satisface el requisito de certeza que se pretende de todo ordenamiento jurídico, ya que en tanto expresión del lenguaje, siempre y en todo lugar requerirá ser interpretada.

En tal sentido, Carlos Santiago Nino ha dicho “...*el legislador, ser humano debe utilizar algún lenguaje natural para comunicarse y la expresión de su voluntad está sujeta a las imperfecciones de ese lenguaje, siendo el hecho de que en muchas ocasiones no tiene esa voluntad mayor “profundidad intencional” que la que se manifiestan en el significado del lenguaje...*”<sup>11</sup>

Existe coincidencia casi unánime en el mundo jurídico con relación a que la aplicación de la ley no es una empresa tan sencilla y mecánica como originalmente se pretendió, por lo que necesariamente debió aceptarse gradualmente la facultad de interpretación propia de los Jueces.

La interpretación supone un ejercicio intelectual por parte del sujeto activo encargado de aplicar el texto legal, en el cual intervendrán necesariamente diversos factores propios de su personalidad, que harán que el resultado al que se arribe dependa de condicionamientos subjetivos, resultando imposible objetivar los resultados de antemano.

John Merryman señala tres problemas a los que se puede enfrentar un juez a la hora de resolver un caso, conforme los preceptos legislativos vigentes “...1) *el problema de la interpretación en sentido estricto, es decir, la disposición poco clara; 2) el problema de las lagunas, es decir, la disposición inexistente; 3) el problema de la*

---

<sup>11</sup> Nino Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1974, p.87

*llamada interpretación evolutiva, es decir, el estatuto cuyo significado cambia mientras que sus términos permanecen constantes...*"<sup>12</sup>

Siguiendo, entonces, lo señalado por el autor citado se advierte que dado que no se le está permitido al Juzgador inhibirse de resolver un caso alegando falta de tratamiento legislativo, oscuridad en el derecho vigente o falta de pertinencia del texto vigente por antiguo o desuetudo, el sistema mismo convierte al Juez en un legislador para el caso particular, exponiendo a las partes al riesgo de la irresponsabilidad y el arbitrio judicial.

Esta situación resulta evidente no sólo cuando el Juez debe esforzarse en hallar el significado de una ley, ante las falencias de técnica legislativa, o cuando debe recurrir a institutos de nuestra disciplina, tales como la analogía o los principios generales del derecho, para cubrir las lagunas del derecho, sino y sobre todo cuando el Juez debe desarrollar una interpretación evolutiva de un texto legal para hallar la justicia del caso.

Respecto a esto último, Merryman señalaba, en términos que creo muy oportuno citar textualmente, que *"... El problema del Juez es que si decide de acuerdo con la interpretación antigua, el resultado del caso será ofensivo para él, para las partes y para la sociedad. Si reinterpreta el estatuto para alcanzar un resultado satisfactorio para él, las partes (por lo menos una de ellas) y la sociedad, estaría produciendo derecho. Por supuesto, el Juez puede referirse a la legislatura y negarse a reinterpretar el estatuto, pidiendo a la legislatura que cambie la ley para satisfacer los requerimientos modernos. Pero esto no dejaría satisfechas a las partes y anegaría el trabajo de la legislatura. En consecuencia, en las jurisdicciones de derecho civil existe el acuerdo general de que los jueces tienen facultades para interpretar de*

---

<sup>12</sup> Merryman, ob.cit., p.88.

*manera evolutiva. La discusión se desplaza así de la legitimidad de esta función a la cuestión de su justificación y sus límites apropiados...”*<sup>13</sup>

**a) La tarea interpretativa: caso testigo.**

Rescato de esta última cita la palabra “límite”, por que creo que ahí reside el núcleo de discusión que propongo debatir en este trabajo.

En efecto, asumiendo el enorme poder que en nuestro sistema jurídico tiene el Juez al momento de aplicar una norma al caso concreto, lo que debemos preguntarnos seriamente es cuál es el límite a dicha función jurisdiccional, para amparar a la sociedad de los riesgos que supone la discreción judicial.

Quizás un caso práctico resulte ilustrativo para demostrar las dimensiones reales del problema que señalo. En tal sentido, paso a comentar el fenómeno que advertí en el fuero penal del departamento judicial Quilmes, en el que me desempeñé laboralmente, en donde merced a la existencia de criterios jurisprudenciales disímiles respecto a la interpretación que cabía asignarle a una norma del código penal, convivieron, por casi cuatro años, en un mismo departamento judicial y entre órganos judiciales de la misma jerarquía, dos interpretaciones jurisprudenciales absolutamente disímiles entre sí y que se traducían, en la práctica, en dos reacciones punitivas distintas para un mismo delito.

Pero veamos con más detalle a lo que me estoy refiriendo: el 22.08.2000 se publicó en el Boletín Oficial la ley 25.297 por la cual se disponía la incorporación al Código Penal del art. 41 bis, el cual -con una deficiente técnica legislativa- introdujo una agravante genérica para todos aquellos delitos tipificados en el Código Penal que fueran cometidos mediante el uso de arma de fuego, excluyendo expresamente en su segundo párrafo la aplicación de tal agravante – que elevaba en un tercio el mínimo y

---

<sup>13</sup>Merryman, ob.cit, pp. 92/93

el máximo de la pena del delito base – a aquellas figuras en las que tal circunstancia ya estuviera contemplada.

Las diferencias interpretativas a las que hice referencia, se suscitaron en relación a si dicha agravante genérica debía aplicarse o no a la figura del robo con armas prevista en el art. 166 inc. 2º del C.P. Ello por que si bien esta norma contemplaba la agravante para el caso del uso de arma, utilizaba el término genérico “arma”, suscitando la duda respecto a si dentro del supuesto debía incluirse o no la especie “arma de fuego”. Esto llevó a que mientras algunos órganos judiciales – entre ellos, dos de los Tribunales Criminales que componen el departamento judicial Quilmes- entendían que el concepto “arma” del art. 166 inc. 2º del C.P contenía a las “armas de fuego”, por lo que no correspondía la aplicación de la agravante del art. 41 bis del C.P, por expresa exclusión del segundo párrafo de la norma citada, manteniendo la pena en expectativa de 5 a 15 años de prisión; otros tribunales – también instalados en el departamento judicial antes citado-, entendían que el concepto “arma” del art. 166 inc.2º del C.P, no contenía las “armas de fuego” aludidas en el art. 41 bis, ya que existía una relación de género a especie entre ambos conceptos, por lo que correspondía aplicar también en esa figura la agravación del art. 41 bis; elevando así la pena del delito de mención de 6 años y 8 meses de prisión, como mínimo, a 20 años de prisión, como máximo. <sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> En el departamento judicial Quilmes y hasta la sanción de la ley 25.882, de los tres Tribunales Criminales hasta entonces en funcionamiento, uno de ellos asumían la tesis restrictiva, siendo este el Tribunal Criminal Nº1; mientras que los otros dos asumían la postura amplia, Tribunal Criminal Nº2 y 3. En tal sentido, ver en relación a la postura restrictiva el voto unánime del Dr. Alejandro Cassio, integrante del Tribunal en lo Criminal Nº1 de Quilmas, en causa Nº 49 (940/2002), del 8/8/ 2002. Y para la postura amplia ver el voto en mayoría de la Dra.Delia Margarita Allaza de Iturburu, integrante del Tribunal en lo Criminal Nº2 de Quilmes, en causa Nº 772/1763, del 17/9/2002 y el voto por unanimidad de la Dra. Alicia Nélida. Anache, Juez integrante del Tribunal Criminal Nº 3 del departamento judicial Quilmes, causa Nº890: “Edgard Daniel Jimenez s/ robo calificado por el uso de arma”, 23/05/2002, quien asume la postura mas amplia.

Nótese, con el ejemplo citado, la virtualidad que puede tener en la práctica una interpretación judicial distinta, ya que la suerte de un justiciable acusado de haber cometido el delito tipificado en el art. 166 inc. 2º del C.P. - al menos en el departamento judicial Quilmes y hasta el 26.4.2004, oportunidad en la que se sancionó la ley 25.882 que vino a sortear la disparidad apuntada, modificando el art. 166 inc. 2º del C.P y aclarando los conceptos - dependía del Tribunal Criminal en que se radicara su causa, de tal manera que si le tocaba en suerte alguno de los tribunales que asumían una interpretación restrictiva, su expectativa de pena era de 5 a 15 años de prisión, mientras que si se radicaba en el Tribunal contiguo la sanción esperable era de 6 años y 8 meses a 20 años de prisión.

Claro que existe la posibilidad recursiva, pero todos sabemos que ésta no es automática ni infalible y que existe la posibilidad de que el fallo adquiriera firmeza en la instancia originaria; consagrando, así, el escándalo jurídico que supone que un imputado haya cumplido una pena de 6 años y 8 meses de prisión por el mismo delito que otro conciudadano y vecino, sólo cumplió cinco años, tan sólo por que el destino hizo que fueran juzgado por jueces distintos.

Es en este terreno que creo que los precedentes judiciales pueden jugar un papel protagónico, y es por eso que entiendo que la jurisprudencia debiera considerarse fuente de derecho, con carácter vinculante.

En la medida en que el Juez, en su tarea de interpretación, se encuentre constreñido por la interpretación que de un texto legal han hecho sus pares, así como por la postura que sobre el punto han fijado sus superiores, se contribuirá a fortalecer la seguridad jurídica y el derecho de igualdad estará mejor resguardado.

En este punto, me resulta muy interesante la comparación que un famoso Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos ha hecho de la jurisprudencia, entendida como la

planteé mas adelante, con el derecho consuetudinario en términos que comparto “... *El legislador, como intérprete del significado que la comunidad da a la ley y al orden, debe suplir las omisiones, aclarar las incertidumbres y hacer que los resultados armonicen con la justicia, mediante un método de libertad de decisión (...)* La interpretación, así ampliada, pasa a ser algo mas que la confirmación del significado y de la intención de los legisladores cuya voluntad colectiva ha sido expresada. Complementa esa expresión, y llena los valores, con los mismos procesos y métodos con los que se construyó el derecho consuetudinario...”<sup>15</sup>

Si bien mas adelante distinguiré entre el carácter vinculante del precedente en sentido vertical y en sentido horizontal, por ahora diré, sólo en relación a esta última acepción, que la semejanza que comparto con el autor citado entre la jurisprudencia como fuente de derecho y el derecho consuetudinario, obedece a que así como la regularidad en el tiempo es lo que le confiere a una práctica carácter vinculante, elevándola a formar parte del derecho consuetudinario, creo que de la misma manera la coincidencia pacífica entre los operadores jurídicos respecto a la interpretación que le corresponde a un texto legal, condiciona al Juez que debe resolver el caso concreto, quien no podrá apartarse sin más de dicha interpretación, so pena de afectar seriamente el principio de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica.

Es por ello que comparto la idea de que cada precedente encierra una “ *fuerza directriz para casos futuros de la misma naturaleza o similar*”<sup>16</sup> y coincido con T.D Cáseres al señalar que “... *las decisiones reiteradas y uniformes de los tribunales de última instancia relativas a la interpretación de la ley o a la determinación de la doctrina*

---

<sup>15</sup>Cardozo Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, traducido por Eduardo Ponssa, ed. Arayú, 1955, p. 4

<sup>16</sup>Redlich, *The case Method in American Law Schools*, Boletín núm.8, Carnegie Foundation, p. 37, citado por Cardozo Benjamin, en ob.cit.

*legal tienen un imperio que trasciende los casos juzgados por las sentencias respectivas y se extiende sobre la generalidad de la vida jurídica, por la razón de que en última instancia la autoridad rectora de esa vida jurídica es la autoridad de los jueces...*"<sup>17</sup>

## **V. Fundamentos constitucionales de la propuesta formulada**

### ***a) Estado constitucional de derecho vs. Estado legal de derecho:***

He señalado, ya, que un breve repaso de nuestra normativa vigente nos demuestra que la propuesta que traigo si bien no está consagrada legislativamente, tampoco está prohibida *de lege data*.

Sin embargo, creo que la respuesta a nuestro interrogante, así como la solución para cualquier dilema que se presente en el mundo jurídico, debe buscarse en la Constitución Nacional.

Ello es así por que la Ley Suprema prescribe para nuestra Nación un *Estado constitucional de derecho*, el cual debe ser nítidamente diferenciado de un *Estado legal de derecho*, ya que uno de los mandatos mas importantes del texto constitucional consiste en cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional.

En efecto, el art. 31 de la CN consagra claramente la supremacía de la Constitución Nacional por encima de cualquier ley de rango inferior, a la par que el art. 116 de la CN pone en cabeza de la Corte Suprema Nacional la interpretación final de la Constitución Nacional y de las leyes nacionales; inclinándose con ello por diseñar un Estado constitucional de derecho y desechando su alternativa: un Estado legal de derecho, propio de la tradición continental europea, en la cual toda solución jurídica

---

<sup>17</sup>Caseres T.D, *La Justicia y el derecho*, 2º edición, Buenos Aires, 1943, p. 245.

debía hallarse en la letra de la ley, ya que los Jueces se hallaban vedados de efectuar todo tipo de interpretación, que exceda la mera interpretación gramatical.

En igual sentido se ha expedido recientemente la Corte Suprema Nacional al decir que “...*La mas fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional...*”<sup>18</sup>

Está claro, que Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto al europeo, y proyectaron un Estado Constitucional de derecho, el cual le otorga la última palabra a la Constitución Nacional y pretendía del Poder Judicial un rol totalmente distinto.

En tal sentido, entiendo que nuestro esquema constitucional no espera de los Jueces que sean *la mera boca de la ley* –como sí se pretende en la tradición civilista -, sino que desde el año 1887, oportunidad en la cual la Corte Suprema Nacional dictó el fallo *Sojo*<sup>19</sup>, que vino a receptor en nuestro ámbito la doctrina sentada por la Corte Suprema Norteamericana en el leading case *Marbury vs. Madison*<sup>20</sup>; se ha puesto en manos de la Magistratura el control de constitucionalidad de las leyes dictadas por el órgano parlamentario, con todo lo que ello implica.

Es que, al igual que en Norteamérica, los constituyentes que proyectaron nuestra Carta Magna no desconfiaban de los Jueces, como sí lo hacían los codificadores franceses de la revolución iluminista, sino que buscaban amparar al pueblo del poder federal que creaban.

---

<sup>18</sup> Fallo de la Corte Suprema Nacional del 25/10/2005 dictado en “Recurso de Hecho deducido por Ernesto Martínez Areco en la causa Martínez Areco, Ernesto s/ causa 3792”, M. 1451. XXXIX

<sup>19</sup> CSJN, Fallos, 32:120

<sup>20</sup> Caso US Supreme Court, *Marbury v. Madison* ( 1803), publicado por Jonathan M. Miller, María Angélica Gelli, Susana Cayuso, en *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, ASTREA, 1992, Tomo 1, pp.5/14

Es por ello que habilitaron la posibilidad, que se concretó tiempo después por creación pretoriana, de que sean los Jueces los que encarnaran la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes, y en última instancia, a la Corte Suprema (control difuso de constitucionalidad); adhiriendo de ese modo a un modelo de Jueces controladores de la legislación (Estado Constitucional de derecho) y rechazando el modelo de legisladores controladores de sentencias (Estado legal de derecho).

Cierto es que este esquema constitucional, heredado de la tradición norteamericana, se inserta en una estructura judicial diseñada conforme los parámetros de la tradición continental europea, de donde copiamos la mayoría de nuestros códigos de fondo y forma, así como su organización judicial, y cuyos principios fueron inculcados desde los claustros universitarios a nuestros operadores jurídicos.

Esto genera incongruencias tales como la que ahora nos ocupa, ya que el sistema constitucional norteamericano es propio de un esquema judicial no jerarquizado, sino horizontal, en el cual se debía recurrir al *stare decisis* o regla del precedente, para unificar la jurisprudencia y evitar afectaciones graves al principio de igualdad.

En cambio, los países de la tradición europea, convivían con un Poder Judicial altamente jerarquizado, burocratizado y verticalista, en el cual la función política de “unificar jurisprudencia” se le encargaba a órganos especiales, que primero eran extrajudiciales, para vedar eficientemente a la Magistratura de cualquier tipo de “facultad interpretativa”; para más tarde integrar la estructura judicial, en la cúspide, cumpliendo funciones muy restringidas, acotadas al caso concreto.

Es en esta lógica, la de la codificación propia de la tradición continental europea, de la cual nosotros nos sentimos hijos por haber importado de allí la mayor parte de nuestro derecho positivo vigente, es que se niega en nuestro medio el carácter vinculante de

los precedentes judiciales y se cree que los Jueces sólo se encuentran atados a la letra de la ley.

Sin embargo, esta aseveración, repetida tantas veces que casi llega a convencernos de que se trata de una verdad irrefutable, está olvidando la otra mitad de nuestra realidad jurídica; cual es, nuestro esquema constitucional y el rol que éste le asigna al Poder Judicial, el cual -en el ámbito nacional- se desprende de la interpretación armónica de los arts. 31 y 116 CN , junto con el art. 14 de la ley 48 y la doctrina judicial imperante a partir del fallo *Sojo*; todo lo cual dio origen al surgimiento de normas tales como la vigente en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que expresamente impone a los Jueces la obligación de no aplicar leyes que consideren inconstitucionales, en los siguientes términos: “**Artículo 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.-** *Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado.*”

La situación que aquí se describe también fue advertida por la propia Corte Suprema Nacional, quien expresamente ha dicho “... *Que se trata, pues, de dos modelos diferentes: nuestro recurso extraordinario responde al modelo de los jueces controladores de la legislación; el recurso de casación proviene del modelo de legisladores controladores de las sentencias. Originariamente, la Casación fue un*

*típico recurso propio de un Estado legal de derecho; el recurso extraordinario lo es, de un Estado Constitucional de derecho...*<sup>21</sup>

Es sobre esta base y a fin de evitar supuestos de jurisprudencia contradictoria como el que más arriba mencioné, es que reclamo un replanteo del asunto, proponiendo una solución distinta, que se sustente en principios constitucionales.

### ***b) Los precedentes en la Constitución Nacional***

Está claro que resulta repugnante al principio de igualdad, consagrado en nuestra Constitución Nacional (art. 16), una disparidad interpretativa tal que se conceda a algunos los que a otros se les niega.

Está claro, también, que uno de los pilares de nuestro Estado Constitucional de derecho es la previsibilidad de la ley, de tal forma que cada ciudadano pueda saber de antemano, en forma clara y precisa, qué es lo que está prohibido y permitido y cuáles son sus derechos y obligaciones, para moverse con plena libertad en sus relaciones sociales (art. 18 y 19).

Tampoco existe duda alguna respecto a que la enunciación de principios que trae nuestra Ley Fundamental no agota la totalidad de declaraciones, derechos y garantías consagrados en nuestro Estado Constitucional de Derecho, sino que también forman parte de él, otros derechos y principios que, aunque no consagrados textualmente, emanan de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art.33).

Siendo ello así, hago más las palabras de Enrique Bacigalupo, en cuanto a que *“...Estado de derecho, seguridad jurídica y derecho a la igualdad configuran el*

---

<sup>21</sup> Considerando 13 del voto de la mayoría en el fallo citado ut-supra : “ Martínez Areco, Ernestos/ causa 3792” del 25/10/2005.

*marco constitucional dentro del cual se debe plantear la cuestión de la fuerza obligatoria de la jurisprudencia...*<sup>22</sup>

En efecto, el citado autor llega a conclusiones similares a las que aquí se proponen aunque referidas al sistema jurídico español, respecto al rol que le cabe asumir a la jurisprudencia, sobre la base de los tres principios: Estado de derecho, seguridad jurídica y principio de igualdad.

El principio de seguridad jurídica, si bien no está expresamente consagrado en nuestro texto constitucional, es una de las garantías implícitas a las que hace referencia el art. 33 de la CN, ya que es justamente este principio el que hace posible la vida en sociedad, en tanto garantiza la existencia de modelos normativos de conducta claros y precisos, que permitan prever cómo se comportarán otros individuos y cómo lo hará el propio Estado.

Es a este principio al que se pretende proteger y fortalecer con el reclamo que traigo, ya que una vez que se admitan las limitaciones propias de la ley en términos de certeza y la ineludible tarea interpretativa que le cabe a los Jueces a la hora de aplicar el texto legal a un caso concreto, forzoso será buscar algún método que restrinja la inevitable disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias.

Por supuesto que también se busca amparar con ello el principio de igualdad, de incuestionable raigambre constitucional.

Siendo ello así, es preciso distinguir dos acepciones distintas del carácter vinculante de los precedentes, y para ello recurro una vez más al enorme poder de síntesis del profesor Bacigalupo, que resume esta distinción en los siguientes términos: “... *el sistema jurídico de un Estado de derecho sólo puede funcionar si se garantiza en su*

---

<sup>22</sup> Bacigalupo Enrique “El futuro del recurso de casación y la función institucional del Tribunal Supremo Español”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Pena*, Lexis Nexis, N°4, diciembre de 2004, p 707

*aplicación continuidad y unidad de interpretación del orden normativo. Mientras la continuidad requiere de la vinculación de los tribunales de su misma jerarquía (vinculación horizontal), la unidad del orden jurídico exige la vinculación de los tribunales a una instancia interpretativa unificada (vinculación vertical)...”<sup>23</sup>*

Queda claro entonces, la necesidad de distinguir entre el carácter vinculante de los precedentes en sentido horizontal, lo cual alude al condicionamiento al que se ve constreñido un Juez al fallar en un caso concreto, proveniente de sus propias decisiones anteriores - que en lo que sigue denominaré “vinculación interna”, por razones expositivas y para evitar confusiones en cuanto a la amplitud del término- y la vinculación vertical, que se refiere a las limitaciones impuestas por los órganos superiores de Justicia, que resultan órganos de alzada de aquel que falla.

Si bien la vinculación vertical es generalmente aceptada en nuestro medio, aunque con distintos matices en cuanto a sus fundamentos y contundencia, y aún con problemas prácticos que resolver respecto a su operatividad (sistema de recursos, que mas adelante ampliaré), existe mayor reticencia a aceptar la vinculación horizontal.

La propuesta de este trabajo es ambiciosa y cuando reclama fuerza vinculante para los precedentes, lo hace en el sentido más amplio, incluyendo ambas acepciones.

## **VI. Vinculación vertical**

Se trata del carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos supremos de Justicia respecto a los tribunales inferiores; de los fundamentos de la respuesta ensayada, y los instrumentos que existen o debieran existir para traducir en la práctica la propuesta que traigo.

### ***a) Postura de nuestra Corte Suprema Nacional:***

---

<sup>23</sup> Bacigalupo, ob. cit, p. 709

Tal como lo adelantara, la Corte ha asumido sobre el tema una actitud errática, admitiendo a veces la obligatoriedad de sus fallos<sup>24</sup>; negándola otras<sup>25</sup> e inclinándose por posturas tibias, tales como la existencia de una “obligación moral de acatamiento”, en otras oportunidades<sup>26</sup>.

Asimismo, tampoco ha sido coherente a la hora de señalar los fundamentos del deber de sometimiento de los tribunales inferiores a sus fallos.

En tal sentido, ha señalado motivos tan variados como: la presunción de verdad y justicia que se desprende de los fallos de la Corte Suprema de Justicia por ser la última autoridad del país e intérprete final de la Constitución Nacional; principios de celeridad y economía procesal, en tanto que se evita la interposición de recursos que podrían obviarse<sup>27</sup>; la necesidad de lograr estabilidad y seguridad jurídica<sup>28</sup>, entre otros.

Sin embargo, creo que hoy día es posible afirmar que si bien nuestro Tribunal Superior no admite expresamente la existencia de una obligación formal de acatamiento por parte de los tribunales inferiores, dejó entrever la existencia de tal deber en diversos fallos y de la siguiente manera: *“...Si bien las sentencias del tribunal sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos, y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces tiene el deber de conformar sus decisiones a aquellas (Fallos 307:1094). Ello es así por cuanto por disposición de la Constitución Nacional y de la correspondiente ley reglamentaria, la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para la Justicia de la República (art. 100 de la Constitución Nacional, art. 14 de la ley 48). Que este deber de los tribunales inferiores no importa*

---

<sup>24</sup> Fallos 183: 419 (1939), 212: 160 (1948)

<sup>25</sup> Fallos 313 (I):1010 (1990)

<sup>26</sup> 304:898

<sup>27</sup> Fallos 323:555

<sup>28</sup> “Arrazaeta, Julio S. y otro c/ Cia Primitiva de Bs. As. Ltda.”, fallo dictado el 15-12-1949. LL 57, p. 335.

*la imposición de un puro y simple acatamiento de la jurisprudencia de la Corte, sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste y, en consecuencia, la necesidad de controvertir sus argumentos cuando se apartan de dicha jurisprudencia al resolver las causas sometidas a su juzgamiento...”<sup>29</sup> ; “...Resulta un hecho indiscutible que la doctrina de los fallos emanadas del Superior Tribunal de la Nación merece ser fielmente acatada tanto por razones de orden jurisdiccional como de economía procesal. Pero este principio no es absoluto, toda vez que los magistrados inferiores estarían potencialmente legitimados para apartarse de su doctrina en la medida en que controviertan sus fundamentos, ya que ninguna norma escrita de rango constitucional consagra la obligación formal de acatamiento...”<sup>30</sup>; “... Que, respecto a la segunda cuestión, si bien tiene declarado que existe un deber moral de los jueces inferiores de conformar sus decisiones a lo resuelto por la Corte en fallos análogos – deber que debe extenderse a la autoridad administrativa- también se ha reconocido que ellos pueden apartarse de esa solución, cuando a su juicio, expresado con fundamentos serios, sostengan la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado...”<sup>31</sup>*

Nótese de las citas transcritas que la Corte Suprema Nacional, si bien no postula una obligación lisa y llana de acatar sus precedentes, y pone atención en remarcar que sus fallos tienen virtualidad únicamente para el caso concreto, negándose con ello toda facultad legislativa; tampoco adscribe a la doctrina de la no obligatoriedad pura.

En cambio, pareciera inclinarse por una postura intermedia o de “sometimiento condicionado”, para la cual recurre a fundamentos morales o institucionales para

---

<sup>29</sup> Fallos 312: 2007

<sup>30</sup> Fallo de la Corte Suprema en los autos “González Herminia c/ administración nacional de la Seguridad Social” del 21/03/00, Derecho del trabajo, LL 2000 A -1312

<sup>31</sup> Fallos 304:898

fundar el carácter vinculante de sus precedentes, pero no los impone tajantemente ya que le deja la posibilidad a los jueces de apartarse de ellos cuando circunstancias valederas así lo recomienden; reservándose, -claro, siempre que nuestro sistema recursivo lo permita-, la facultad de revisar la idoneidad de tales circunstancias para fundar la excepción.

Sobre el punto, el Dr. Néstor Pedro Sagües ha dicho “... *En resumen, no es cierto que en las actuales instancias del derecho argentino la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la que se reputa anticonstitucional – o constitucional- una norma, se ciña exclusivamente al caso fallado, y algo análogo sucede con relación a las resoluciones que emita en otras materias del mundo jurídico. La sentencia de la Corte es proyectable a los demás tribunales del país debido a una interpretación constitucional putativa realizada por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, salvo que en los distintos litigios bajo examen aparezcan motivos que justifiquen, en cada uno de ellos, que los respectivos magistrados se aparten de la directriz jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación...*”<sup>32</sup>

***b) Entonces, ¿se acepta o no la vinculación vertical?: toma de posición, fundamentos y problemas a resolver:***

En orden a todo lo anteriormente expuesto, estoy en condiciones de decir que si bien la Constitución de 1853-1860 no estableció literalmente un mecanismo jurisprudencial “vinculante” hacia los fallos de la Corte Suprema Nacional; se ha adosado a tal texto una regla de creación pretoriana, que integra el régimen constitucional vigente, por la cual se reconoce que la doctrina de la Corte Suprema Nacional tiene virtualidad y resulta vinculante para los tribunales inferiores en casos

---

<sup>32</sup> Sagües, Pedro Néstor, ob.cit, p. 128

análogos, y en materias sujetas a su jurisdicción. El condicionamiento al que me refiero versa sobre la paridad de circunstancias en tratamiento en uno y otro caso.

Nadie podrá negar que la Corte Suprema Nacional posee facultades constitucionales para efectuar una interpretación mutativa o progresiva de la Constitución Nacional, de tal manera que pueda crear derecho judicial que se considera parte del propio texto constitucional, pues ese fue el origen del hoy vigente control judicial de constitucionalidad difuso, el cual tampoco se encuentra receptado en el texto de nuestra Carta Magna, sino que fue una creación judicial<sup>33</sup> y sin embargo su legitimidad se reconoce pacíficamente.

Dicho ello, resta por aclarar que a mi entender el fundamento para otorgarle carácter vinculante a los fallos de la Corte Suprema Nacional – mas allá de los argumentos antes expuestos y que creo todos ellos sumamente valederos y que acompañan al que aquí propongo-, reside en la necesidad de lograr unidad y coherencia en el ordenamiento jurídico.

Entiendo, además, que el carácter vinculante de los precedentes es una garantía de los justiciables y de la sociedad toda; por lo que no existe una obligación “moral” o “institucional” de los Jueces, sino que existe una verdadera obligación jurídica.

Dicho lo anterior me resta determinar cuándo hay doctrina judicial que suponga acatamiento. Al respecto, sólo cabe decir que los fallos de la Corte Suprema Nacional se imponen a sus inferiores no por su cantidad, o por las veces en que se ha repetido una misma cuestión, sino por su calidad, es decir por el órgano que los dictó. Por lo que basta un solo fallo, un único pronunciamiento sobre el tema, para que tenga virtualidad en casos análogos.

---

<sup>33</sup> Fallo *Sojo*, antes citado.

Dejo afuera de esta premisa los supuestos de fallos dictados por conjuces de la Corte Suprema por que creo que ésta es una situación distinta, que merece un tratamiento mas profundo, que excede al ámbito de este trabajo, por lo que sólo me limito a decir al respecto que intuitivamente pareciera que los pronunciamientos de los conjuces no tienen la misma autoridad que los dictados por los Ministros de la Corte, en tanto no integran el Tribunal Máximo de Justicia con estabilidad y su actuación es excepcional, por lo que sus preceptos debieran ser avalados por pronunciamientos posteriores para constituir “doctrina” judicial vinculante.

Reconozco que las dudas que pudieran surgir en relación a si es la cantidad o la calidad de los fallos de la Corte Suprema lo que les otorga el carácter de doctrina judicial, tienen su origen en la propia conducta de la Corte, que en oportunidades ha demostrado una actitud casi esquizofrénica, diciendo un día lo que al otro negará, sin mayor justificación que una nueva integración del cuerpo, o peor aún, variando a criterios opuestos en un mismo período. Sobre esto profundizaré cuando trate el tema de la vinculación horizontal.

Más allá de todo lo expuesto, creo que existe un problema práctico que resolver a fin de concretar en los hechos las ideas aquí expuestas, y sobre lo que hay un largo camino por recorrer, en el que se deberá apelar a la creatividad de los operadores judiciales o , bien, a la voluntad política de nuestro representantes en el Congreso.

Es que mas allá de que uno concluya por una y mil razones que los precedentes de la Corte Suprema son obligatorios, el tema espinoso a resolver es cómo hacemos para que efectivamente lo sean. Es decir, ¿cómo se resuelve la situación en la cual la Corte Suprema dice una cosa y los tribunales inferiores no lo acatan(– lo que ocurre a menudo, ya que en tanto las sentencias de la Corte Suprema carecen de efectos *erga omnes* resulta factible para los jueces de nuestro sistema apartarse de ellas- ?

El problema que planteo tiene relevancia dado que puede suceder que por algún motivo los mecanismos recursivos vigentes no resulten reparadores en el caso concreto, sea que no se reúnen en el caso las exigencias de admisibilidad del recurso extraordinario; sea que el justiciable no cuenta con el depósito para recurrir en queja; sea que no prospera el beneficio de litigar sin gastos, etc.

Sabemos que no hay otra posibilidad de llegar a la Corte Suprema Nacional que no sea por medio del recurso extraordinario federal, que la única vía para introducir el supuesto en tratamiento es el de arbitrariedad de sentencia, y que el apartamiento por parte de los jueces inferiores de la doctrina sentada por la Corte no basta para habilitar la jurisdicción extraordinaria ( Fallos: 262:101; 296:53 y 307: 2124); por lo que tenemos un grave problema práctico en la empresa que nos hemos propuesto.

El sistema recursivo actual no puede dar respuesta a este interrogante, por lo que es necesario buscar mecanismos de *lega ferenda* para lograr la mentada unidad del ordenamiento jurídico y así poner al amparo las garantías individuales comprometidas.

Las posibilidades son muchas, y si apelamos a la creatividad surgirán muchas más. Se pueden hacer varias propuestas que vayan desde ampliar, por vía legislativa o por vía pretoriana, los supuestos de procedencia del recurso extraordinario federal incluyendo supuestos de apartamiento arbitrario de la doctrina de la Corte; o se puede crear un nuevo recurso, cualquiera sea la denominación que le demos, que tenga por objetivo exclusivo mantener la unidad del ordenamiento jurídico a través de la corrección de las sentencias de cada caso que desoigan la doctrina establecida por la Corte Suprema; atenuando los requisitos de admisibilidad, tales como el depósito.

Pero más allá de la vía a la que recurramos, lo importante es señalar que el cambio que aquí se propone sólo ocurrirá si los operadores jurídicos – y con esto incluyo

tanto a legisladores como a Ministros de la Corte e, incluso, a los magistrados de las instancias inferiores - se convencen sobre la necesidad y las virtudes de un cambio de concepción como el que traigo; asumiendo que esta propuesta no va en detrimento de su función constitucional ( para los legisladores) o de su investidura de Magistrados ( en referencia al reclamo que suele oírse por parte de los Jueces de instancias inferiores en tanto alegan pérdida de independencia) sino que va en beneficio de la sociedad toda.

Finalmente, diré que en el esquema recursivo vigente en nuestro sistema, en la cual los órganos de revisión que tienen por misión unificar jurisprudencia intervienen bajo la lógica del “caso por caso”, se está condenando a una gran parte de nuestro universo jurídico a la disparidad de criterio, ya que sólo llegan a estas instancias superiores un número limitado de casos, que son los que materialmente estos tribunales pueden atender y que reúnen los criterios de admisibilidad que estas instancias diseñan como técnica de supervivencia.

Al mismo tiempo, se advierte que en nuestro sistema, en el cual no se le otorga pleno valor vinculante a los fallos de los tribunales superiores, por lo que los Jueces de instancias inferiores pueden – sin consecuencia jurídica alguna, si el fallo quedara firme- apartarse de lo dicho por sus superiores, pareciera que se supedita el reaseguro del principio republicano de seguridad jurídica a la acción recursiva de las partes, como si la unidad del orden jurídico fuera un interés individual, cuando en verdad es un interés de la sociedad toda, en tanto compromete la vigencia del Estado constitucional de derecho.

## **VII. Vinculación Interna**

### ***a) Alcances, implicancias y voces en contra:***

Como dije anteriormente, con esta acepción se está aludiendo a la sujeción de los tribunales a sus propios precedentes, cuando fallen en causas análogas a las ya resueltas.

Entiendo que en este punto se compromete la vigencia del principio constitucional de igualdad a la ley (art. 16 CN); disintiendo con aquellos que niegan tal vinculación.

En tal sentido, ha sido la propia Corte Suprema la que tiene dicho “...*Para que exista agravio constitucional, la desigualdad invocada debe surgir del texto mismo de la ley no de la diversa inteligencia que pudieran haberle otorgado sucesivamente las autoridades encargadas de hacerlas cumplir. No abre la instancia extraordinaria el hecho de que la solución acordada se encuentre en contradicción con precedentes emanados del mismo tribunal, aún dictados en la misma causa, pues las partes no pueden exigir so pretexto de que se violaría el art. 16 de la Constitución Nacional que el juzgador mantenga en forma invariable durante todo el curso del proceso la primera interpretación asignada a una norma, mientras no se demuestre que los jueces hayan actuado en forma irrazonable o discriminatoria...*”<sup>34</sup>

Creo que negar la vinculación interna, como lo hace la Corte Suprema en su actual integración y por mayoría, atenta contra la continuidad y unidad del ordenamiento jurídico, al tiempo que lesiona severamente el principio constitucional de igualdad ante la ley, en tanto parte de la falacia de suponer que la ley se agota en el texto, sin reconocer que el verdadero alcance de una norma lo determina su interpretación.

Advierto una grave afectación a la seguridad jurídica cuando un mismo órgano judicial sostiene distintas posturas en distintos fallos, sin fundamentar acabadamente el motivo del cambio de criterio.

---

<sup>34</sup> Fallo de la Corte Suprema en autos “Levin Jose c/ Club Centro obrero y otros”, del 22/04/1980. LL 1980-C, 404

Es por ello que promuevo el carácter vinculante de los precedentes en sentido interno u horizontal; entendiendo por tal el condicionamiento de los jueces a lo dicho con anterioridad en casos análogos, demostrando coherencia interna. Esto no supone negar toda posibilidad de cambio en la tarea interpretativa cuando se advierta que existe una interpretación más satisfactoria. En cambio, lo que se reclama es prudencia y debida fundamentación, de tal manera que el cambio de postura sea vista por las partes y por la sociedad, como una superación, y no como una decisión discrecional y arbitraria del órgano jurisdiccional. Esto es muy distinto a fallar sin más en sentido contrario, sin hacer mención si quiera de disímiles interpretaciones sostenidas con anterioridad. Este es el sentido y alcance que pretendo darle al carácter vinculante de la jurisprudencia en sentido interno; por creer que con ello – junto con la vinculación vertical, antes referenciada - se logrará la consolidación de un sistema de reglas claras y precisas, en donde los jueces contribuyan, a través de la tarea interpretativa unívoca, a establecer de antemano cuáles son los derechos y obligaciones de los ciudadanos y a precisar su alcance, sin renunciar, por ello, al valor equidad, que también deberá procurarse en todo caso sometido a la jurisdicción.

Recientemente, el Dr. Zaffaroni, en un voto en disidencia se pronunció en sentido concordante a lo aquí sostenido, al decir “... 5º) *Que la doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa ( Fallos:311:948 y 2402, entre muchos). 6º) Que el presente se adapta a uno de esos casos, pues por razones de equidad y con fundamento en el art. 16 de la Constitución Nacional corresponde admitir la revisión en esta clase de supuestos, para evitar el desorden jurídico que implicaría que dos personas que realizaron idénticas*

*conductas sancionadas por la misma ley resulten juzgadas y decidida su situación legal de diversa manera por un mismo tribunal...”*<sup>35</sup>

El fallo referenciado resulta por demás elocuente por que, justamente, en dicha oportunidad lo que se dirimía la Corte es si abría la instancia extraordinaria contra lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, quien pese a haber sostenido en precedentes anteriores que la agravante del art. 41 bis no se aplicaba al robo con armas (art. 166 inc. 2º del C.P), en este caso declaraba inadmisibile el recurso de revisión interpuesto por la defensa del condenado, quien le solicitaba al Superior Tribunal provincial que declare mal aplicada la agravante vinculada al empleo del arma, de conformidad con lo resuelto por el propio tribunal superior neuquino en un precedente anterior.

La Corte Suprema, una vez mas y por mayoría - con la única disidencia del Dr. Zaffaroni, antes referenciada-, denegó la queja interpuesta y confirmó lo resuelto por los magistrados del máximo tribunal provincial en cuanto sostuvieron que la polémica giraba en torno a la interpretación de normas procesales y comunes, que la desigualdad no emana del texto de la ley y que la diversa interpretación de una norma de derecho común no vulnera garantías constitucionales.

Tal como he dicho mas arriba, disiento con la postura que asume la mayoría de la Corte Suprema Nacional en su actual integración, en el convencimiento de que la interpretación jurisdiccional de un texto normativo lo integra, y que desoír este principio, cualquiera sea la norma de la que se trate, compromete garantías constitucionales, de orden federal.

---

<sup>35</sup> Voto en disidencia del Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni, en el fallo dictado por la Corte Suprema Nacional el 9/10/2007, en la causa n°2861/2001 “Recurso de Hecho: Bravo David Adrián y otro s/ robo calificado – homicidio en grado de tentativa” ( B. 1689. XLII)

Coincide en este punto, uno de los pocos autores que en el ámbito doctrinario de nuestro medio analizaron el tema en estudio, aunque casi sesenta años atrás. En efecto, Roberto Martínez Ruiz, afirmaba “... *Nosotros pensamos que el derecho positivo no es sólo el conjunto de preceptos legales expresa o implícitamente sancionado por el legislador, sino el conjunto de dichos preceptos tal como son interpretados por la jurisprudencia...*”<sup>36</sup>.

Ello es así, sin perjuicio de que los precedentes jurisprudenciales no estén sometidos al mismo régimen de publicidad que las leyes, dado que la tarea interpretativa nunca puede alterar la esencia de la norma, sino a lo sumo completarla o aclararla, por lo que rigen a su respecto los mismos principios sobre error de derecho que para la legislación.

#### ***b) Postura de la Corte Suprema Nacional***

En otro orden, el tema de la vinculación horizontal me lleva a analizar, también, un fenómeno advertido en nuestra historia nacional y que pareciera controvertir todo lo dicho hasta aquí.

Me refiero a la falta de coherencia interna demostrada por la propia Corte Suprema de Justicia Nacional en lo que va de su existencia. En efecto, si se analizan las diversas posturas que sobre un mismo tema ha asumido la Corte Suprema Nacional en toda su historia, parecería que, en los hechos, para el mas alto tribunal de justicia nacional basta una nueva integración para cambiar sin mas su doctrina o, peor aún, un nuevo criterio de alguno de sus integrantes es suficiente para variar las mayorías del cuerpo, y con ello modificar la postura.

---

<sup>36</sup> Roberto Martínez Ruiz, “Amparo constitucional del efecto liberatorio del pago. Función de la jurisprudencia como fuente de derecho positivo”, LL, 55, 186 ( 1949).

Sobre este tema, resulta sumamente ilustrativo repasar el trabajo investigativo desarrollado por el Profesor Roberto Gargarella<sup>37</sup>, cuya lectura parece obligada para comprender la extensión del problema que traigo, el cual en punto a la falta de consistencia demostrada por la Corte ha dicho “... *Quienes, con toda razón, ponen un especial acento en la consistencia deben sentirse especialmente preocupados por la performance de la Corte argentina en este respecto. En efecto, desde los años de su creación hasta hoy, una de las notas salientes de la labor de la Corte es su dramática inconsistencia. (...) Existen razones obvias que explican los violentos virajes de la Jurisprudencia de la Corte y que están vinculados con causas extrajudiciales, razones vinculadas, obviamente, con los repentinos cambios forzados en la composición del Tribunal. Sin embargo, dichas irrupciones sobre la Corte, primero, no justifican los cambios jurisprudenciales promovidos por los nuevos jueces, y además ni siquiera explican los radicales cambios que ocurren aún dentro de cada nuevo período de actuación de la Corte...*” Asimismo en su trabajo de investigación, Gargarella también se encarga de acreditar que la Corte Suprema Nacional no sólo ha demostrado inconsistencias propiciadas por el poder político, sino que tampoco ha sido capaz de mantenerse relativamente firme en ciertas áreas cruciales del derecho, tales como la democracia, derechos humanos, minorías y grupos desaventajados.

El trabajo investigativo citado viene a confirmar la importancia de la coherencia y consistencia de un ordenamiento jurídico; y refuerza la propuesta de este trabajo, en tanto torna evidente que la Corte Suprema Nacional, como máximo intérprete de la Constitucional Nacional y cabeza del Poder Judicial, debe asumirse como un cuerpo distinto de los personas individuales que la componen, y que debe actuar y justificar

---

<sup>37</sup> Gargarella Roberto, “Inconsistencia y Parcialidad. Un examen histórico de la Jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina”. JA-2003, IV, 1175.

su actuación como tal. Por lo tanto, no basta con cambiar una postura argumentando tan sólo la distinta integración. Es necesario, que la Corte al fallar en cada caso se haga cargo de lo dicho hasta entonces. Esto no significa negar la posibilidad de cambio, es decir, que las decisiones aprobadas ayer no puedan mejorarse mañana, si es que se advierte que existe una solución mas acertada. Por el contrario, a lo que se aspira es que los Jueces tomen conciencia de la importancia de la labor desarrollada y las implicancias de un cambio de postura, lo que los obligará a desplegar todos los esfuerzos que sean necesarios para justificar con claridad, precisión y sumo cuidado sus cambios de rumbo, de tal manera que dichos virajes sean vistos como una decisión razonada en pos de la sociedad.

Si bien el reclamo de vinculación interna deberá hacerse con igual intensidad en todos los estratos de la estructura judicial, creí necesario poner el acento en lo que sucede en el estrato superior, por que en tanto la Corte Suprema Nacional es el máximo Tribunal de Justicia del país; su conducta cumple un rol ejemplificador que forzosamente se proyecta en las instancias inferiores.

Reitero una vez mas que lo hasta aquí dicho no supone, en absoluto, negar la posibilidad de cambio, evolución o retractación a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores, respecto a criterios hasta entonces sostenidos; cuando crean que tales cambios resultan mas saludables, que hasta los entonces sostenidos, para las partes, y por ende, para la sociedad. En cambio, lo que se pretende es que la Magistratura toda advierta la relevancia que tiene un cambio de criterio, y cuando apele a tal recurso en aras de satisfacer valores tales como la equidad, despliegue todos los esfuerzos a fin de fundamentar tales cambios y convencer a la sociedad que la nueva solución es la mejor solución posible, de modo de no afectar la coherencia o consistencia – en palabras de Gargarella- del ordenamiento jurídico.

### **VIII. Un precedente alentador**

Me alienta en la empresa que me he propuesto, la doctrina que sentó la Corte Suprema al fallar en los fallos *Strada*<sup>38</sup>, *Tellez*<sup>39</sup>, cuyos términos me parece interesante reproducir, ya que si bien no expresó literalmente las ideas que hasta aquí he defendido, - quizás para no incursionar en un tema espinoso para la dogmática constitucional nacional y que tiene que ver con el debate que aquí se propone-, las dejó entrever claramente al establecer efecto prospectivo para la doctrina que creaba a partir del precedente *Strada*, modificando la jurisprudencia vigente hasta entonces y estableciendo, además, el momento a partir del cual dichos principios cobrarían operatividad.

En efecto, en el caso *Strada* la Corte Suprema de Justicia modificó un criterio jurisprudencial que venía sosteniendo hasta entonces en relación a qué debía entenderse por “tribunal superior de la causa” en los términos del art. 14 ley 48 respecto al recurso extraordinario federal, estableciendo que por tal debía entenderse el órgano judicial erigido como supremo por la Constitución de la Provincia.

Siete días después la Corte falla en el caso *Tellez*, también vinculado a la cuestión del Tribunal Superior y en donde el abogado de Tellez, siguiendo la jurisprudencia de la Corte vigente en ese momento, había interpuesto recurso extraordinario federal contra la sentencia del Juzgado Laboral de Primera y única instancia de la Provincia de Buenos Aires y no había deducido recurso alguno ante la Suprema Corte Provincial, por que en el orden local tal vía se consideraba improcedente.

Siendo esta la situación, la Corte se encontraba en la siguiente disyuntiva: si aplicaba lisa y llanamente en el fallo *Tellez* los principios sentados en *Strada*, el recurso debía

---

<sup>38</sup> Fallo 308 (I) :490 (1986); ED, 117-587; LL, 1986-B, 474

<sup>39</sup> Fallos 308:552 (1986)

ser declarado improcedente, pese a que Tellez había escogido la vía recursiva que se consideraba procedente en el momento de la interposición del recurso, y que luego fue dejada de lado en *Strada*. Para evitar dicha incongruencia, resolvió “... *las nuevas pautas jurisprudenciales contenidas in re: “Strada”, sólo habrán de ser puestas en juego respeto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese precedente...*”

Nótese, entonces, la novedad del fallo, en donde la Corte estableció expresamente el efecto ex nunc de la reglas contenida en un precedente, que venía a cambiar la jurisprudencia vigente en ese momento. Ciertamente es que no explicitó de modo alguno los fundamentos normativos de tal innovador criterio, lo cual es puesto de resalto por Alberto Garay, en los siguientes términos: “...*Esta ausencia de explicitación del fundamento normativo concreto es uno de los aspectos más destacables de la sentencia bajo análisis. La Corte parece haber sido consciente de que entraba en una zona conflictiva e inexplorada del derecho judicial argentino...*”<sup>40</sup>. Sin perjuicio de ello, entiendo que al fallar como lo hizo la Corte ha reconocido implícitamente la obligatoriedad de sus fallos no sólo para ella – vinculación interna- sino también para los inferiores – vinculación vertical-.

Garay coincide en advertir en los fallos citados una aceptación implícita por parte de la Corte Suprema de la obligatoriedad de los precedentes en la extensión que se reclama en este trabajo. En tal sentido, el autor dijo “...*La admisión implícita por parte de la Corte de la teoría de la obligatoriedad de sus fallos, ha jugado un papel decisivo tanto en Strada cuanto en Tellez (...). Esta teoría tiene fundamentalmente dos ámbitos de influencia. Uno horizontal, esto es, que la Corte Suprema, como regla*

---

<sup>40</sup> Garay Alberto, “El precedente judicial en la Corte Suprema”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 2, Números 1-2, 1997, pp.95

general, debe sentirse a fallar conforme los principios establecidos en los precedentes. Como principio, parece inconcebible que un tribunal hoy diga una cosa y mañana diga otra. Semejante incongruencia no sería resistida en el ordenamiento jurídico vigente. El otro ámbito en el que opera la obligatoriedad de los precedentes, de sentido vertical, postula igual relación respecto a los tribunales inferiores. El criterio que ha privado hasta la fecha ha sido uno laxo y errático (...)Es evidente que la Corte ha presupuesto necesariamente que los principios establecidos en el caso “Strada” la obligaban (a ella y a los demás tribunales del país), de allí su necesidad de fallar el caso “Tellez” de la manera en que lo hizo...”<sup>41</sup>

#### **IX. “El derecho como integridad”, por Ronald Dworkin**

En la búsqueda de argumentos que, tanto desde la práctica como desde la teoría jurídica, sustenten la postura que traigo, creí pertinente traer a colación la concepción que del derecho tiene Ronald Dworkin y que ha desarrollado en su conocido libro “*El imperio de la Justicia*”<sup>42</sup>, cuyas premisas en su mayoría se enroscan en el sentido que propongo.

En la obra citada, Dworkin propone su teoría del “derecho como integridad”, en la cual los precedentes juegan un papel relevante, por oposición a lo que sostienen los “pragmáticos”, quienes niegan que las decisiones políticas del pasado proporcionen cualquier justificación para usar o retener el poder coercitivo del Estado, en el convencimiento de que los jueces al decidir un caso sólo deben velar por alcanzar la mejor solución para la comunidad en el futuro.

---

<sup>41</sup> Garay A., p.102

<sup>42</sup> Dworkin Ronald, *El imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, noviembre de 1997, 2º edición

En tal sentido, Dworkin denuncia que los postulados del pragmatismo, en tanto pregonan obrar con total indiferencia a lo que se ha dicho en el pasado y a lo que integra la práctica jurídica, guiados por la única finalidad de lograr la felicidad actual y futura de la comunidad; *hallando la justificación necesaria para la coerción en la justicia, la eficacia o cualquier otra virtud contemporánea de la decisión coercitiva misma*,<sup>43</sup> supone no tomar los derechos legales en serio.

A lo largo de su obra, Dworkin pone mucho acento en los derechos legales y hace denodados esfuerzos por demostrar las ventajas existentes en una comunidad donde existen y se respetan los genuinos derechos legales de las personas, bien definidos e individualizados, sobre otras que los consideran sólo desde un punto de vista estratégico, garantizando únicamente el derecho a que en cada caso se logre lo mejor para la comunidad; eximiendo al Juez de buscar la coherencia de principio con aquello que él mismo ha dicho o dirá o lo que han dicho sus superiores.

Entre las ventajas que menciona del sistema que propone, en el cual el pueblo posee como derechos legales los derechos avalados por los principios que proporcionan la mejor justificación de toda la práctica legal y en cuyas definición y contenido, las decisiones judiciales del pasado tienen un rol fundamental, está la posibilidad para el ciudadano de predecir las decisiones judiciales futuras, junto a un mayor reaseguro del derecho a la igualdad y la protección contra la corrupción oficial y la arbitrariedad jurisdiccional.

Dworkin ubica junto a las virtudes de equidad, justicia y debido proceso – por nadie discutidas como pilares de un estado de derecho- a la **integridad política**, la que *requiere que el gobierno tenga una sola voz, que actúe en base a principios y de una*

---

<sup>43</sup> Dworkin, ob, cit, p.115.

*forma coherente con todos sus ciudadanos, que extienda a cada uno de ellos las normas sustantivas de justicia y equidad que utiliza con algunos.*<sup>44</sup>

A través de este principio, Dworkin postula la personificación del Estado, como agente moral, y divide los reclamos de la integridad en dos principios prácticos: *el primero es el principio de integridad en la legislación, que pide de aquellos que crean leyes por legislación que mantengan dicha ley coherente en principio. El segundo es el principio de la integridad en la adjudicación: pide a aquellos responsables de decidir qué es la ley que la entiendan y la hagan cumplir como coherente en la adjudicación. El segundo principio explica cómo y por qué se le debe otorgar al pasado un poder propio, especial, en la Corte, contrariamente a lo que sostiene el pragmatismo. Explica por qué los jueces deben concebir el cuerpo de la ley que administran como una totalidad, y no como un conjunto de decisiones discretas que pueden tomar o enmendar una por una, sin nada más que un interés estratégico en el resto.*<sup>45</sup>

Creo que ningún otro pasaje de la obra de Dworkin, puede resumir mejor y exponer en forma mas clara, la idea que se propone debatir en este trabajo y que Dworkin avala con sus palabras.

Es, justamente, este segundo principio al que se refiere Dworkin el que se busca amparar cuando reclamamos efecto vinculante para las decisiones jurisdiccionales.

Los precedentes integran nuestra práctica jurídica mucho más de lo que se nos ha enseñado y es hora de que así lo reconozcamos. Es por ello, que la coherencia del sistema no se satisface sólo con exigir que la legislación no se contradiga entre sí – lo que nadie discute-, sino que supone también posar la mirada sobre la labor de los

---

<sup>44</sup> Dworkin, ob.cit, p 124

<sup>45</sup> Dworkin, ob.cit, p. 125

órganos encargados de aplicar la ley, para exigirles, sin tapujos, que los casos parecidos sean tratados en forma parecida.

Al postular estas ideas, Dworkin está suponiendo que la comunidad política o Estado, constituye una entidad diferente de las personas que son sus ciudadanos, que tal comunidad en su conjunto tiene obligaciones de imparcialidad hacia sus miembros y que los funcionarios actúan como agentes para la comunidad al absorber dicha responsabilidad.

La personificación que Dworkin propone creo que resulta sumamente útil no sólo para el Juez que, en la soledad de su despacho, deba resolver un caso difícil y luego enfrentar la repercusión pública que éste supondrá; sino que también - tal como lo señala el propio autor - refuerza la idea de culpa colectiva por las injusticias cometidas en el pasado, contribuyendo de ese modo a mejorar la calidad de la administración de justicia, al tiempo que le otorga autoridad moral al ejercicio de la fuerza coactiva.

También Dworkin se encarga de rebatir una de las críticas que se formulan a la propuesta que en este trabajo se trata, cual es que otorgarle carácter vinculante a los precedentes judiciales anquilosa el derecho, en tanto no permite su evolución y cambio.

En tal sentido, señala que “... *si el pueblo acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores sino también por cualquier otra norma proveniente de principios que estas decisiones suponen, entonces el conjunto de normas reconocidas puede expandirse y contraerse en forma orgánica, a medida que las personas se tornan mas sofisticadas para sentir y explorar aquello que estos principios requieren en nuevas circunstancias, sin la necesidad de una legislación detallada o de adjudicación en cada punto de posible conflicto. Este*

*proceso es menos efectivo cuando existen desacuerdos (y esto es inevitable que suceda) sobre qué principios asumen de hechos las reglas explícitas y las otras normas de la comunidad. Sin embargo, una comunidad que acepta la integridad posee un vehículo para un cambio orgánico, aún si nos es del todo efectivo, que de otra forma no tendría...»<sup>46</sup>*

Del párrafo transcrito surge claramente que la integridad en la adjudicación que Dworkin propone y que aquí también se postula, introduce una nueva posibilidad de evolución en el ordenamiento jurídico, en tanto permite introducir cambios orgánicos desde la propia Magistratura y sin necesidad de esperar la reacción legislativa; aclarando que ello será mucho más efectivo en la medida en que exista integridad.

Al mismo tiempo, el derecho como integridad privilegia, como ninguna otra concepción, el principio de igualdad en tanto supone que cada persona es tan valiosa como cualquier otra, que cada persona debe ser tratada con igual interés según una concepción coherente de lo que eso significa.

A modo de resumen de lo hasta aquí expuesto, cabe repasar con Dworkin que “...*un Juez que acepta la integridad pensará que la ley que ésta define establece los derechos genuinos que tienen los litigantes con respecto a una decisión ante él. En principio, tienen derecho a que sus actos sean juzgados según la mejor interpretación de aquello que las normas legales de la comunidad requerirían o permitirían en el momento de sus actos, y la integridad exige que estas normas sean consideradas coherentes, como si el estado tuviera una sola voz...*”<sup>47</sup>

Como se ve, uno de los puntos sobre los que Dworkin se ocupa especialmente es el de la interpretación. Ello porque sostiene que los reclamos legales son,

---

<sup>46</sup> Dworkin, ob.cit, p. 140

<sup>47</sup> Dworkin, ob.cit, p.160

fundamentalmente, juicios interpretativos, por lo que tras superar aquella antigua cuestión acerca de si los Jueces crean o no derecho y reconocer que el contenido de la ley es generalmente abstracto, general y descriptivos, se ocupa de desentrañar en qué consiste o en qué debiera consistir, realmente, la tarea de los Jueces.

En tal sentido, supone que los Jueces al tratar cada caso deben hallar los deberes y derechos legales que existen detrás de cada norma explícita, sobre la suposición de que todos fueron creados por la misma persona, la comunidad personificada, y que tal práctica legal expresa la mejor concepción de justicia y equidad. En consecuencia, les exige que continúen la práctica legal, atendiendo a su historia.

***a) Dworkin y la metáfora de la novela en cadena***

Representa esta idea comparando dos géneros que, en principio, no tienen nada que ver entre sí, como la literatura y el derecho, y refleja su propuesta en un género artificial que denomina la “novela en cadena”.

Imagina una novela escrita entre un grupo de escritores, en donde cada uno debe escribir un capítulo de la novela, para lo cual deberá leer lo escrito por otros hasta entonces, e intentar lograr la mejor novela posible, como si fuera escrita por un solo autor.

La misma misión le encomiendo a un Juez a la hora de fallar. Cada Juez al resolver un caso deberá sentirse parte y autor de la “cadena del derecho”, para lo cual deberá repasar lo que otros jueces han decidido en casos parecidos, debiendo considerar tales decisiones como parte de una larga historia que debe interpretar y luego continuar, según su propio juicio para ofrecer la mejor historia posible.

En tal sentido, Dworkin entiende que a la hora de interpretar una ley, el Juez no sólo se debe preguntar por cuál fue la intención del legislador, como de ordinario se cree, sino que el objetivo de la interpretación es mostrar lo que se está interpretando desde

la mejor perspectiva posible, para lo cual se deberán tomar en cuenta las decisiones que sobre el tema han tomados sus colegas anteriormente.

A esta sugerencia la denomina “hipótesis estética”, y al igual que en la interpretación literaria, supone que lo que la interpretación de un texto (:obra) pretende es mostrar “la obra” como la mejor obra de arte que puede ser, integrando en tal concepto la intención del autor, es decir, lo que el autor quiso que la obra fuera, pero no conformándose sólo con ella.

Textualmente ha dicho que “... *Cada Juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor hoy. Debe interpretar lo que ha venido ocurriendo por que tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre sus manos antes que tomar de golpe por su propio camino...*”<sup>48</sup>

A la objeción que a este planteo pudieran formularle sus críticos, en cuanto a que, entonces, los Jueces serían legisladores, atribuyéndose facultades que la Constitución les ha vedado, Dworkin sostiene que en el ejercicio de su labor, y al tomar sus decisiones sobre derecho consuetudinario, los jueces sólo pueden basarse en fundamentos de principio y no de política – como los representantes del pueblo-, por lo que su facultad se encuentra mucho mas acotada en tanto deberán presentar argumentos sobre la base de decisiones anteriores, acerca del por qué reconocieron tal o cual derecho.

Cierto es que Dworkin le reconoce a la tarea interpretativa que le asigna a los jueces un carácter esencialmente político, pero ello -a la luz del desarrollo del derecho de

---

<sup>48</sup> Dworkin, Ronald, *Como el derecho se parece a la literatura*, 1996.

nuestros días es imposible seguir negándolo- y lo positivo de la teoría en análisis es que no sólo reconoce tal naturaleza francamente sino que, sobre todo, se preocupa por limitarla.

## **X. Respuestas a las críticas mas comunes formuladas a esta propuesta**

En lo que sigue me ocuparé por rebatir algunas de las objeciones que se han formulado a la propuesta que traigo:

### ***a) “Atenta contra la independencia judicial”***

En primer lugar, me ocuparé de aquella que dice que otorgarle carácter vinculante a la jurisprudencia, como aquí proponemos, conspira contra la independencia judicial.

El origen de tal objeción debe ubicarse en la génesis misma de la ideología de la codificación, la que tras la férrea centralización del poder central y la unificación del ordenamiento jurídico pretendió mitigar la estructura jerárquica burocrática del poder judicial, mediante la proclama de independencia judicial interna y la consecuente no obligatoriedad de los precedentes clericales. Esto lo explica Mirjan Damaska, al referirse a las características propias de la organización judicial de la tradición codificadora en su nacimiento: “...*Aunque los Jueces se convirtieron en les employées, se les dio un status especial entre los funcionarios que implicaba una relajación de la cadena de mando jerárquico. Se proclamó que las opiniones legales de cortes superiores no eran vinculantes para los jueces subordinados, incluso cuando se devolvían al juzgado inferior para reconsideración...*”<sup>49</sup>

Entiendo que si bien este recurso pudo servir a los fines políticos del momento, esto es, simular menos rigidez en la cadena de rango jerárquico de la organización judicial,

---

<sup>49</sup> Damaska Mirjan, *Las dos caras de la Justicia y del poder. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica Chile, 2000, pp. 66, 67.

hoy día y tras haberse consolidado pacíficamente una estructura judicial eminentemente jerárquica, tal reclamo quedó vacío de contenido.

Por otra parte, entiendo a la independencia judicial no como un garantía de los jueces sino como una garantía de los ciudadanos por medio de la cual se procura lograr la imparcialidad del juzgador, de manera tal de asegurar que los reclamos efectuados a la Justicia sean atendidos por un tribunal neutral, que decida los mismos conforme normas abstractas dictadas previamente por el legislador y no según la voluntad individual del Juez.

En tal sentido, con la garantía de independencia judicial se busca preservar a la decisión jurisdiccional de la contaminación proveniente de otros poderes del Estado o de intereses privados, pero en modo alguno impide darle a la jurisprudencia el alcance que aquí se pretende.

Es por ello que me arriesgo a predecir que en la medida en que se alcance la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a la que aquí se aspira, se reforzaría aún más la garantía de imparcialidad del Juzgador, en tanto que la ineludible tarea interpretativa que ejercen los Jueces, se vería limitada por lo dicho con anterioridad; reduciendo, así, el margen de discrecionalidad y parcialidad judicial.

Por otra parte, no debe confundirse la independencia judicial con la libertad de criterio de los magistrados, la cual entiendo no resulta menoscabada por la propuesta que aquí se trae, conforme los dichos del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en una cita que si bien se refiere a la constitucionalidad de los fallos plenarios, creo oportuno reproducir en este punto ya que resulta extensible a toda la materia en estudio “...*No es válido invocar la libertad de decisión del juzgador como argumento contra la validez constitucional de los fallos plenarios, por que dicha libertad sólo fue aceptada respecto a los hecho, pero no con relación a la regla de*

derecho, que exige un mínimo de seguridad y certeza en cuanto a la inteligencia de su sentido y alcance. Así, la costumbre judicial norteamericana e inglesa coincide en que el precedente sentado por el tribunal superior obliga al inferior. A su vez, en el sistema continental europeo, la interpretación elaborada por la respectiva Corte de Casación se impone a los tribunales inferiores con el objeto de asegurar la uniformidad de la interpretación como “garantía suprema a favor del justiciable” Vale decir, que todos los ordenamientos procuran eliminar la imagen de un juez que actúa creando, a la manera de la Escuela del Derecho Libre, la regla jurídica para cada caso según sus particulares concepciones sobre los valores, sustituyéndola por la de un administrador de un derecho previsible y previamente cognoscible por los administrados y eventuales justiciables ...”<sup>50</sup>.

**b) “Atenta contra el principio de división de poderes”**

Otra crítica que se ha levantado sostiene que esta propuesta resulta inadmisibles en tanto afecta el principio constitucional de división de poderes, ya que en la medida en que los efectos de la sentencia no se limitan al caso concreto, sino que tienen virtualidad para casos futuros, el Poder Judicial se arroga facultades legislativas, propias de otro Poder del Estado.

Entre los que enarbolan tal crítica, se encuentra Sebastián Soler, quien se oponía enfáticamente a que la jurisprudencia fuera jurígena, ya que entiende que el jurista debe hallar la solución del caso en los elementos preexistentes de la ley. Por eso solía decir que el Juez no crea derecho, sabe derecho.<sup>51</sup>

Igual crítica sustentó Fernando Rayces, al decir “...En mi entender, el hablar de una “obligatoriedad” de la jurisprudencia, semejante a la de la ley, se incurría en un

---

<sup>50</sup> Ca. Nº 2665 “García, S s/ recurso de casación”, sent. del 12/10/00, Reg.387/00, Sala I, Mag. Vot.: Biombo-Sal Llargués-Natiello.

<sup>51</sup> Soler, Sebastián, *Interpretación de la ley*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 158 y siguientes.

*equivoco, ya que las decisiones judiciales no son obligatorias para otras personas particulares que las partes interesadas en el pleito decidido, ni pueden pretender serlo “erga omnes”, como lo son las leyes, sin pisotear el principio constitucional de separación de poderes que veda a los jueces erigirse en legisladores...”*<sup>52</sup>

A lo largo de este trabajo me he referido sobradamente a la inevitable tarea interpretativa que ejercen los jueces al aplicar una norma escrita al caso concreto, en donde deben superar la intrínseca ambigüedad del lenguaje en el que se expresa el legislador. Siendo ello así y asumiendo que el verdadero alcance de una norma escrita lo determina quien la aplica, cabe responderle a nuestros detractores en este punto, que mientras los legisladores al crear derecho acuden a criterios de política, de moralidad pública o a algún otro fundamento totalmente ajeno a la función jurisdiccional, los jueces al fallar un caso concreto, tomando en consideración lo dicho hasta entonces por sus colegas, no crean derecho, sino que por el contrario clarifican el significado del derecho vigente y recurren a razones de principio para justificar sus posturas.

Por otra parte creo, tal como lo sostuviera en otra parte de este trabajo, que los Jueces al momento de aplicar una norma al caso concreto y con ello determinar su alcance, no están invadiendo esferas legislativas, por que en su tarea interpretativa ineludiblemente están atados por el texto de la ley, no pudiendo de modo alguno variar su esencia; por lo que entiendo existen diferencias cuantitativas y cualitativas entre las funciones ejercidas por uno y otro Poder del Estado.

La Corte Suprema me ha dado la razón en este punto alguna vez al decir “...*Por que asentada esa estabilidad primariamente- según nuestro sistema institucional- sobre la*

---

<sup>52</sup> Rayces Fernando “Otra vez sobre los efectos de cambio de jurisprudencia respecto a los actos cumplidos en el ínterin”, JA 1952 I, p. 259

*fijeza de la ley escrita, la interpretación judicial de ella por los órganos de la magistratura que tienen la atribución de fijar la doctrina legal está en la misma línea, responde al mismo propósito y complementa su obtención según el modo propio de actuación judicial a la que está librada en última instancia el destino de la ley. No se trata, pues, de una equiparación lisa y llana de la jurisprudencia y la ley, sino del reconocimiento de una y otra respecto a las relaciones jurídicas que se finiquitan ateniéndose a la interpretación de las leyes hecha por los tribunales, cuya función institucional es de tal naturaleza que sus decisiones interpretativas respecto a dichas normas tienen autoridad definitiva...”<sup>53</sup>*

También el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, coincide en este punto, en tanto ha dicho “... *El dictado de fallos plenarios, mecanismo destinado a solucionar la problemática de sentencias contradictorias emanadas de las distintas Salas del Tribunal. Tanto por su fuente como por su alcance las reglas creadas con la finalidad de uniformar la interpretación de la ley no se identifican con la normativa tenida en cuenta por el art. 2º del Código penal, dado que no se trata de un nuevo texto legal sino de una nueva interpretación del mismo, hallándose la jurisprudencia así creada en relación de dependencia con la ley, que es su fundamento y de la cual constituye su actuación concreta. Por consiguiente, la aplicación de la doctrina plenaria a los casos pendientes no afecta garantía constitucional alguna, puesto que no se legisla sino que se interpreta la ley existente, configurando, en definitiva, una regulación del ejercicio del poder jurisdiccional que no agravia el principio de irretroactividad de la ley penal...”<sup>54</sup>*

---

<sup>53</sup> Fallo de la Corte Suprema del 15-12-1949 en “Arrazcaeta, Julio S. y otro s/ Cia Primitiva de Bs. As. Ltda.”, LL 57, p. 335.

<sup>54</sup> Ca. Nº 3450- n°23 del Reg. de Sala “Soria, R. s/ Recurso de Casación”, sent. del 19/07/00, Reg. 29/00, Sala III, Mag. Vot.: Mahiques –Borinsky- Piombo.

Cierto es que distinto es el supuesto en que un Juez resuelve declarar una norma inconstitucional y abstenerse de aplicarla. Pero este es un poder derogatorio que le concede el propio esquema constitucional vigente y forma parte de lo lógica de control del juego democrático.

**c) “Anquilosa el derecho”**

También se ha dicho que la obligación de los Jueces de atender a los precedentes, anquilosa el derecho, en tanto no permite su evolución y supone condenar a generaciones futuras a los errores del pasado.

En tal sentido, al repasar las ventajas de un sistema jurisprudencial no vinculante, el profesor Sagües nos dice “...un régimen de este tipo evita la esclerotización del derecho judicial, refresca la jurisprudencia de un país y auspicia, de tal modo la renovación de las estructuras jurídicas y del derecho vivo de un Estado...”<sup>55</sup>

Sin embargo, aquí propongo una visión distinta del asunto. En efecto, creo que en la medida en que los Jueces al fallar un caso concreto no sólo deban atender a lo dicho por la norma escrita sino también a lo dicho por la jurisprudencia respecto a esa norma, se amplía el espectro de principios que gobiernan la cuestión, y existe, entonces, implícitamente una posibilidad de evolución que no depende, ya, exclusivamente de poner en marcha la pesada maquinaria legislativa.

Esta posibilidad de “interpretación evolutiva”, a la que me he referido anteriormente, lejos de anquilosar el derecho permite su progreso y evolución, y entiendo que será mas efectiva en la medida en que exista consenso entre los operadores jurídicos respecto a los principios que subyacen a cada norma jurídica, toda vez que la disparidad y desacuerdo conspira, necesariamente, contra el progreso orgánico que señalo.

---

<sup>55</sup> Sagües N.P, ob. Cit, p.126

Esto fue advertido, también, por el Dr. Genaro Carrió quien sostenía que “... *Una de las mayores ventajas del método de creación judicial del derecho es que permite ir amoldando las normas jurídicas a las necesidades de la hora. En lugar de obligar a la realidad a encerrarse en esquemas racionales concebidos de antemano, dicho método va afirmando las soluciones en función de las circunstancias de los casos concretos que se presenten. Las normas que de éstos se extraen son, así, respuestas a los estímulos que vienen dados del medio social, y no construcciones mas o menos artificiales que intentan superponerse a éste...*”<sup>56</sup>

Por otra parte, no resulta sobreabundante aclarar una vez mas, que el carácter vinculante que aquí se reclama para la jurisprudencia, no supone negar toda posibilidad de cambio en las posturas asumidas cuando existan argumentos jurídicamente sólidos que así lo aconsejan. Muy lejos está de la finalidad de este trabajo pretender condenar a generaciones futuras a persistir en los errores del pasado. En cambio, lo que aquí se pide es prudencia y debida fundamentación, que los Jueces se hagan cargo de lo dicho en el pasado por sus pares, para que la comunidad toda – jurídica y no jurídica - advierta el error y acompañe el cambio propugnado, de tal manera que el viraje interpretativo sea visto como una decisión razonada y justa, y no como una discrecionalidad judicial.

***d) “Mediatiza a las partes del caso”:***

No faltarán, tampoco, los kantianos que vean en nuestra propuesta una mediatización de las personas comprometidas en cada caso, en tanto supongan que con nuestra tesis no se considera a cada justiciable como un fin en sí mismo, sino como un medio para sentar criterios jurisprudenciales.

---

<sup>56</sup> Carrió Genaro, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo Perrot, 30/12/1987, 2º edición, p. 169

Ello por que en tanto reclamamos que los precedente judiciales tengan virtualidad para casos análogos, estamos obligando al Juez que falla en un caso concreto que no analice sólo las aristas de ese caso en particular sino que también tenga en cuenta la incidencia de ese caso en el futuro, debiendo, entonces, incorporar en el análisis variables que le son extrañas, que provienen del afuera.

Creo que esta crítica, si bien señala un fenómeno cuya existencia no niego, no hace más que destacar uno de los costos de la vida en sociedad. Es decir, entiendo que el hecho de que cada parte sometida a litigio deba aceptar que al momento de resolver su caso se evalúen, además de las connotaciones propias del caso y que a ellos competen, los efectos que tal solución pudiera tener en el futuro para casos análogos, es un costo menor -perfectamente soportable y que no afecta en absoluto la intangibilidad del ser humano-; si se tiene en cuenta la porción de libertad que con ello gana cada parte, en su calidad de ciudadano.

Sólo la existencia de un orden jurídico unitario, garantizará seguridad jurídica e igualdad de la ley; y ello es una garantía individual en tanto que es condición necesaria de la libertad individual poder prever la actuación de los poderes públicos antes de decidir cómo actuar.

Es por ello que aún cuando la propuesta que aquí se trae admita que los jueces al fallar introduzcan en el análisis del caso concreto elementos “extraños” a las partes comprometidas en el mismo, estimo que este es un costo menor que se debe pagar en pos de lograr una mayor libertad ciudadana.

***e) “Es inadmisibile por el origen contramayoritario de los Jueces”***

Finalmente, me ocuparé de aquellos que sostienen que nuestra propuesta adolece de una falencia de legitimidad democrática; en tanto supone arrogarle a los Jueces

facultades demasiado amplias que en principio le estarían vedadas por su origen contramayoritario.

En efecto, sabemos que el proceso de designación de los Jueces está excluido del juego democrático, es decir, que a diferencia de los integrantes de los otros poderes del estado – legislativo y ejecutivo- los jueces no son elegidos por el voto popular, sino que su elección responde a otros cánones, que atienden a la especialidad en la materia o, incluso, a razones políticas, por lo que muchos los consideran una “elite de origen contramayoritario”, cuya función deberá ser lo mas limitada posible para no afectar la lógica democrática y cercenar la voluntad popular, expresada en el Parlamento o en el Ejecutivo.

Para explicar esta idea acudiré a las palabras del profesor Nino: “...*Cuando el origen de los Jueces no es de carácter democrático, sus decisiones no gozan del valor epistémico que sí tiene el proceso democrático. La perspectiva del Juez se encuentra limitada a las de las personas directamente afectadas por un conflicto sobre el cual tiene que decidir, excluyendo a algunos de aquellos que podrían resultar afectados por el conflicto. El Juez es completamente extraño a la disputa. Mientras la imposibilidad de involucrarse posibilita la imparcialidad cuando el conflicto comprende sólo a unas pocas personas, es imposible alcanzar esa imparcialidad cuando lo que está en juego son los intereses de una multitud de individuos cuyas experiencias son muy diferentes a las del Juez. ...*”<sup>57</sup>

Sin embargo, creo que el origen de la Magistratura no constituye, en absoluto, un obstáculo que conspire contra la propuesta que traigo.

Esto es así, por que una vez que asumimos que entre el proceso de creación de las leyes ( -a cargo del poder legislativo, representante de la voluntad mayoritaria) y el

---

<sup>57</sup> Nino Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1998, p.260

proceso de aplicación (- a cargo del Poder Judicial, quien se encuentra atado a la letra de la ley, expresión popular) existe un ineludible paso intermedio; cual es, el de interpretación de la norma, concluiremos que la propuesta que traemos es la que mas cercena las atribuciones de los jueces en el ejercicio de esta tarea, atendiendo con ello el reclamo de su carácter contramayoritario.

Es en esta instancia intermedia, cuya existencia no tiene sentido seguir negando, en donde deberán resolverse todos los problemas que se presentan a la hora de aplicar la norma abstracta y genérica de origen legislativo al caso concreto, por lo que forzosamente deberá estar en mano de los jueces, en tanto ejecutores de la norma en la realidad. Sin embargo, con mi propuesta, lejos de ampliar las facultades de los Jueces en el ejercicio de esta misión, lo que pretende es limitarla, ya que propone condicionarlos a lo dicho por sus colegas, limitando con ello sus facultades discrecionales. La opción contraria, es decir, admitir que cada juez interprete la norma según su criterio, sin mas límite que el propio texto de la ley y desconociendo en absoluto lo dicho por ellos mismos y/o sus superiores, supone otorgarle una discrecionalidad mayúscula, susceptible de ser cuestionada por su origen contramayoritario.

## CONCLUSIÓN

*“... El Derecho, como diría Dworkin, debe hablar “con una sola voz”, y los jueces, en todo caso deben contribuir a dicha tarea afirmando la “integridad” del mismo, mostrando que el derecho es uno solo y para todos igual. Los Jueces deben asegurar, en definitiva, que todos los miembros de la comunidad – ayer, hoy y mañana – sean tratados con igual consideración. Decir esto no significa decir, por su puesto, que el derecho no puede cambiar, que las decisiones aprobadas ayer no pueden mejorarse mañana, si es que advertimos que las mismas no eran las más acertadas. Sin embargo, los jueces deben actuar en tales casos advirtiendo la seriedad de los pasos que dan y el maltrato que sus decisiones actuales pueden implicar para quienes fueron tratados de modo diferente en el pasado. Esto debería llevarlos a justificar con claridad, precisión y sumo cuidado sus cambios de rumbo – ellos no pueden actuar como si fueran independientes de los jueces que los precedieron -...”<sup>58</sup>*

Creo que ningún otro pasaje habría sido capaz de sintetizar mejor la idea que intenté desarrollar a lo largo de este trabajo.

Mi mayor anhelo con estas líneas es haber sido capaz de despertar en el lector, al menos, curiosidad por un tema que, si bien hasta ahora se encuentra prácticamente inexplorado en nuestro medio, reviste vital importancia para la salud del ordenamiento jurídico.

Para todos aquellos que concebimos al Derecho no sólo como una herramienta de solución de conflictos sino, sobre todo, como una herramienta de prevención de ellos, la propuesta que traigo será bien recibida en tanto que con la misma se procura cooperar en la ardua tarea de construir previsibilidad y seguridad jurídica.

---

<sup>58</sup> Gargarella, ob.cit. p. 1176

Nuestra realidad cotidiana nos demuestra la urgencia de reposicionar a la Justicia frente a la sociedad, sanear su imagen, recuperar la confianza en ella y, en definitiva, devolverle el rol institucional que le asignó nuestra Constitución Nacional.

La propuesta que traigo aspira a ser un aporte en tal sentido, auspiciando que en la medida en que se le asigne a los precedentes el carácter vinculante que aquí se sugiere, se contribuirá a otorgarle unidad y coherencia al Poder Judicial, de forma tal que pueda ejercer eficientemente el rol que nuestros constituyentes le asignaron.

Estoy convencida que esto no sólo fortalecerá al Poder Judicial, como órgano, sino que también ayudará a respaldar cada una de las decisiones controvertidas adoptadas por nuestros Jueces, en la soledad de sus despachos, quienes al recurrir a fundamentos no sólo legales sino también provenientes de la práctica judicial, le otorgarán a sus fallos mayores herramientas de legitimación para enfrentar a la siempre crítica sociedad.

Al mismo tiempo, entiendo que apoyar una decisión jurisdiccional no sólo en la ley sino también en la jurisprudencia, otorga mayores garantías al justiciable, en tanto lo pone al amparo de manera más efectiva frente a la discrecionalidad judicial.

**BIBLIOGRAFÍA:**

- Bacigalupo Enrique “El futuro del recurso de casación y la función institucional del Tribunal Supremo Español” en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, N°4, diciembre de 2004
- Cardozo Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, traducido por Eduardo Ponsa, ed. Arayú, 1955;
- Carrió Genaro: *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo Perrot, 30/12/1987, 2º edición;
- Carrió Genaro: “Sobre la creencia de los Juristas y las Ciencias del derecho”, en *Academia*, Año 1, n°2;
- Caseres T.D, *La Justicia y el derecho*, 2º edición, Buenos Aires, 1943;
- Dworkin Ronald, *El imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, noviembre de 1997, 2º edición;
- Damaska Mirjan, *Las dos caras de la Justicia y del poder. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica Chile, 2000;
- Gargarella Roberto, “Inconsistencia y Parcialidad. Un examen histórico de la Jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina”, (JA-2003, IV, 1175);
- Garay Alberto, “El precedente judicial en la Corte Suprema” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 2, Números 1-2, 1997, pp.95);
- Martínez Ruiz Roberto, “Amparo constitucional del efecto liberatorio del pago. Función de la jurisprudencia como fuente de derecho positivo”, (LL, 55, 186 ( 1949));
- Merryman John Henry, *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*, Fondo de Cultura Económica, 1995;
- Miller Jonathan M, Gelli María Angélica, Cayuso Susana, *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, Editorial Astrea, 1992, Tomo 1;
- Nino Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1974;
- Nino Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1998;
- Palacios, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, decimocuarta edición actualizada;
- Rayces Fernando “Otra vez sobre los efectos de cambio de jurisprudencia respecto a los actos cumplidos en el ínterin”, (JA 1952 I, p. 259);

- Sagüés Néstor Pedro, “Eficacia vinculante o no vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”(ED, 93-892);
- Soler Sebastián, *Interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962;
- Walton Antillon, “La Casación repensada”, en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, compilador David Baigún, Del Puerto, Buenos Aires, 1º edición, 2005.