

CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, Ricardo Luis Lorenzetti; Elena I. Highton de Nolasco; Carlos S. Fayt (por su voto); Enrique S. Petracchi (en disidencia); E. Raúl Zaffaroni; Juan Carlos Maqueda.

(...)

11) Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20).

Se advirtió también en "Mazzeo" que la CIDH "ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Concluyó que "[e]n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21).

12) Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente "Almonacid". En efecto, en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso" precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana ["Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia" (del 10 de septiembre de 2010, parágrafo 202); "Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Raguaiá') vs. Brasil" (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) y "Cabrería García y Montiel Flores vs. México" (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225).

Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana {conf. caso "Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina" del 29 de noviembre de 2011}.

La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22) , incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

(...)

CIDH, 20/03/2013, “Gelman Vs. Uruguay s/ Supervisión de cumplimiento de sentencia”¹.

(...)

a.2 Control de convencionalidad

65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico⁴⁶. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁴⁷.

67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente (*supra* considerandos. 60 a 65).

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas⁴⁸, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según

¹ Se han omitido las notas al pie de página contenidas en el fallo.

corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana⁴⁹.

70. La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De

tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”⁵⁰.

71. Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí⁵¹. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico⁵². En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso⁵³; ya han resuelto la violación alegada⁵⁴; han dispuesto reparaciones razonables⁵⁵, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. Según fue señalado (*supra* Considerando 37), precisamente en el presente *caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte consideró que, antes de tomar la referida decisión de 22 de febrero de 2013, la Suprema Corte de Justicia uruguaya ya había ejercido un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al declararla inconstitucional en octubre de 2009 en el *caso Sabalsagaray*.

72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad⁵⁶.

73. Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo señalado anteriormente en cuanto a la primera manifestación del control de convencionalidad cuando existe cosa juzgada internacional (*supra* Considerando 69), este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso⁵⁷.

74. Lo anterior se deduce del compromiso de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales y no solo de prácticas judiciales reiteradas a niveles nacionales, que son por supuesto relevantes. Así, tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región, se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta.

75. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”⁵⁸. Igualmente, dicha Corte Suprema manifestó “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”⁵⁹.

76. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha indicado que:

[E]n efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad. Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos⁶⁰.

77. Además, en la sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011, la Corte Constitucional de Colombia apuntó que “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la [Convención Americana], instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad”⁶¹. Asimismo, en la sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, al analizar distintas disposiciones de la ley n.º 975 de 2005 relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Corte Constitucional de Colombia señaló respecto de la jurisprudencia de la Corte que son decisiones “que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]”. Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que, en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”⁶².

78. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:

debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada⁶³.

79. Además, en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, la Corte Interamericana ordenó al Estado la realización de un nuevo juicio al que debía ser sometido el peticionario. La Corte observó y valoró positivamente los términos del Acuerdo No. 96-2006 tomado por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, el cual constituía un precedente de importante trascendencia en el ámbito del sistema interamericano en lo concerniente a la ejecución de sentencias de este Tribunal, al designar un tribunal para que realizara un nuevo juicio en virtud de lo resuelto por la Corte Interamericana⁶⁴.

80. Por otra parte, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala emitió diversas resoluciones declarando la autoejecutabilidad de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *De la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros)*⁶⁵, *De los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*⁶⁶, *Bámaca Velásquez*⁶⁷, y *Carpio Nicolle y otros*⁶⁸, todos contra el Estado de Guatemala. En estos fallos, la Corte Interamericana encontró que el proceso penal referido a cada uno de los casos mencionados había violado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que, en consecuencia, ordenó al Estado guatemalteco investigar efectivamente los hechos que generaron dichas violaciones, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró la nulidad de las sentencias nacionales correspondientes

así como de todo lo actuado con posterioridad y, en consecuencia, ordenó un nuevo procesamiento respetuoso de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. Finalmente, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró que como la República de Guatemala no podía oponer su Derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tenía el efecto de acto extraordinario del procedimiento común.

81. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que "las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos. Por tanto [en los casos en que México haya sido parte del caso], para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio"⁶⁹.

82. Asimismo, el 12 de mayo de 2010, mediante el Acuerdo Número 240, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá indicó que "la República de Panamá, como miembro de la comunidad internacional, reconoce, respeta y acata las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", y resolvió remitir el Fallo de este Tribunal en relación con el caso Tristán Donoso a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁷⁰. Posteriormente, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia en la que se indicó que "en atención a lo dispuesto en la sentencia de 27 de enero de 2009, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera[ba] esta Superioridad necesaria la absolució[n] del señor Santander Tristán Donoso de los cargos como autor del delito de Calumnia [...] y en consecuencia, dejar sin efecto, la pena"⁷¹.

83. De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

[L]a vinculatoriedad de las sentencias de la [Corte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la [Corte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal⁷².

84. Dicho Tribunal también ha establecido que:

se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano⁷³.

85. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que: en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes⁷⁴.

86. De lo anterior se desprende que varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones.

87. En atención a todo lo anterior, la Corte reitera, por un lado, que sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales y, por otro, que el control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción.

88. En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.

89. En el presente caso, el efecto general de la incompatibilidad de la Ley de Caducidad, la no aplicabilidad de prescripción y otros efectos relativos a la obligación de investigar los hechos, fueron dispuestos en la propia Sentencia dictada en el *caso Gelman*, en cuyo proceso el Estado tuvo todas las oportunidades de exponer sus puntos de vista, por lo que la Sentencia tiene la autoridad de cosa juzgada internacional, de donde deriva que todas las autoridades nacionales, incluyendo el Poder Judicial en todos sus niveles, deben cumplir con la decisión en respeto a sus obligaciones internacionales.

90. Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste para todos sus poderes y órganos con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada⁷⁵. Por tanto, conforme al Derecho Internacional que ha sido democrática y soberanamente aceptado por el Estado, es inaceptable que una vez que la Corte Interamericana haya emitido una Sentencia con autoridad de cosa juzgada, el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efectos⁷⁶. En este caso, a pesar de lo realizado por el Estado uruguayo, a través de determinados actos de sus Poderes Ejecutivo y Legislativo en acatamiento de la Sentencia, la reciente decisión de 22 de febrero de 2013 de la máxima autoridad jurisdiccional del Estado -actuando como contralor de constitucionalidad-, si bien incluye una serie de reflexiones dirigidas a cumplir la Sentencia, por la manera en que están expuestas, la misma constituye un obstáculo para el pleno cumplimiento de la Sentencia y podría producir un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana.

(...)

La efectividad de las decisiones judiciales a través de los precedentes.

Por José María Salgado.

Revista de Derecho Procesal, Ejecución de Resoluciones Judiciales, 2013 – 2, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 357/392.

Introducción².

Hemos escogido dos extractos de sendos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) de los que surge la relevancia que ambos órganos le otorgan a los precedentes, así como la valoración que los máximos tribunales nacionales hacen de la jurisprudencia interamericana en grado de obligatoriedad para todas las autoridades públicas y órganos nacionales. La lectura de las secciones que anotamos es, en nuestro criterio, contundente en la visión e importancia que tienen los precedentes como fuente del derecho.

² Un análisis más extenso sobre la cuestión de los precedentes la hemos desarrollado en: La obligatoriedad de las decisiones de la CSJN, FALCÓN, ENRIQUE M. (dir.), Tratado de Derecho Procesal Constitucional, T° II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 783/899.

En efecto, si asumimos que toda norma queda siempre atada a la interpretación que se haga de ella, como lo señala nuestra Corte al hablar de “intérprete auténtico”, lo propio cabe decir de la hermenéutica de la Constitución Nacional efectuada por su último intérprete cuando la adecúa a los preceptos interamericanos. No hay significaciones objetivas despojadas de la subjetividad del oyente. El contenido de las normas, y de los precedentes jurisprudenciales, como de todo texto, está conformado tanto por la emisión del mensaje como por la decodificación que el receptor hace de él. Ese entramado es infinito, pues cada vez que el mensaje vuelve a retransmitirse es nuevamente objeto de interpretación y de ese espiral de relecturas, merced a la circularidad de los discursos y a la prevalencia de las mejores fundamentaciones, es que se construye su contenido.

Parafraseando a la CSJN, sería un contrasentido que sólo los precedentes interamericanos sean fuente de derecho, salteando las versiones discursivas emanadas de otros tribunales. Incluso de aquellos de grado inferior que participan activamente en la construcción de la realidad. La cuestión, como se verá, es compleja.

Los pronunciamientos dan cuenta, también, del diálogo que mantiene la Corte nacional con la autoridad Interamericana en orden a priorizar el respeto de la jurisprudencia como parte basal del sistema de resolución de controversias y de depuración del ordenamiento en su adecuación a los postulados de la Convención; dicho esquema, como lo explicaremos, debe ser replicado en el orden interno en relación a los pronunciamientos de ambos órganos jurisdiccionales por parte de los tribunales inferiores y demás autoridades estatales.

Los mecanismos jurisdiccionales, concebidos como sistemas que se ocupan de solucionar controversias, no pueden prescindir de las respuestas que proyectan más allá de cada caso concreto. Son dos miradas que focalizan de modo diverso su actuación, pero que viven en una constante retroalimentación. Una de corto alcance, aquella que se ocupa de la solución del conflicto actual pero que, al hacerlo, indudablemente está fijando pautas de actuación que servirán de orientación para lo que se hará en el futuro. Ello, en definitiva, incentivará la mayor o menor litigiosidad como un derivado de la percepción que sus respuestas brinden a cada uno de los futuros requerimientos. Cuanto menor sea la uniformidad en los resultados ante casos similares, mayores serán las expectativas de éxito ya que la sentencia estará ligada a la suerte que tengan las partes en el sorteo de los “jueces naturales” de las contiendas.

La eficacia de las decisiones judiciales erigidas como precedentes actúa en este plano de modo indirecto. Brinda respuestas estables a las instancias inferiores, sin necesidad de que las partes recorran las vías recursivas ante formulaciones ya resueltas, con la consabida economía de recursos humanos e insumos materiales en su discusión. Además evita la necesidad de que todos quienes se encuentran en situaciones análogas deban llevar sus asuntos a los jueces, pues se reconoce que el precedente judicial es el que debe gobernar la conducta de las personas en conflicto. Paralelamente a los argumentos eficientistas mencionados se presentan otros, no menos importantes, como la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica que hacen que la argumentación sobre el precedente haga a la validez constitucional de los pronunciamientos judiciales.

Este planteo, para no quedar sesgado, debe abordar otras cuestiones álgidas involucradas, a saber: que la tradición jurídica civilista o continental parece no ser tributaria de la idea de seguimiento de los precedentes; que la adecuación indiscriminada a los precedentes produce el “envejecimiento” de las decisiones, regidas por lo dicho por otros jueces en otro tiempo y otras circunstancias; que se cercena la libertad de juzgamiento del juez del caso.

Intentaremos, entonces, presentar el esquema de la obligatoriedad de los precedentes como un instrumento útil y necesario que completa todo sistema jurisdiccional, que fortalece la legitimidad de los tribunales en la toma de decisiones y que actúa como una condición de validez constitucional de los pronunciamientos. No olvidaremos dar respuesta a las detracciones que se han formulado en su contra.

El sistema del *stare decisis*³.

En la tradición jurídica del *common law*⁴, los precedentes judiciales participan de modo principal en la formación del derecho. Como señala Micheli, el *civil law* y el *common law* poseen distintas concepciones del derecho objetivo: para el primero ha sido constituido por una regla estatuida por un órgano competente; para el segundo, en cambio, se considera que la regla es aquella que el juez considera como tal en su aplicación concreta⁵. En este último ámbito, si bien en orden jerárquico se encuentran por debajo de las leyes (*statute law*) –motivo por el cual la ley puede dejar sin efecto un precedente– han constituido la fuente histórica de su Derecho.

Esta doctrina, formulada como “*stare decisis et quia non movere*”⁶, impone que las decisiones de los jueces o tribunales tomadas después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, sea una autoridad o precedente obligatorio para este tribunal y para los tribunales de igual o inferior rango, en los casos en los cuales se presenten en el futuro y que se debata la misma cuestión.

La implementación y vigencia de la doctrina del *stare decisis* se justifica en base a la prevalencia de distintos valores: i) igualdad, dado que la aplicación de la misma regla de derecho en sucesivos casos análogos redundaría en un mismo trato para todos los que deben ser juzgados; ii) previsibilidad del sistema para futuros casos; iii) economía, por cuanto el uso de criterios ya establecidos para resolver nuevos casos ahorra tiempo y energías; iv)

³ CUETO RÚA, Julio César, El “common law”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; FARNSWORTH, E. Allan, Introducción al sistema legal de los Estados Unidos, Zavalía, Buenos Aires, 1990; ITURRALDE SESMA, Victoria, El precedente en el “common law”, Civitas, Madrid, 1995; SAGÜÉS, Néstor P., El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina, en Temas de Derecho Procesal Constitucional, dir. por Mario Masciotra, Lajouane, Buenos Aires, 2008, p. 343; SMITH, Juan Carlos, La autoridad del precedente judicial en el “common law” estadounidense, en L. L. 134-1364.

⁴ “A diferencia de ‘sistema jurídico’, la expresión ‘tradición jurídica’ indica un conjunto de actitudes, profundamente arraigadas e históricamente condicionadas, sobre la naturaleza del derecho, la organización y funcionamiento de un sistema jurídico, y acerca de la manera en que el derecho es o tiene que ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Pone el sistema jurídico en perspectiva cultural” ITURRALDE SESMA, El precedente... cit., p. 14.

⁵ MICHELI, Gian Antonio, Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto: Case law e stare decisis, Pubblicazioni della R. Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, Pavia, 1938, N° 83, p. 14.

⁶ Del latín, “estar a lo decidido sin alterarlo”.

respeto, dado que al adherir a decisiones anteriores se evidencia el reconocimiento a la sabiduría y experiencia de las generaciones de anteriores jueces⁷.

Como contrapartida a los beneficios señalados se presenta una tendencia a mantener un excesivo respeto a las decisiones precedentes, lo que conduce a un envejecimiento del derecho. Por ello, en una histórica decisión, la *House of Lords* pronunció el *Practice Statement* (1966) otorgando mayor libertad en el uso de los precedentes que, sin abandonar su tratamiento y su efecto vinculante, morigeró la práctica rígida de ellos. Lo propio sucede en EEUU. Allí el Derecho no está sustentado en la costumbre, como ocurre en Inglaterra, sino en la fuerza normativa de una Constitución escrita que prevalece sobre cualquier ley; además la implementación es más compleja puesto que coexisten las estructuras federal y estatales que generan la diversificación y dispersión de los antecedentes, con la lógica mayor complejidad en su homogeneización y, consecuentemente, actitudes más flexibles respecto del seguimiento de la autoridad de las decisiones judiciales. A todo lo expuesto debe sumarse un exponencial crecimiento demográfico que, en comparación con el sistema inglés, generó una gran cantidad de material jurídico y una consecuente mayor dificultad para seguir los precedentes⁸. Así lo ha reconocido, en el plano horizontal, la Corte Suprema afirmando que la regla del seguimiento del precedente no es inflexible y que es una decisión discrecional del tribunal seguir o apartarse de sus fallos⁹.

En suma, la regla es que los precedentes deben seguirse en pos de la estabilidad y uniformidad del Derecho, sin embargo los tribunales son libres de apartarse de sus pronunciamientos previos si ha existido un cambio en las circunstancias o en las necesidades sociales, o si la adhesión al precedente sería perjudicial para los intereses públicos. Sin embargo, en este análisis comparatista, hay una cuestión que suele darse por sentada o pasarse por alto, ¿cómo es que se lleva a cabo esta tarea?, ¿cómo se extrae la regla que vinculante del precedente?, ¿cuáles son los hechos relevantes que definen el caso?, ¿para qué tribunales regirá el precedente?, ¿bajo qué circunstancias es dable apartarse de un precedente?, etc, etc, etc.

La construcción y el abordaje de los precedentes.

La obligatoriedad o el seguimiento de los precedentes se manifiesta en dos dimensiones: una horizontal, en tanto los tribunales están obligados a seguir sus propios

⁷ FARNSWORTH, Introducción al sistema... cit., p. 74.

LEGARRE, Santiago y RIVERA (h), Julio César, Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”, en L. L. 2005-F-850.

⁸ FARNSWORTH, Introducción al sistema cit., p. 75. Monaghan explica que “La fragilidad del stare decisis en el área del common law no es, simplemente, el reflejo de rápidos cambios sociales y económicos. También está la función de corrientes del pensamiento difundidas y sentidas profundamente. Desde el siglo XVII el mundo occidental ha sido testigo de una evidente declinación de la idea de permanencia de cualquier forma de orden social o intelectual, declinación que se ha acelerado de modo brusco en el siglo XX. En los Estados Unidos esta pendiente ha sido reforzada por el surgimiento y dominación del pragmatismo filosófico y su doncella doctrinal, el «instrumentalismo pragmático» MONAGHAN, Henry P., Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio, trad. de Alberto F. Garay, J. A. 2004-I-965.

⁹ “The rule of stare decisis tends to uniformity and consistency of decision but is not inflexible, and it is within the discretion of a court to follow or depart from its prior decisions” (“Hertz vs. Woodman”, 218 U. S. 205 [1910]). La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos pueden encontrarse en www.supremecourtus.gov.

precedentes, y otra vertical, en cuanto deben conformar sus decisiones a los precedentes de sus superiores jerárquicos o concurrentes¹⁰.

Además, no todo el contenido del antecedente tiene fuerza obligatoria, sino sólo el *ratio decidendi* o el *holding* del caso, es decir las razones que llevaron al tribunal a fallar de una determinada manera, quedando fuera de ese espectro, por tanto, aquello que suele denominarse *obiter dictum*, que está conformado por las expresiones incidentales o colaterales del tribunal¹¹. Destaquemos aquí que la línea que separa lo principal de lo accesorio, muchas veces, es poco clara o no se encuentra nítidamente definida¹².

En el aspecto vertical del *stare decisis*, según el cual cada tribunal debe seguir los precedentes de sus tribunales jerárquicamente superiores, se sigue el principio de que únicamente un tribunal de más alto rango puede derogar —en forma expresa o implícita— decisiones anteriores de los tribunales inferiores. Sin embargo, existen mecanismos que permiten flexibilizar esa aparente rigidez del sistema que pareciera quedar encorsetado en decisiones obsoletas por privilegiar la seguridad jurídica.

Uno de estos mecanismos es la técnica de la distinción. Con ella se desarrolla una argumentación tendiente a demostrar que los hechos del precedente poseen una distinción importante respecto de los hechos del caso presente al cual se lo pretende asimilar y, conforme la cual, los tribunales pueden sortear su aplicación. Otra forma de malear el antecedente a las necesidades del caso actual es el trabajo que se haga sobre los rasgos vinculantes. Los tribunales no están obligados a seguir íntegramente los antecedentes, sino sólo su *ratio decidendi* —equivalente al *holding* estadounidense—. De ese concepto, en tanto fuerza obligatoria hacia el futuro, quedan excluidas las cuestiones de hecho (aunque muchas veces no puedan escindirse del Derecho) y las consideraciones de derecho efectuadas *obiter dictum* o en forma incidental.

Ahora bien, el *quid* del asunto es averiguar cómo se efectúa la categorización de los hechos relevantes y cómo se eliminan los hechos irrelevantes para generalizar el precedente y convertirlo en norma hacia el futuro.

En ese ejercicio, entre la actividad comparativa y la aplicación analógica de los casos, se vislumbra la existencia de un espacio de discrecionalidad en el operador que le permite ponderar cuáles son los elementos fundamentales y cuáles los anecdóticos —y el grado de especificidad de cada uno de ellos— a efectos de formular la *ratio decidendi* y determinar la solución aplicable al conflicto actual.

Analicemos algunos mecanismos que resultan muy usuales en la argumentación en torno a la obligatoriedad de los precedentes:

a) *Los hechos esenciales, su obligatoriedad y las vías de escape*. Según la regla de *stare decisis* el juez, al momento de resolver un caso actual, debe recurrir a la interpretación de sentencias de precedentes análogos en los que se hubieran resuelto las cuestiones

¹⁰ Los fallos no obligatorios para un tribunal, pero que poseen autoridad dada su importancia o la del magistrado que redactó la sentencia, o si fue seguido en otras jurisdicciones, es denominado persuasivo.

¹¹ LEGARRE, Santiago y RIVERA (h), Julio César, Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”, en L. L. 2005-F-850.

¹² CUETO RÚA, El “common law” cit., p. 118.

planteadas. Ahora bien, la decisión acerca de si el precedente es aplicable al caso, o no, dependerá de la calificación que hagan los operadores de los hechos relevantes del caso en análisis y del precedente, cuyo holding se pretende hacer valer. Ésta no es una tarea sencilla puesto que, por más similitudes que se presenten entre distintos sucesos, nunca se verificarán dos casos idénticos¹³. Siempre existirán, en mayor o menor medida, diferencias entre ellos; la cuestión estriba en apreciar si las similitudes son mayores que las diferencias en cuanto a la subsunción del litigio en la regla extraída del precedente¹⁴.

Entonces, si el juez califica como esencial una de las diferencias inevitables existentes entre el caso actual y el precedente, aunque ésta fuese pequeña, ello significará que el caso a dirimir será proyectado a un grupo diferente de antecedentes y resuelto en base a principios jurídicos distintos.

Esta estrategia ha sido denominada técnica de la distinción (*distinguishing*). A ella podemos agregar dos métodos utilizados en Norteamérica que conducen a resultados similares, es decir, no aplicar un precedente: i) la derogación implícita, y ii) la predicción de un cambio de criterio por el tribunal.

El primero responde a la pérdida de autoridad del precedente sin ser expresamente derogado por el tribunal que lo emitió, lo que se produce a través de la inferencia efectuada por el tribunal inferior a partir del análisis de nuevos pronunciamientos del tribunal superior. El segundo se basa en la predicción que efectúa el tribunal inferior a la hora de no aplicar un precedente, afirmando que el órgano superior en esas circunstancias llegaría a la misma conclusión. Ambos no son más que vías de escape para sustentar la falta de validez del precedente emitido por la Corte.

b) *El problema de la pluralidad de “holdings” o “rationes”*. Otro problema que puede presentarse a la hora de interpretar un precedente se da cuando en su formación han confluído varias *rationes* a efectos de formar la decisión, cuando el antecedente pierde peso específico por la existencia de votos disidentes o cuando cada uno de los magistrados de un tribunal aporta una *ratio decidendi* propia sin que ello modifique el resultado final de la cuestión. En estos casos, aunque el *holding* cuenta como antecedente a la hora de su postulación, su autoridad es menor.

Con mucho acierto Monaghan, explicando el proceso de formación de las decisiones que se verifica en la Corte norteamericana y las dificultades de que sus miembros se reúnan a tratar los casos y tomar una decisión como fruto de un proceso deliberativo, postula que las sentencias son una mezcla de responsabilidad individual –de quien redacta la decisión– y colectiva. De ello resulta la dificultad de extraer con claridad los puntos de importancia de la decisión colectiva, dada la cantidad de opiniones concurrentes¹⁵, por lo cual señala que el tribunal debería reducir el volumen escrito de sus sentencias, pero para que ello ocurra los proyectos en circulación deberían ser tomados en serio por los restantes

¹³ GARAY, Alberto F., El precedente judicial en la Corte Suprema, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2, Nº 1 y 2, Buenos Aires, 1997, p. 57.

¹⁴ CUETO RÚA, El “common law” cit., p. 108.

¹⁵ Esta práctica es común en la Corte Suprema de Justicia de la Argentina.

ministros. La práctica indica que el texto de las sentencias crece en sentido contrario a la idea anotada¹⁶.

c) *La formulación de la norma (“rule”) contenida en el precedente.* Ya hemos explicado que el *holding* o la *ratio decidendi* es el sustrato relevante del precedente y aquello que obliga y vincula a los jueces de los casos subsiguientes, en contraposición con el *obiter dictum* que, en tanto apreciaciones incidentales, no tendrá ninguna relevancia hacia el futuro.

Esto es conceptualmente claro, sin embargo resulta mucho más dificultosa la tarea interpretativa que se hace sobre cada antecedente a efectos de trazar la línea divisoria entre ambos conceptos. El juez que tiene ante sí un conflicto pendiente de resolución es quien debe interpretar los precedentes. Entonces debe preguntarse qué aspectos de los casos análogos debe alinear bajo una y otra condición a efectos de extraer una norma general.

Es innegable que la tarea de interpretar un precedente –generalización, categorización y explicitación– enfrenta un ámbito impreciso a la hora de establecer cuál es el principio que emerge del mismo. El análisis de un caso anterior es una tarea compleja que puede presentar muchas variables: i) determinar cuál es la *ratio decidendi* del caso¹⁷; ii) considerar la *ratio decidendi* a la luz de los hechos del caso; iii) analizar las consideraciones que se han hecho por los jueces en decisiones sobre aquella *ratio decidendi*; iv) la determinación de la *ratio decidendi* en casos posteriores; v) la formulación de una regla jurídica basada en los casos anteriores.

En definitiva, debemos abstraer y generalizar lo relevante y desechar lo superfluo, pero ¿cómo debemos hacerlo?, ¿cuál es la guía a seguir? Sobre el punto se han ensayado varias respuestas¹⁸:

– *Test de Wambaugh*¹⁹. Cuando un caso gira sólo sobre una cuestión, su doctrina es la proposición general sin la cual éste hubiera sido decidido de otra manera²⁰. El *holding* es la premisa mayor de un silogismo cuya premisa menor es la situación de hecho del caso y cuya conclusión es la decisión. La libertad y discreción en la selección de los fundamentos no es una actividad que se asiente solamente en premisas lógicas. Entonces, una de las bases de la teoría es cuestionada, dado que silogismo y analogía presuponen la existencia de una categoría lógica de significado unívoco a la que debe ser subsumida para arribar a una conclusión; sin embargo esto no es así porque no existen dos situaciones idénticas, sólo encontraremos mayor o menor analogía.

– *Test de Goodhart*²¹. El principio del caso puede encontrarse en los hechos tratados

¹⁶ MONAGHAN, Las sentencias de la Corte Suprema... cit.

¹⁷ Al respecto se han propuesto varias teorías, llegando algunos autores a distinguir hasta sesenta y cuatro técnicas diferentes.

¹⁸ Seguimos la reseña efectuada por ITURRALDE SESMA, El precedente... cit., p. 83 y por CUETO RÚA, El “common law” cit., p. 108.

¹⁹ WAMBAUGH, Eugene, How to use decisions and statutes, Arthur Vanderbilt (ed.), Washington Square Publishing, New York, 1945; ALLEN, Law in the Making, Clarendon Press, Oxford, 1946.

²⁰ Se ocupa de analizar el trabajo de Wambaugh, MATTEI, Ugo, Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America, Giuffrè, Milano, 1988, p. 201.

²¹ La línea de trabajo de Goodhart fue la de brindar guías para la interpretación de los precedentes en orden a la formulación de los principios que de ellos emergían GOODHART, Arthur L., Essays in Jurisprudence and the Common Law, Cambridge at the University Press, Cambridge, 1937.

por el juez como fundamentales (*material facts*) y su decisión está basada en ellos. Si el juez no ha especificado cuáles son los hechos fundamentales, debemos pensar que todos los son, salvo aquellos que haya signado como superfluos –entre otras tantas reglas que enuncia²²–. Respecto de los hechos omitidos debemos presumir su irrelevancia. No se puede ir más allá de los hechos probados en el expediente y la manifestación efectuada por el juez sobre los hechos obliga, aunque sea explícito que se ha equivocado, dado que importa el sentido en que él los ha visto. Si existen varios votos concurrentes en su resultado, pero discordantes en la calificación de los hechos relevantes, todos deben ser considerados relevantes en forma independiente.

No fue objeto de esta tesis plantear guías de aplicación mecánica que permitan la elucidación en forma invariable del principio, sino sólo contribuir con reglas metódicas de interpretación. No obstante, la propuesta ha sido objeto de críticas. Tal el caso en el cual el juez no se expide sobre la relevancia o irrelevancia de los hechos del caso; si debemos considerar todos los hechos como relevantes la norma jurídica explicitable carece de extensión lógica. Luego, nada dice respecto del problema de la categorización de los hechos relevantes bajo un principio general que los incluya, tarea que permite luego la extensión lógica de la decisión a supuestos análogos.

– *Test de Oliphant*²³. Representando una tendencia extrema –la escuela funcionalista– Oliphant se muestra contrario al creciente proceso de progresivas generalizaciones extraídas de los precedentes cuya extensión lógica es cada vez mayor. Por ello afirma que el razonamiento jurídico que figura en la decisión debe ser ignorado, dado que cada caso presenta múltiples posibilidades de generalización de diferentes grados de extensión lógica. En su reemplazo propone, afirmando que el deber del jurista es predecir la conducta de los jueces en casos futuros, que deben estudiarse las decisiones como conductas judiciales observadas. En consecuencia todos los hechos recopilados por el tribunal deben ser vistos como estímulos de la decisión, de manera tal que la decisión sea una respuesta concreta al estímulo²⁴. La propuesta tampoco responde a los problemas teóricos que afectan el proceso de generalización y explicitación de normas jurídicas generales, por una parte porque los humanos no responden igual ante estímulos idénticos y, por otro lado, porque si deben considerarse todos los hechos del caso, sean relevantes o no, tampoco se logra expresar la generalización que se pretende. La teoría es valorada en tanto crítica a las abstracciones exageradas.

Con la enunciación de las teorías no pretendemos siquiera acercarnos a la profundidad analítica y teórica que presentan cada una de las propuestas interpretativas anotadas, sino sólo explicitar las dificultades que conlleva la instrumentación del sistema de precedentes.

²² Por ejemplo, los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto son presumiblemente irrelevantes, a menos que el juez los declare en tal sentido. Ha estudiado la tesis de Goodhart, MANDELLI, Riccardo, *La determinazione e l'applicazione della "ratio decidendi" del precedente giudiziale nella "common law"*, en *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, 1980, p. 303.

²³ OLIPHANT, Hernan, *A return to stare decisis*, en *American Bar Association Journal*, Chicago, vol. 14, N° 2, 1927. Junto con Felix Cohen, Karl Llewellyn y Marx Radin pertenece al movimiento del realismo jurídico norteamericano.

²⁴ La tesis de Oliphant es que el juez resuelve los conflictos en forma intuitiva y a posteriori buscarán el sustento de la decisión. De sostenerse esta propuesta carecería de sentido mantener una doctrina que estudia los precedentes judiciales como normas para casos futuros, dado que presentada la sentencia como una respuesta a un estímulo le quitaría todo valor a las decisiones anteriores.

En la práctica, la actividad del juez en la selección de los hechos relevantes del precedente a efectos de generar el principio o regla general que habrá de aplicar al caso pendiente de resolución es compleja y, si bien se encuentra guiada por la lógica, la elección entre distintas respuestas posibles trasciende esa materia y se presenta en fundamentos axiológicos que dan lugar a la formación de la decisión; es decir, a la creación de un nuevo precedente.

Las referencias efectuadas se hacen necesarias pues no existen normas jurídicas con sentido unívoco o transparente que no tengan necesidad de interpretación. De otro modo, hipotetizando un imposible, la fundamentación meramente lógica de los decisorios haría innecesaria la utilización de operadores calificados –jueces– en la toma de decisión. Lo expuesto tampoco es un defecto de las normas en sí mismas, dado que la relatividad del contexto, del operador y del auditorio hará variable su contenido al ser interpretadas²⁵.

Puede afirmarse que el juez del *common law* tiene asignada una tarea más que el juez del *civil law*, ya que antes de resolver el caso debe inquirir en los precedentes a efectos de explicitar la norma jurídica general. Ello, en algún sentido, le brinda una mayor libertad interpretativa, pues no lo compele la estructura gramatical de la norma, como le ocurre al segundo. Sin embargo, como contrapartida, se siente con menor libertad cuando aplica o crea un *case law* que cuando interpreta una norma sancionada por el Congreso, lo cual es una paradoja²⁶.

d) *Los efectos del cambio de precedente*²⁷. En el *common law* existen dos visiones sobre el contenido de los fallos judiciales: i) son creados por los jueces, o ii) es el reconocimiento de algo preexistente. La teoría declarativa²⁸ sostiene que el Derecho es una entidad que existe independientemente y antes de la declaración judicial y que las decisiones judiciales no son más que expresiones que evidencian ese Derecho. La teoría constitutiva, por su parte, emergente de la crítica a la anterior, sostiene que el *common law* no está constituido por costumbres inmemoriales sino por las normas creadas por los jueces al decidir los casos concretos sometidos a su consideración.

No pretendemos desarrollar las motivaciones de cada una de las corrientes de pensamiento, sino a partir de ellas explicar los distintos efectos que se le imprimen a las decisiones que modifican los precedentes jurisprudenciales.

En Inglaterra, como consecuencia de la prevalencia de la teoría declarativa del precedente, los efectos de la derogación son retroactivos sobre los casos ocurridos en vigencia de la doctrina anterior y que aún no han sido decididos. En Estados Unidos, en

²⁵ “Por ello es que carece de sentido el estudiar las normas jurídicas en sus enlaces lógicos de subordinación, subsunción y coordinación, en plano abstracto, si se deja completamente de lado al juez y a las técnicas mediante las cuales se las aplica a los casos concretos. El sentido de una norma jurídica no es independiente de su interpretación, lo que equivale a decir que no es independiente del juez y del método mediante el cual se la aplica”. CUETO RÚA, El “common law” cit., p. 162.

La formulación tradicional ha sido efectuada por BLACKSTONE, William, Commentaries of the laws of England, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1765, vol. I, cit. por ITURRALDE SESMA, El precedente cit.

²⁶ CUETO RÚA, El “common law” cit., p. 165.

²⁷ ITURRALDE SESMA, El precedente cit., p. 168; FARNSWORTH, Introducción al sistema... cit., p. 84; CUETO RÚA, El “common law” cit., p. 111.

²⁸ La formulación tradicional ha sido efectuada por BLACKSTONE, William, Commentaries of the laws of England, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1765, vol. I, cit. por ITURRALDE SESMA, El precedente cit.

cambio, se han desarrollado diversas técnicas a efectos de paliar determinadas situaciones que pueden emerger de la aplicación retroactiva del nuevo *holding*.

Entonces ante el no seguimiento de un precedente se pueden verificar las siguientes posibilidades:

1) El tribunal puede aplicar el cambio en el Derecho retroactivamente, permitiendo que la nueva regla regule los hechos que han tenido lugar tanto antes como después de la decisión derogatoria²⁹;

2) el tribunal puede aplicar la modificación prospectivamente regulando de tal forma sólo las conductas que han tenido lugar después de la decisión derogatoria y no aplicándola en el caso en estudio³⁰;

3) el tribunal puede fijar una pauta prospectiva cuya operatividad entrará en vigencia a partir de un determinado plazo o hecho –publicación–;

4) el tribunal puede establecer una pauta prospectiva aunque aplicando la modificación a las partes del caso.

Cabe anotar que los efectos retroactivos, según la jurisprudencia norteamericana, no alcanzan a aquellos pleitos que ya han sido juzgados. La cuestión se planteó cuando la Suprema Corte de ese país resolvió el caso “Mapp vs. Ohio”³¹ en el cual se decidió que la prueba ilegalmente obtenida era inadmisibile en un juicio penal estatal, modificando de esta forma un precedente contrario³². A partir de la modificación se efectuaron numerosas presentaciones a efectos de lograr la revisión de condenas en las cuales resultaba aplicable el nuevo criterio. Al revisar la Corte Suprema de los Estados Unidos el alcance retroactivo

²⁹ En este punto existe controversia sobre qué tribunal es el que debe establecer esta operatividad, dado que los jueces sólo están habilitados a expedirse en “casos” y, de fijar pautas hacia otros litigios, se estaría extralimitando esa facultad. Con lo cual debería fijar la incidencia del nuevo precedente el juez que atienda el tercer caso, de acuerdo a las constancias de éste.

³⁰ En este aspecto fue señera la opinión de Benjamín N. Cardozo en “Great Northern Ry. Co. vs. Sunburst Oil & Refining Co.”, 287 U. S. 358 (1932), donde confirmó la decisión del tribunal estatal de Montana, que resolvía la cuestión conforme a la jurisprudencia vigente y anunciaba un cambio de precedente en lo sucesivo. “We have no occasion to consider whether this division in time of the effects of a decision is a sound or an unsound application of the doctrine of stare decisis as known to the common law. Sound or unsound, there is involved in it no denial of a right protected by the Federal Constitution. This is not a case where a court, in overruling an earlier decision, has given to the new ruling a retroactive bearing, and thereby has made invalid what was valid in the doing [...] This is a case where a court has refused to make its ruling retroactive, and the novel stand is taken that the Constitution of the United States is infringed by the refusal.

”We think the Federal Constitution has no voice upon the subject. A state, in defining the limits of adherence to precedent, may make a choice for itself between the principle of forward operation and that of relation backward. It may say that decisions of its highest court, though later overruled, are law nonetheless for intermediate transactions...

”On the other hand, it may hold to the ancient dogma that the law declared by its courts had a Platonic or ideal existence before the act of declaration, in which event the discredited declaration will be viewed as if it had never been, and the reconsidered declaration as law from the beginning...

”The choice for any state may be determined by the juristic philosophy of the judges of her courts, their conceptions of law, its origin and nature. We review not the wisdom of their philosophies, but the legality of their acts. The State of Montana has told us by the voice of her highest court that, with these alternative methods open to her, her preference is for the first. In making this choice, she is declaring common law for those within her borders. The common law as administered by her judges ascribes to the decisions of her highest court a power to bind and loose that is unextinguished, for intermediate transactions, by a decision overruling them. As applied to such transactions, we may say of the earlier decision that it has not been overruled at all. It has been translated into a judgment of affirmance and recognized as law anew.

”Accompanying the recognition is a prophecy, which may or may not be realized in conduct, that transactions arising in the future will be governed by a different rule. If this is the common law doctrine of adherence to precedent as understood and enforced by the courts of Montana, we are not at liberty, for anything contained in the Constitution of the United States, to thrust upon those courts a different conception either of the binding force of precedent or of the meaning of the judicial process”.

³¹ “Mapp vs. Ohio”, 367 U. S. 643 (1961).

³² “Wolf vs. Colorado”, 338 U. S. 25 (1949).

de la nueva doctrina en “Linkletter vs. Walker”³³, denegó los pedidos. El sustento de la decisión fue que lo que se buscaba con la modificación era desalentar la acción ilegal de la policía, proteger la privacidad del hogar de las víctimas y que los órganos federales y estatales tengan los mismos estándares jurídicos. Por otra parte, se expresó que revisar los casos sería quitar la confianza que los órganos del Estado pusieron en el anterior precedente, imponiendo consecuentemente a la administración una dura carga de la prueba de difícil cumplimiento.

La aplicación prospectiva es determinante en los casos penales en los que se ilegalizan conductas que antes no constituían delitos, en aquellos casos civiles en que los contratantes adquieren derechos confiando en un estándar determinado que luego es derogado, o en las conductas que constituyen responsabilidad civil.

El precedente en el derecho argentino.

La cuestión en el derecho argentino no es sencilla³⁴. En principio porque el punto de partida es bastante débil debido a la tradición jurídica bicéfala de la que abreva el ordenamiento³⁵ que, imbuida en parte del derecho continental y en parte del *common law*, no ha profundizado las técnicas de utilización de los precedentes y su tratamiento.

a) *Instauración legal de la obligatoriedad*. Históricamente existieron regulaciones mediante las cuales se fijó legalmente la vigencia de un *stare decisis criollo* en nuestro país, que luego fueron dejadas sin efecto. Un primer supuesto fue el art. 95 de la Constitución de 1949: “La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”. Otro, más reciente, en materia previsional, fue el art. 19 de la ley 24.263: “Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas”, también dejado sin efecto primero por la jurisprudencia de la Corte Suprema y luego por la ley 26.025.

En esta línea de obligatoriedad legal debe mencionarse que hasta hace pocos meses regían los fallos plenarios, que fueron derogados con la creación de las Cámaras de Casación mediante ley 26.853, motivo por el cual han perdido obligatoriedad en su aplicación. El instituto había nacido en 1910 con la sanción de la ley 7.055 para resolver controversias entre los precedentes de las dos Cámaras civiles existentes en ese entonces³⁶.

³³ “Linkletter vs. Walker”, 381 U. S. 618 (1965).

³⁴ OTEIZA, EDUARDO D., La jurisprudencia en Argentina. Estudio de algunos problemas con respecto a su consistencia, en Acceso al derecho procesal civil, Morello, Augusto M. (dir.), Buenos Aires, Librería Editora Platense – Lajouane, 2007, p. 507/539.

³⁵ Ha recibido la impronta norteamericana en la Constitución, la francesa en el derecho administrativo, el procedimiento español, el derecho comercial italiano e influencias alemanas en derecho penal.

³⁶ El art. 6 de la norma establecía, “En caso de producirse contienda de competencia entre las dos cámaras, el presidente de la primera que hubiese conocido, las reunirá en tribunal y decidirá por mayoría de votos. Si hubiese empate se dará intervención a un miembro de las otras cámaras, elegido a la suerte. Igual procedimiento se observará en los casos en que al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva, cualquiera de las dos cámaras entendiera que en cuanto al punto en debate, es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable”. En ese tiempo no se preveía la obligatoriedad de la

Las leyes 11.924 y 12.327 regularon las reuniones plenarias de la Cámara de Paz Letrada y de la Criminal y Correccional de la Capital Federal. En tanto que la ley 12.330 autorizó la convocatoria al dividirse en salas las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y en lo Comercial, a petición de los miembros de una de las cámaras. Recién en 1943, mediante el decreto-ley 4.555, se estableció la obligatoriedad de los fallos para los jueces inferiores. En el fuero laboral se incorporaron mediante el decreto-ley 32.347 de 1944, ratificado por el art. 17 de la ley 12.948.

Estando en vigencia la Constitución de 1949, citada al comienzo de este acápite, se unificaron los fueros de la Capital Federal, se eliminó la distinción entre los jueces nacionales y los jueces federales y se dictó la ley 13.998 que legisló sobre los fallos plenarios estableciendo la obligatoriedad de su doctrina a excepción de las cuestiones en las que ya hubiera una interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Máximo Tribunal dictó una acordada el 17 de diciembre de 1952 indicando que era un deber para cada una de las salas de las cámaras informarse sobre la jurisprudencia de las otras salas del tribunal sobre el punto en cuestión y, en caso de no haber coincidencia de criterios, convocar a la reunión plenaria. La acordada transformó a los plenarios en obligatorios.

El decreto ley 1285/58 perfiló los plenarios en forma similar a la que sería receptada por el Código Procesal de la Nación en 1968³⁷ y la reforma de la ley 22.434 hizo algunas modificaciones intentando lograr mayor celeridad en los trámites. Esta evolución parece haber llegado a su fin con la ley 26.853.

Muchos análisis pueden hacer sobre la reciente reforma del Poder Judicial. La modificación es necesaria pero debe ser discutida y pensada en clave sistémica, ya que serán mecanismos que regirán la vida de los ciudadanos por muchos años. La profundización de la verticalidad en las instancias recursivas y de los mecanismos escriturarios que se registran con la creación de las tres nuevas cámaras supondrá la prolongación innecesaria de los pleitos y va en un sentido contrario al que, en nuestro criterio, debería avanzarse. Los cambios, pensamos, deben hacerse desde la base acercando a los jueces a las problemáticas cotidianas de la gente; debe pasarse de la escritura a la oralidad en una mayor cantidad de actos del proceso. En lo que ocupa a este comentario, y retomando el análisis de la nueva ley, lo preocupante es que no se siga un pensamiento articulado con los institutos y el funcionamiento vigentes, cuyo norte esté puesto en la eficacia del sistema.

En efecto, no obstante que históricamente el motivo central de la función casatoria fue la uniformidad jurisprudencial³⁸, la ley citada ha omitido fijar la obligatoriedad respecto

doctrina fijada, ni la facultad de las partes de pedir la convocatoria como ocurriría con la evolución del instituto.

³⁷ El art. 155 de la ley 18.345 determinó la aplicación del art. 303 del Cód. Procesal de la Nación, en su anterior redacción, al fuero laboral.

³⁸ La casación nació como un mecanismo para neutralizar a los jueces pre-revolucionarios que se negaban a aplicar los cambios en la legislación resultantes de la Revolución Francesa, dado que representaban a la aristocracia, defendían el *ancien régime* y no tenían compromiso alguno con los valores que enarbolaba el nuevo orden. La idea central era que los jueces no debían interpretar la ley, sino sólo aplicarla a los casos, con lo cual las leyes debían proveer todas las soluciones posibles. Los jueces no podían crear nuevos derechos, ya que esa actividad quedaba reservada al Poder Legislativo, sólo reafirmaban lo dicho por el Parlamento como la *'bouche de la loi'*. La Corte de Casación francesa, instituida en 1790 como un órgano de control de constitucionalidad no judicial situado junto al Poder Legislativo para controlar a los jueces, tenía como finalidad interceptar todas las interpretaciones incorrectas efectuadas por esos magistrados que respondían a

de los futuros pronunciamientos de los nuevos órganos³⁹. No obstante, es esperable que dicha jurisprudencia resulte obligatoria ya que el inc. 3° del art. 289 del CPCCN –en su nueva redacción- establece que el recurso de casación se podrá fundar en “Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiese llegado a pronunciamientos diferentes.”

b) *La función nomofiláctica de la Corte.* A la par de lo referido en materia de textos legales específicos, también puede señalarse la existencia de otros preceptos que pueden llevar a concluir que existe un deber de seguimiento condicionado de los fallos de la Corte.

En la mirada vertical del *stare decisis*, más vinculada a este análisis, debe distinguirse la materia federal o aquellas asimilables –federales atípicas- de las cuestiones locales. Esa diferenciación sitúa, conforme a una anhelada interpretación orgánica, al primer grupo de cuestiones en un plano de sujeción condicionada legal y al segundo en uno de sujeción condicionada persuasiva⁴⁰.

Entre los fundamentos legales que dan cuerpo a esos asertos encontramos la coordinación de las autonomías provinciales con las cuestiones delegadas al Estado federal (art. 5° de la C.N.) y la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), en conexión con la competencia fijada a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como cabeza de unos de los poderes federales en la ley 48 en las diversas variables de acceso al Máximo Tribunal⁴¹.

Como fundamentos extranormativos debemos mencionar, por una parte, la existencia de una línea jurisprudencial de la Corte que predica la existencia de un deber de seguimiento condicionado⁴²; a lo que puede agregarse la importancia de la credibilidad de

intereses pre-revolucionarios y desatendían el nuevo derecho. Si bien en un comienzo desarrolló una función nulificadora de los pronunciamientos (*iudicium rescindens*), es decir, indicaba cuáles eran las interpretaciones que no debían ser efectuadas, con el tiempo se vislumbró la utilidad de afirmar la interpretación válida del derecho. A partir de 1837, cuando se supera el instituto del *référé* legislativo, el tribunal adquiere mayor independencia y autoridad en sus funciones y pasa a fijar la interpretación de la doctrina legal, la unidad y uniformidad interpretativa del derecho, imponiendo sus decisiones a los órganos inferiores. CALAMANDREI, PIERO, La casación civil, t II, El Foro. Buenos Aires, 1997.

³⁹ Otra omisión relevante ha sido la publicidad de los fallos. En efecto, la ley que crea las cámaras de casación no lo prevé y la ley 26.856 sobre “Obligatoriedad de la Publicidad en Internet de las Resoluciones Judiciales” ha incurrido en un olvido en su art. 1° al no mencionar las noveles cámaras casatorias: “A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales de segunda instancia que integran el Poder Judicial de la Nación deberán publicar íntegramente todas las acordadas y resoluciones que dicten, el mismo día de su dictado. Las sentencias deberán ser publicadas una vez notificadas a todas las partes.”

⁴⁰ HITTERS explica que “...al no haberse instituido normativamente la casación nacional, y toda vez que el más Alto Órgano de Justicia de la Nación se ha abstenido de manejar el recurso extraordinario para unificar la interpretación jurisprudencial contradictoria de las leyes nacionales de carácter común, o de derecho local, respecto de situaciones de hecho similares, no resulta pertinente extender la autoridad absoluta de sus fallos a otros temas que no sean constitucionales o federales.” HITTERS, JUAN CARLOS, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, La Plata, Ed. Platense, 1984, p. 235.

⁴¹ IBARLUCÍA, EMILIO A., Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED, Constitucional, 2006, 215; BIANCHI, ALBERTO B., De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*), EDCO, 00/01-335.

⁴² C.S.J.N., 9/4/1870, “Videla, Magdalena c/ García Aguilera, Vicente”, Fallos 9:53; C.S.J.N., 23/6/1883, “Pastorino, Bernardo capitán de la barca “Nuovo Principio” c/ Ronillon Marini y Cía.”, Fallos 25:364; C.S.J.N., 1948, “Santín, Jacinto s/ Impuestos Internos” Fallos 212:51; C.S.J.N., 1948, “Pereyra Iraola, Sara c/ Provincia de Córdoba”, Fallos 212:160; C.S.J.N., 6/10/1948, “García Rams, Horacio, y Herrera, Carlos”, Fallos 212: 251; C.S.J.N., 17/11/81, “Balbuena, César A.”, LL 1982-B, 150; C.S.J.N., 4/7/85, “Incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo”, Fallos 307:1094. La doctrina se repite en C.S.J.N., 25/8/88, “Rolón Zapata, Victor Francisco s/ queja”, Fallos 311:1644; id., 2/3/93, “Losa, Miguel c/ Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires”, Fallos 316:221; C.S.J.N., 7/10/82, “Lopardo, Rubén A. c. Municipalidad de la Capital”, Fallos 304:1459. Bianchi, Alberto B., Control de Constitucionalidad, tomo 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 353; SAGÜÉS, NÉSTOR P., El valor del precedente de la jurisprudencia de la

los justiciables en el sistema jurisdiccional a partir del correcto manejo de la argumentación para mantener o modificar los precedentes⁴³.

Todo ello conduce a afirmar que en el sistema existe un deber condicionado de los tribunales de seguir los precedentes, en tanto no se verifiquen condiciones contextuales nuevas que indiquen que es tiempo de reconsiderarlos. Precaviendo que difícilmente puedan agotarse en un fallo todos los argumentos que podrían esgrimirse y que el conocimiento, jurídico y extrajurídico, se encuentra en permanente cambio, dicho condicionamiento debe ser calificado como atenuado⁴⁴.

La explicación brindada, si bien luce consistente y transmite en forma sintética el parecer de la doctrina que ha estudiado seriamente el tema, no llega a ejercer de cláusula de cierre del sistema, especialmente en materia de control de constitucionalidad. En primer lugar, dado que es un principio aún más atenuado que en los países del *common law* y carece de una fuerte tradición que lo respalde. Y, además, porque la percepción de los tribunales inferiores sobre este punto, elemento primordial a la hora de ponderar su eficacia, no tiene una suficiente constricción⁴⁵.

c) *El precedente y la igualdad*. En la construcción de la solución del caso y en la interpretación del Derecho aplicable, está en juego el derecho a la igualdad del artículo 16 de la Constitución Nacional. Como dijimos, ninguna norma es *per se* operativa sin el ejercicio intelectual de los operadores, en el que incluimos lógicamente la interpretación jurisprudencial efectuada por los jueces. Por ello no puede válidamente concluirse que exista una norma preclara, que no sea susceptible de ser interpretada, a través de la que se pueda subsumir una conducta y extraer un resultado, sin más que un ejercicio mecánico. En realidad, como queda comprobado al analizar los sistemas del *common law*, en todo ese proceso incidirá en forma determinante el raciocinio del operador, desde la selección de los hechos relevantes y su comprobación, la elección de la norma del ordenamiento que debe aplicarse al caso, los alcances y efectos del precepto, el baremo interpretativo con que el mismo debe ser considerado, etcétera.

Entonces, si se modifica la consideración hermenéutica de la interacción de la norma en el ordenamiento jurídico o de su incidencia respecto de conductas predeterminadas, se estará modificando la pauta legal en sí misma, puesto que no hay norma escindida de su interpretación. Luego, si dos situaciones sustancialmente análogas

Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina, en la obra colectiva *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, MASCIOTRA, MARIO (dir.), Buenos Aires, Lajouane, 2008, p. 343

⁴³ GARAY, ALBERTO F., La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes. (Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso "Montalvo"), JA, 1991-II-870.

⁴⁴ GARAY, ALBERTO F. Y TORANZO, ALEJO, Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, JA 2005-IV-1085

⁴⁵ RIVERA, JULIO C. (H) Y LEGARRE, SANTIAGO, La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores, JA 2006-IV, 1333. S.C.B.A., 29/09/1992, "Olivera, Enrique", LL, 1993-A, 397. El fallo fue comentado por Morello, Augusto M., Suprema Corte de Buenos Aires versus Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acerca de la obligatoriedad general de la jurisprudencia del Tribunal Federal), ED 153.919. CNCrim. y Corr. Fed., Sala I, 23/4/08, "V., D. J. Y otro", LL Online. La jurisprudencia se repite en íd., 4/12/08, "Ferreyra, Franco M. y otro", LL Online. Sup.Cor.Men., Sala I, 28/8/07, "Rutimann, Giselle c/ Carbelli, Valerio y otros", LL online; la doctrina de la Sala es reiterada, por ejemplo, 25/6/07, "Pacheco Devia, Teresa C/ Fernández, Walter A. y otro", LLGran Cuyo 2007 (julio) y en lo referente a la existencia de un *stare decisis* vertical en 8/8/07, "De Pellegrín, Danilo en: Municipalidad de la Capital c/ Danilo De Pellegrín", LLGran Cuyo 2007 (noviembre), 1025.

son juzgadas en base a interpretaciones variables sin que exista un cambio sustancial de las premisas contextuales del caso, nos encontraremos ante un supuesto de vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.

Sobre esto reflexionaba Bidart Campos: “Muy lejos de objetar a la jurisprudencia obligatoria por una supuesta equivalencia con la ley, que violaría el principio divisorio o de reparto del poder, nosotros aseveramos con plena certeza que ocurre todo lo contrario: la jurisprudencia que resulta de aplicación obligatoria y general asegura que la igualdad ante la jurisdicción queda resguardada: la ley –o la norma sublegal– será aplicada por los tribunales conforme a la interpretación que le ha asignado la sentencia de efecto obligatorio *erga omnes*, de forma que queda asegurada la misma e igual interpretación en cuantos casos futuros deben subsumirse en la ley o en la norma que fue objeto de interpretación por la sentencia que impone seguimiento obligatorio. No hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes haciendo de esa ley interpretaciones desiguales [...] Todo cuanto en la interpretación del Derecho aplicable conduzca razonablemente a que en los procesos judiciales sobre casos análogos las sentencias los resuelvan acogiendo una igual interpretación del Derecho aplicable, tiene para nosotros el valor de un test aprobatorio de la constitucionalidad. A la inversa, es inconstitucional interpretar y aplicar la misma ley a casos semejantes de manera diferente. Seguramente porque, acudiendo a García Pelayo, podamos coincidir en que la ley no es únicamente el texto normativo tal como salió del Congreso, sino ese texto normativo ‘más’ la interpretación judicial que de él se ha hecho y se hace en su tránsito por los tribunales”⁴⁶.

Pues bien, poco más debe agregarse para señalar que el correcto manejo de los precedentes, exista o no tradición o legalidad al respecto, es condición de constitucionalidad de los pronunciamientos judiciales. Este aspecto demuestra la importancia que reviste el uso de los precedentes y diluye las diferencias actuales entre los sistemas de *common* y *civil law*, que muchas veces son presentados como falsos antagonistas⁴⁷.

d) *¿Deberíamos trabajar para que el sistema se enrole en una función nomofiláctica?* A la luz de las consideraciones anotadas, asumiendo la debilidad actual en materia de seguimiento de los precedentes y la poca claridad –tanto teórica como práctica– en su correcto manejo, estimamos impostergable la necesidad de formular un sistema que se ocupe de esta temática.

Si estamos dispuestos a privilegiar valores tales como la previsibilidad, la seguridad, la estabilidad, la igualdad, la uniformidad en el trato, etcétera, resultará difícil sostener que los tribunales son libres, tal como si fueran fundadores de cada tema, de dar en cada caso una respuesta sin explicar por qué antes han dado otra en sentido distinto. Los jueces forman parte del sistema y sus decisiones deben adecuarse a una diversa gama de

⁴⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., La jurisprudencia obligatoria, en L. L. 2001-F-1492; L. L. P. 2001-1289. También pueden verse sus opiniones en Un caso en que la Corte ha admitido violación de la igualdad por irrazonable dualidad de criterios en la aplicación judicial de una misma norma, en E. D. 88-530, y Relaciones entre la jurisprudencia vinculatoria con la división de poderes y la igualdad jurídica, en L. L. 98-750.

⁴⁷ MARINONI, LUIZ GUILHERME, Precedentes obrigatórios, 2 edición, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2011, p. 99.

condicionantes normativos; los precedentes pueden incluirse dentro de esos preceptos a respetar. Es más, si estamos convencidos en asumir los valores mencionados, la vigencia de un sistema de precedentes resultará –como lo reafirmamos- una condición de constitucionalidad de los pronunciamientos.

Sobre esas motivaciones se inspira al *common law* para adoptar la doctrina del *stare decisis et non quieta movere* basado en la confianza que provee el seguimiento de decisiones que ya fueron tomadas con anterioridad como una expresión de la tradición y la costumbre. Nuestro ordenamiento, descendiente en este aspecto de la tradición jurídica continental o del *civil law*, tiene como fuente principal y obligatoria de derecho a la ley, donde el precedente –en teoría- no participa de la creación normativa para los casos futuros.

Sin embargo, en tren de comparar ambas tradiciones, Garay concluye que “Ninguno de los valores o principios que el *stare decisis* promueve nos son ajenos. Más bien, muchos de ellos nos son comunes. El Poder Judicial independiente e imparcial [...]; la racionalidad de las decisiones [...]; la aspiración a la perdurabilidad que la Constitución posee [...]; el principio de que el ordenamiento jurídico pone límites al juzgador [...]; son valores o principios extremadamente familiares”⁴⁸.

Es muy común, casi una regla, que los productos jurisprudenciales de los tribunales de las distintas instancias y fueros presenten una argumentación asentada en normas y en la interpretación que de las mismas han hecho otros jueces o doctrinarios⁴⁹. Es lógico que esto sea así, aun cuando no exista, como en el *common law*, un principio general o regla formal de seguimiento del precedente, puesto que la credibilidad y la confianza en el tribunal serán mayores cuanto más fiable y transparente aparezca éste en la toma de sus decisiones. Ser portador de un discurso que dé cuenta de las propias expresiones vertidas en antecedentes análogos, sea para seguir las o para cambiarlas, es una señal de continuidad en el orador y de la construcción de determinados criterios que, si bien resuelven casos concretos, también los trascienden formando doctrinas jurisprudenciales. Todo ello, y otras circunstancias que puedan sumarse, conferirá confiabilidad en quien emite el mensaje; por el contrario, la falta de ilación entre los fallos, la discordancia en las respuestas ante situaciones análogas o una jurisprudencia camaleónica que no dé cuenta de sus cambios, socavaría la propia autoridad de quien se expresa. Este último aserto, la autoridad científica y jerárquica de las decisiones, hace a su vez que las mismas se irradian al resto de los tribunales inferiores⁵⁰.

El sistema judicial, visto como una prestación del Estado a los ciudadanos, como cualquier otro sistema, será más utilizado conforme a la utilidad que brinde y a la seguridad

⁴⁸ GARAY, Alberto F., La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso “Montalvo”), en J. A. 1991-II-870.

⁴⁹ En los países del *civil law*, excepto Francia que sigue la doctrina de que las leyes no deben ser interpretadas y que se expresan por ellas mismas, se cree que es insuficiente el contenido de las leyes para fundamentar las sentencias y se adopta una justificación mayor en la argumentación para fundar las decisiones. Entre dichas pautas se sitúan los antecedentes jurisprudenciales. SUMMERS y TARUFFO, *Interpretation and comparative analysis* cit., p. 488.

⁵⁰ Summers y Taruffo, al referirse al efecto vinculante de los precedentes en el *common law*, mediante el *stare decisis*, o en el *civil law*, donde sólo existe un valor persuasivo de los fallos de los superiores tribunales, anotan que aun la fuerza persuasiva de este último es comúnmente muy fuerte y que, en sustancia, no existen diferencias entre ambos sistemas no obstante sus fundamentos teóricos. También señalan que los fallos de los superiores tribunales tienen mucho peso sobre los tribunales inferiores y sobre las propias decisiones ulteriores de dichos órganos cimeros (SUMMERS y TARUFFO, *Interpretation and comparative analysis* cit., p. 487).

que genere en sus usuarios. En Argentina, aunque no se haga un culto del seguimiento del precedente, no debe desatenderse su estudio puesto que, aunque legalmente se perfeccione el funcionamiento de los esquemas de tratamiento de los pleitos y se dinamice su utilización, si los tribunales no otorgan estabilidad, uniformidad e igualdad en sus pronunciamientos ello hará perder credibilidad en los resultados.

Hacerlo no violenta la división de poderes puesto que el Poder Legislativo en todo momento podrá emitir normas que sigan o controviertan materias abordadas por los precedentes y el Poder Judicial interpretarlas o someterlas al correspondiente test de constitucionalidad⁵¹.

Entonces, como principio sustentado en la lógica y en lo que genéricamente llamaremos confiabilidad en los tribunales, resulta necesario trabajar sobre los precedentes relevantes –aun cuando todos sean sindicados como persuasivos– y explicitar los motivos que hacen controvertirlos. Dicho principio, en nuestro criterio, es más riguroso respecto de los antecedentes del propio tribunal y sus futuros pronunciamientos, en los que el cambio deberá ser adecuadamente explicado. Finalmente, para que la oscilación aparezca como razonable, deben ser motivos sustanciales los que habiliten la postulación de una nueva jurisprudencia.

Repasando lo que sucede en las tradiciones jurídicas que han desarrollado los precedentes como fuente principal de su derecho, se advertirá que las distancias en el tratamiento son abismales. Es por ello que el sistema debería formalizarse, a efectos de dar claridad y homogeneidad en el tratamiento, por mecanismos legales que fijen el seguimiento en casos específicos.

e) *¿Seguridad jurídica o envejecimiento del derecho?* La otra frontera de la confianza se sitúa en la permeabilidad del sistema para receptar la dinámica social y sus cambios, ya que poca fiabilidad generará en el auditorio una secuencia de decisiones obsoletas sólo aferradas a la autoridad de un precedente.

La confiabilidad en el sistema *lato sensu* está dada por poder pasar de un resultado confiable a otro de igual condición. Entonces es tan aceptable seguir el precedente como abandonarlo, cuando las circunstancias contextuales del mismo hayan cambiado en forma sustancial. El servicio de justicia se debilita, como autoridad encargada de dirimir los conflictos, cuando la evolución de sus decisiones presenta cambios de rumbo sin razones de peso que los motiven.

Petracchi, en su disidencia en el caso “Montalvo”⁵², con el que la mayoría abandonó lo dicho en “Bazterrica”, expresó con gran claridad algunos supuestos en los que se encuentran configuradas circunstancias suficientemente graves que justifican abandonar el precedente: i) que el desarrollo jurisprudencial haya demostrado que el precedente era

⁵¹ Berizonce, Roberto O., Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial, en Berizonce, Roberto O., Hitters, Juan C. y Oteiza, Eduardo D. (coords), El papel de los tribunales superiores, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2008, vol. 1, p. 451.

⁵² CSJN, 11/12/1990, “Montalvo, Ernesto A.”, Fallos 313:1333.

erróneo; ii) que la enseñanza basada en la experiencia así lo indique, o iii) por las cambiantes circunstancias históricas⁵³.

Efectivamente, todas ellas justifican el apartamiento, como también lo justificará un avance en la ciencia –jurídica o extrajurídica– que nos haga evolucionar hacia otra conceptualización de las cosas y por tanto, guiados por nuevos pensamientos, a resultados diversos⁵⁴. El correlato de la sociedad, dado que está conformada por seres vivientes, es la constante evolución o cambio –lo que no necesariamente implica un avance– y el Derecho debe receptor y conducir esos cambios en reglas de convivencia.

El concepto de variación sustancial de las circunstancias contextuales del antecedente, sin pretender generar ningún tipo de categoría jurídica nueva, abrevia de la receptividad de toda esa evolución; porque, en definitiva, lo que debe existir es un sustento argumental que intente justificar el cambio. La modificación del contexto debe ser sustancial, dado que se trata de una cuestión trascendente en la consideración de determinada conducta o de un aspecto de ésta. Debe ser un argumento novedoso, es decir, una circunstancia no considerada al resolver el caso anterior.

f) *Abandono del precedente por el cambio de los integrantes del tribunal.* Otro punto de tensión entre el seguimiento del precedente y su modificación puede surgir cuando cambia la conformación del tribunal, sea por la renovación de las personas o por el aumento o disminución en el número de miembros. Esto es así ya que los nuevos integrantes pueden tener opiniones encontradas con determinada doctrina jurisprudencial ya emitida por el tribunal que vienen a conformar.

El punto en este supuesto debería focalizarse en la argumentación que se haga del caso y no en la mera modificación de los integrantes. Es decir, si de la fundamentación que los nuevos integrantes hacen del nuevo caso emerge el aporte de circunstancias no valoradas en el precedente, sea por omisión o por una evolución de la ciencia, estableciendo que ello trasciende valoraciones estrictamente personales. En ese contexto deberíamos concluir que el cambio en la jurisprudencia se encuentra justificado por el cambio de las premisas contextuales.

⁵³ Ese principio fue seguido en otros antecedentes: “Si bien la permanencia de la jurisprudencia es deseable, con fundamento en la preservación de la seguridad jurídica, no debe obstar su revisión cuando medien razones de justicia suficientes al efecto” (CSJN, 24-10-60, “García de Thorndike, María Helena”, *Fallos*: 248:115), y mucho más recientemente: “...es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos [...] Mas con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia, de la reflexión. Por cierto, para que ello suceda [...] tienen que existir ‘causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio’ o es necesario que ‘medien razones de justicia al efecto’, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido...” (CSJN, 21-3-2006, “Barreto, Alberto Damián c/Buenos Aires, Provincia de y otros/Daños y perjuicios”, *Fallos*: 329:759).

⁵⁴ Al analizar la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los precedentes de la Corte Suprema de la Nación, veremos cómo Petracchi cita jurisprudencia de aquel tribunal para justificar el cambio de precedente. Lo hace en “Simón, Julio Héctor y otros”, 14-6-2005, *Fallos*: 328:2056 para declarar la inconstitucionalidad de la ley de obediencia debida, que había sido admitida en el precedente del 22-6-87, “Camps, Ramón Juan Alberto y otros”, *Fallos*: 310:1162.

De otro modo, si no existiera dicha justificación, la salida del precedente no resultaría beneficiosa, ni jurídicamente aceptable. Afirmamos esto por cuanto la libertad de pensamiento y expresión del nuevo magistrado colisiona con el derecho de los justiciables a recibir un trato igualitario. Entonces, si no han variado sustancialmente las circunstancias contextuales en las que el caso es decidido, creemos que debe prevalecer, en un ejercicio de examen ponderativo de los principios que sustentan cada uno de los derechos en juego, el derecho a la igualdad por sobre el derecho del juez de fallar conforme su parecer. Esto porque la opinión del juez, si bien es libre en sus convicciones, no es ajena al sistema judicial en donde se desenvuelve, y los precedentes del tribunal –aun cuando no sean obligatorios– son parte de ese ordenamiento a la hora de ponderar la igualdad entre las personas a las que se les aplican.

La expresión ponderativa de la colisión anotada, de la cual emerge un principio prevaleciente, puede ser desarrollada por el magistrado, dando cuenta así de su pensamiento, pero no puede imponerse sobre las expectativas sociales generadas por el precedente de que una conducta desplegada en una situación determinada tenga una consecuencia legal preestablecida⁵⁵.

Como señala Garay, “El único método disponible para mitigar la tensión que se produce respecto de la imagen institucional impersonal de la Corte cuando abandona un precedente, es el uso técnico y experto de la técnica judicial. Existe un ‘arte del abandono’ que consiste en el uso de técnicas que tienden a preservar, como característica general, las cualidades impersonales del proceso judicial, poniendo énfasis en otros factores, distintos de las vicisitudes de los cambios de personal”⁵⁶.

g) *Cantidad vs. Coherencia*. El rol desplegado por la Corte Suprema asumiendo el conocimiento casi ilimitado de causas y, consecuentemente, emitiendo una jurisprudencia profusa sin seleccionar los casos que tienen mérito para acceder a su sede, debilita, por su inmensa cantidad, el valor de cada precedente. Ello a su vez se verá replicado en los tribunales inferiores, donde cada uno de los argumentos en disputa encontrará una buena cantidad de jurisprudencia que lo sustente. La creación de las nuevas Cámaras Federales de Casación (Conencioso Administrativo, Trabajo y Seguridad Social y Civil y Comercial) y la pluralidad de motivos recursivos por los que podrá accederse a su sede “Recurso de Casación”, “Recurso de Inconstitucionalidad” y “Recurso de Revisión”⁵⁷, dificultarán

⁵⁵ Hitters considera que la modificación de la integración del tribunal, en una mirada vertical de la obligatoriedad del precedente, autoriza a apartarse del mismo (SCJBA, 22-10-2003, “Amszynovsky, Yolanda J. y otros c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, L. L. B. A. 2004-391).

⁵⁶ GARAY, La Corte Suprema debe sentirse... cit.

⁵⁷ Citamos cada uno de los artículos del CPCCN recientemente modificados:

Artículo 289: El recurso de casación se podrá fundar en alguna de estas causales:

1. Inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva.
2. Inobservancia de las formas procesales esenciales.
3. Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes.
4. Arbitrariedad.

Artículo 295: El recurso de inconstitucionalidad podrá interponerse contra las sentencias y resoluciones a las que hace referencia el artículo 288 en los siguientes casos:

1. Cuando se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una ley o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución Nacional, y la sentencia, o la resolución que se le equipare, fuere contrario a las pretensiones del recurrente.

cualquier pretensión de coherencia por la cantidad de fallos que deberá dictar. Análisis al que debería sumarse la posibilidad de que existan opiniones divergentes entre las tres cámaras creadas.

En definitiva, el modo estructural de trabajo y el rol de cualquier superior tribunal, no sólo el argentino, incidirá en la valoración y en la fuerza del precedente⁵⁸.

h) *¿Acuerdo deliberativo o acumulación de votos escritos?* La disputa entre la cantidad y la coherencia también se vivifica en la pluralidad de votos concurrentes de los integrantes del tribunal. De allí que Monaghan haya señalado que los jueces deben tomarse con seriedad su fallos y trabajar en la búsqueda de consensos en el texto final, intentando por todos los medios evitar la diversificación de “las razones”. Los tribunales deben dar prioridad al proceso deliberativo interno antes que hacer circular versiones escritas de los votos cuyo resultado son sentencias extensas cuyas pautas rectoras no pueden ser decodificadas⁵⁹.

La causa “Arriola”⁶⁰ es un claro ejemplo de ello en materia de tenencia de estupefacientes para uso personal. Allí se hizo prevalecer nuevamente la esfera de la libertad personal sobre la actividad punitiva del Estado siguiendo la tesis que había sido fijada en “Bazterrica”. La estructura argumentativa, focalizándonos en su valor como precedente, debe ser analizada en cada uno de los seis votos concurrentes de los ministros, quienes no conformaron una mayoría común. Si bien, en general, puede afirmarse que se ha hecho uso de una plausible técnica del abandono, que en este caso no presentaba demasiadas dificultades dada la debilidad de los fundamentos de “Montalvo”, también debe tenerse presente que la pluralidad de voces en el fallo atenta contra la formación de un estándar aplicable a casos futuros. Si bien resulta clara la regla sentada, la invalidación de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a terceros, no lo es tanto el tipo penal subsistente; es decir, en qué ocasiones, bajo qué circunstancias, qué tipo de drogas, cuándo hay autonomía o acto privado y si la tenencia ostensible debe ser punida, etcétera⁶¹. Serán los jueces de los futuros casos, incluso la propia Corte, quienes recortarán la silueta del precedente.

2. Cuando en el proceso se haya puesto en cuestión la interpretación de alguna cláusula de la Constitución Nacional y la decisión haya sido contraria a la validez del título, derecho, garantía o exención que sea materia del caso y que se funde en esa cláusula.

Artículo 297: El recurso de revisión procederá contra las sentencias y resoluciones a las que hace referencia el artículo 288, cuando las mismas hubiesen quedado firmes, si la sentencia hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta cuya existencia se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable.

⁵⁸ SUMMERS y TARUFFO, *Interpretation and comparative analysis* cit., p. 90. Taruffo, al explicar el modo de trabajar de la Corte de Casación italiana que produce anualmente un enorme número de fallos, indica que sobre la misma cuestión o sobre la misma norma se presenta un aluvión descontrolado de decisiones que favorecen la ulterior degeneración del sistema, la aparición de incoherencias, contradicciones y cambios de dirección en el ámbito de la misma Corte de Casación. Ejemplifica la cuestión diciendo que la House of Lords pronuncia un promedio menor a las 100 sentencias al año, la Corte Norteamericana pronuncia menos de 200 y la Corte de Casación italiana cerca de 50.000 sentencias al año. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza* cit., p. 714.

⁵⁹ MONAGHAN, Las sentencias de la Corte Suprema... cit.

⁶⁰ CSJN, 25-8-2009, “Arriola, Sebastián y otros s/Causa N° 9080”, *Fallos*: 332:1963. El voto de Argibay posee singular interés al hacer un análisis del precedente “Montalvo” e intentar extraer un estándar aplicable a casos futuros. Dada la falta de precisión del fallo citado asume que ello no será posible.

⁶¹ GELLI, María Angélica, La tenencia de estupefacientes para consumo personal: entre el standard

Cierre.

Es inviable sostener la obligatoriedad de los fallos de la CIDH y prescindir de igual consideración respecto de los pronunciamientos de la CSJN. El razonamiento se torna aún más opaco si se suma la vinculatoriedad de los fallos de las Cámaras de Casación, cuando ello sea instaurado, poniendo esa operatividad en una instancia inferior a la del Máximo Tribunal.

Los mecanismos dirigidos a generar uniformidad en la jurisprudencia deben ser considerados como un subsistema integrante de los procesos provistos por el Estado para resolver controversias. Su uso acarrea consecuencias de diversa índole: valiosas en tanto aseguran previsibilidad, estabilidad, igualdad ante la ley y economía en los recursos del sistema judicial; perjudiciales en tanto pueden llegar a dificultar que el proceso recepte y plasme la lógica evolución que emana de las relaciones sociales, lo que podría provocar decisiones inadecuadas al tiempo en que son tomadas.

El estado actual de la cuestión hace necesario establecer reglas claras respecto a la obligatoriedad. La falta de tradición en nuestro derecho impone el perfeccionamiento en la técnica de tratamiento del “caso” y los precedentes que lo dominan, la formulación del *holding*, la distinción de los casos posteriores, su efecto prospectivo, etcétera.

El trabajo sobre el precedente, sea en el sistema del *common law* –*stare decisis*– o en el del *civil law*, remite siempre a un sustento argumentativo; más allá de las gradaciones en la obligatoriedad que pueda otorgársele en una y otra tradición jurídica y de su consecuente prescripción normativa, existirá siempre una ponderación del discurso del tribunal (orador) por parte de los operadores (auditorio) que valorará positivamente el ejercicio de la fundamentación, tanto de seguimiento como de cambio de jurisprudencia, y concederá menor credibilidad cuando se haga caso omiso a esa clase de justificaciones. Mediante ese ejercicio el auditorio convalidará contextualmente la autoridad de las decisiones de los tribunales.

El trabajo argumentativo en base a los precedentes se hace presente en la obligatoriedad de fundamentación de la sentencia, tal como lo prevén los ordenamientos procesales. El análisis, la argumentación y la fundamentación sobre los precedentes que se vinculan al caso en estudio revisten condiciones de validez constitucional de las sentencias.

“Bazterrica” y la mora institucional, en L. L. supl. esp. Tenencia de estupefacientes para consumo personal, 2009 (setiembre) 17; BOUVIER, Hernán G., Tenencia, consumo y ostentación de estupefacientes, en L. L. 2009-F-800.