

SANTIAGO LEGARRE, *OBLIGATORIEDAD ATENUADA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*, BUENOS AIRES, ABACO, 2016, 200 PÁGS.

Alberto F. Garay

### 1. Introducción

En *Obligatoriedad Atenuada de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, su autor, el profesor argentino Santiago Legarre, encaró una tarea compleja que supo manejar con destreza y erudición. En realidad, como se verá, el libro abarca mucho más de lo que su título anuncia, pero ya se sabe que muchas veces el nombre que se pone a un libro no hace justicia a su contenido.

La obra se presenta dividida en tres partes. En la primera, titulada *Conceptos Fundamentales*, su autor aborda dos temas diversos. Por un lado, nos presenta una visión introductoria de la noción del llamado *stare decisis*, según como se la estudia en el *Common Law*. Por el otro, trata una característica de las sentencias de la Corte Suprema, como es la relacionada con la cantidad de jueces que son necesarios para el dictado de una sentencia válida y el modo en que esos jueces pueden expresarse.

En la segunda parte, trata de los que llama *Presupuestos Habilitantes*. El lector hallará aquí el desarrollo de las exigencias de quórum y mayoría conforme lo ha tratado la legislación a lo largo del tiempo y según como la práctica del Tribunal atestigua.

Finalmente, la tercera parte llamada *La Obligatoriedad de la Jurisprudencia en la Argentina*, es dedicada a la llamada obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema. En el penúltimo capítulo se incluye un texto en inglés, sobre el respeto del precedente como límite al ejercicio del poder público. Y en la última sección Legarre vierte sus conclusiones.

Hecha esta presentación, permítanme poner manos a la obra.

## 2. Conceptos Fundamentales: Stare Decisis, Unanimidad, Mayoría y Votos Concurrentes

Abordar una característica de la Doctrina del Precedente como es el *stare decisis*, es una tarea complicada. Sobre todo lo es cuando ello ocupará apenas una porción breve de un libro. Porque, como sabe el lector, es muy difícil sintetizar en unas pocas páginas una práctica tan añosa y que se ejercita, con matices diferenciales a veces importantes, en diferentes jurisdicciones (e.g., Reino Unido, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, India.) Aun dentro de un mismo país, como puede ser el caso de Estados Unidos de Norteamérica, profesores y magistrados discuten, por ejemplo, si la doctrina del precedente y el efecto obligatorio de los precedentes pronunciados por un superior tribunal de una jurisdicción (el *stare decisis*) poseen idénticas características, según se trate de un problema regido por el *common law* o por el derecho constitucional (p. 35/36). Diferencias importantes también han existido históricamente entre el *common law* practicado en Inglaterra y en Escocia, por citar otro ejemplo.

La expresión completa es *stare decisis et quieta non movere* y, conforme traduce libremente el autor, ella significa “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. Los autores suelen aludir a ella, indistintamente, como una doctrina, un principio o un efecto.

Si se tienen en cuenta las advertencias formuladas anteriormente, este Capítulo cumple el fin de llamar la atención sobre la importancia que en esta tradición posee la sentencia en tanto precedente, es decir, cómo y en qué medida lo resuelto en un caso por un tribunal superior es obligatorio, vincula a los demás jueces, quienes deberán resolver los casos análogos del mismo modo.

En esta comprensión, el autor defenderá que en la tradición del Derecho Continental no puede hablarse de “precedentes”. Pues, a su entender,

“preguntarse por el precedente es preguntarse si hay una decisión previa aplicable (*on point*) que me obligue a mí como juez a resolver el caso presente de una determinada manera. Y esta pregunta sólo se da, como vimos, en el *common law*” (p. 29).

No obstante, como era natural, empleará el término para referirse indistintamente a la jurisprudencia, basado en que en la jerga de los países civilistas así se lo suele emplear.

Luego mostrará las dos dimensiones clásicas del *stare decisis*, la horizontal y la vertical, según que la obligatoriedad de lo resuelto en un precedente deba ser seguida –ante un caso análogo– por el mismo tribunal

que lo dictó o por los tribunales inferiores a él. Aquí Legarre nos enfrenta a una nueva diferencia de matiz importante entre el sistema norteamericano y el inglés. Pues el primero, según nos comenta acertadamente, históricamente ha sido más flexible que el segundo. Los norteamericanos siempre concibieron como una posibilidad cierta (que ejercitaron en numerosas oportunidades) apartarse de un precedente o de una línea de precedentes. Ellos suelen emplear la expresión “*overrule*” para caracterizar a esa acción. La teoría que respaldaba al sistema inglés, en cambio, no admitía esa posibilidad, rigidez formal que fue flexibilizada en 1966 por la Corte de los Lores (por entonces su tribunal judicial más alto) en la llamada *Practice Statement*. En esta declaración, el alto tribunal inglés reafirmó la “normal” obligatoriedad de los precedentes, si bien admitió que en ciertos casos, bajo ciertas circunstancias, él podía abandonar una línea jurisprudencial por otra considerada más correcta. Tiempo después, otros tribunales de apelación ingleses imitaron esta flexibilización.

Ya como tema final de este Capítulo, el Prof. Legarre nos sumerge en uno de los distinguos más sutiles e importantes de la doctrina del Precedente. Recapitemos. Hasta aquí el autor, entre otras cosas, nos ha hablado de la obligatoriedad de un precedente, efecto que puede proyectarse en sentido horizontal o vertical. Ahora bien, ¿qué es lo obligatorio? ¿Qué es lo que tiene de característico este modo de resolver? La característica central es la siguiente.

En general, la teoría dice que lo que “obliga” de una sentencia es su “*ratio decidendi*” o su *holding*. La primera expresión es, en general, preferida por los ingleses y la segunda, por los norteamericanos. En este punto, el lector encontrará en el Capítulo no sólo el tratamiento de un aspecto característico de la doctrina del precedente, sino también muchas diferencias de matiz o de grado en punto a qué debe entenderse por esas expresiones, según los autores y los tribunales que se consulten. A veces los significados son semejantes. Otras veces no lo son. En ocasiones los autores coinciden a ambos lados del Atlántico y, en oportunidades, no. Igual variación se encontrará entre los profesores norteamericanos entre sí y los ingleses entre sí. Dado lo controvertido del tema, me parece que aquí y dadas las limitaciones de espacio, debería haberse simplificado un poco más la exposición, presentando la cuestión de modo más esquemático. Esto, me parece, habría producido un resultado menos erudito pero más claro.

Lo cierto es que cuando se habla de la obligatoriedad de un precedente uno debe tener presente tres cosas importantes. Por un lado, debe considerar que lo que obliga de una sentencia no es todo lo que en ella se dice, sino su *ratio decidendi/holding*.

Hay sentencias donde el tribunal declara expresamente cuál es su *ratio decidendi/holding*, redactándola al modo de una regla o un principio. Allí se condensan la o las razones suficientes o más próximas para adoptar la decisión que adoptan. Hay autores y tribunales que admiten esta posibilidad y reconocen a esa formulación como “la” *ratio decidendi/holding* de la decisión.

Para otros, los tribunales subsiguientes no están obligados por esa formulación canónica, sino que están en libertad de explicitar la que para esos jueces es la regla o el principio que surge del fallo anterior. Es decir, para esta corriente de pensamiento, que podría ser denominada como la clásica, es el tribunal que debe decidir un nuevo caso el que determina cuál es la regla explicitable (la *ratio decidendi/holding*) del precedente.

Por otro lado, en el análisis de una sentencia, en el mundo anglosajón hacen otra distinción: el *obiter dictum* (*obiter dicta*, en plural). Con esta expresión aluden a razones, o consideraciones dichas al pasar o incidentalmente o sin la debida o suficiente consideración en la sentencia. Estas expresiones no son obligatorias. Ellas pueden ser mencionadas como dichas en el precedente, pero no obligan en casos sucesivos porque no integran la *ratio decidendi/holding*.

Por último, el tercer aspecto fundamental a tener presente son los hechos relevantes u operativos del precedente y los del caso a resolver. La obligatoriedad de la *ratio decidendi/holding* de un precedente depende enteramente de lo que se considere que son los hechos operativos o relevantes del caso. Conforme dice una expresión harto reiterada, los casos iguales deben ser resueltos del mismo modo. Pero si se juzga que ellos no son iguales o análogos a los del caso a resolver, el juez ya es “libre” de proceder sin esa dependencia.

Teniendo estas precisiones en mente, el autor concluye en el sentido que:

“la regla del *stare decisis* puede reformularse en los siguientes términos más circunscriptos: es la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a la *ratio/holding* de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía coordinada (*stare decisis* horizontal) o superior (*stare decisis* vertical)”(p. 42).

El Capítulo II versa sobre el modo de trabajar de los tribunales colegiados. Estas cuestiones son presentadas por el autor como problemas internos de coordinación del grupo. Como es obvio, uno de los problemas centrales que debe enfrentar este tipo de tribunales es qué regla o reglas decidirán la toma de decisiones, las que pueden ser decididas de antemano por una norma constitucional, legal o por el propio tribunal.

En la práctica, las posibilidades suelen reducirse a dos, a saber: “O las decisiones del tribunal colegiado se toman por unanimidad o mediante lo que a veces se llama ‘autoridad’” (p. 46). Siguiendo a Finnis, Legarre expresa que es previsible que si el tribunal se integra con miembros inteligentes y si los problemas que debe resolver son complejos, como es de prever que lo sean, la primera posibilidad queda descartada de hecho. Imponer la expresión de decisiones unánimes es un ideal demasiado ambicioso y quizá pueda exigir sacrificios inconvenientes.

Entonces, en virtud de la regla de autoridad, se adjudica al tribunal una decisión “*adoptada por un número inferior a la totalidad de los integrantes.*” Y entre todas las posibilidades, la prevaleciente es la de la mayoría de los miembros. Es decir que cuando en un tribunal de nueve miembros –nuestro autor ejemplifica con la Corte Suprema de los Estados Unidos, compuesta por esa cantidad de magistrados–, cinco de ellos coinciden en un texto, es la decisión que éste contiene la que prevalecerá sobre los restantes y es este voto mayoritario el que expresará, explícita o implícitamente, la *ratio decidendi/holding* del precedente.

Puede ocurrir, sin embargo, que existan cinco jueces que coincidan con la decisión a adoptar (por ejemplo, revocar la sentencia), pero que no concuerden en las razones que los inclinan a ello. En una situación así, por ejemplo, cuatro de esos magistrados estarán de acuerdo en los fundamentos y un quinto decidirá en el mismo sentido, pero por razones diferentes (o, inclusive, sin expresarlas). Por lo tanto, habrá un voto en el que concurrirá una pluralidad de magistrados (usualmente llamado *plurality opinion*) y otro voto, que usualmente los norteamericanos llaman voto concurrente. En tal supuesto, sólo existirá una mayoría coincidente con relación a cómo debe decidirse el caso (revocar o confirmar la sentencia), lo cual, a esos efectos, es suficiente.

Como corolario de ello, Legarre afirma que esta sentencia, al no contar con una mayoría que concuerde en las razones (sólo cuatro jueces concordaban), no servirá como precedente (p. 49 *in fine*), sutileza esta que es fundamental al momento de identificar un precedente.

Acto seguido, el autor analiza cómo se da el mismo fenómeno en el seno de la Corte Suprema argentina. Comprueba que, en general, el formato de las sentencias es diferente del de la Corte Suprema norteamericana y esa diferencia de formato, en su opinión, facilita errores de percepción al tiempo de verificar qué ocurre con el cómputo de mayorías. Me explico.

La Corte norteamericana, como la argentina, posee distintos formatos de sentencia. En los casos de las sentencias en las que la Corte norteamericana se pronuncia expresando el fundamento de su decisión (allá suele hablarse de una sentencia *on the merits*) se individualiza al autor del voto

y a los jueces que lo han secundado en esa redacción<sup>1</sup>. Actualmente, al final de los sumarios (llamados *Syllabus*) que preceden al texto del fallo se anticipa si se trata de una sentencia unánime<sup>2</sup> o, en el caso que no lo sea, cómo se han formado las adhesiones, concurrencias o disidencias. También se destacará si el preopinante expresa la opinión de una mayoría de la Corte<sup>3</sup>, de una pluralidad de jueces o si sólo ha habido coincidencia respecto de lo que nuestra práctica procesal llama la parte resolutive o dispositiva de la sentencia<sup>4</sup>.

Así, con ese formato, es más fácil computar si ese voto tiene la mayoría exigida por la ley para que pueda ser considerado un precedente del Tribunal.

Entre nosotros el mecanismo es diferente. En principio y más allá de cuál haya sido el trámite interno de elaboración o construcción del fallo, las sentencias de la Corte Suprema argentina son impersonales y las firmas que obran al pie del fallo respetan el siguiente orden: Presidente, Vicepresidente y, en escala decreciente de antigüedad, los restantes jueces. El problema surge, obviamente, cuando hay votos concurrentes y/o disidencias. Pues, en tal caso, el orden de aparición de los distintos votos seguirá siendo el mismo que comenté recién, lo que puede inducir a cometer errores no sólo a la doctrina sino a la propia Corte, como demuestra Legarre con un ejemplo concreto. En ese caso (“Spinosa Melo”, fallado el 5.9.06), un voto remite al “voto de la mayoría” en un caso anterior, cuando, en realidad, este último no representaba a una mayoría de la Corte porque había sido firmado por dos integrantes solamente. La observación del Prof. Legarre es acertada y el inconveniente no hace sino reflejar uno de los tantos problemas que se presentan en la práctica judicial de los países que, como el nuestro, han dedicado su atención a los desarrollos teóricos y, parejamente, han desatendido el estudio sistemático de las decisiones judiciales.

---

<sup>1</sup> Esta práctica se inició a partir del famoso caso *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Desde entonces, el Presidente de la Corte adjudica cada caso *on the merits* a alguno de los restantes magistrados, entre ellos denominados brethren.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, *Leroy L. Young v. Ernest Eugene Harper*, 520 U.S. 143, 144 (1997); 117 S. Ct. 1148, 1150. *Arizonans for Official and Robert D. Park v. English v. Arizona*, 520 U.S. 43, 47; 117 S. Ct. 1055, 1059.

<sup>3</sup> *Michele L. Timmons v. TwinCities Aerea New Party*, 520 U.S. 351, 353 (1997); 117 S. Ct. 1364, 1367.

<sup>4</sup> Véase *Commissioner of Internal Revenue v. Estate of Otis E. Hubert*, 520 U.S. 93, 96 y 97 (1997); 117 S. Ct. 1124, 1127. *Turner Broadcasting System Inc. v. Federal Communications Commission*, 520 U.S. 180, 184 (1997); 117 S. Ct. 1174, 1183.

### 3. Presupuestos habilitantes del funcionamiento de la Corte Suprema argentina

En el Capítulo III, el autor continúa el tratamiento de la cuestión del funcionamiento de la Corte Suprema argentina, concentrándose ahora en el quórum exigido para su funcionamiento. En este Capítulo el lector hallará una inusual investigación histórica, donde se recorren las diferentes leyes que se han referido al asunto.

Las normas que gobiernan el quórum y las mayorías no son claras, poseen ambigüedades y vaguedades que, hasta el día de hoy, no se han eliminado. No existen reglas que expresamente, *in terminis*, digan “el quórum para funcionar será de X miembros”, como se muestra que ocurre en U.S.A. Lo mismo ocurre con las mayorías para fallar. Las reglas siempre son imprecisas e insuficientes. Por ello, comprender bien el tema exige considerables esfuerzos de interpretación y, en definitiva, de adjudicación de sentido. Ninguna interpretación será concluyente porque los textos que interpretan no lo son. Consecuentemente, obtendremos interpretaciones legales más o menos plausibles. Veamos.

De acuerdo al art. 9 de la ley 27, la Corte “*no podrá expedir sentencia ni auto alguno que no sea de simple sustanciación, sin la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros*”. Mayoría absoluta (expresión que la ley no define) de sus miembros (sin aclarar si se trata de todos los miembros que, según la ley, debe tener el tribunal, o de todos los miembros en actividad o presentes al momento del fallo) es la proporción necesaria que debe estar presente para poder funcionar como tribunal, esto es, para deliberar y decidir las cuestiones que deba resolver, excepto los casos de simple sustanciación (que, dicho sea de paso, no se pormenorizan). Obsérvese, nos recuerda Legarre, que la norma sólo alude a la asistencia necesaria para funcionar, no a qué cantidad de votos de los miembros asistentes sería suficiente para tener una decisión que pueda ser atribuida a la Corte Suprema.

Luego de esta breve introducción, el prof. Legarre encara un estudio comparado, analizando la misma cuestión, en el derecho federal norteamericano, molde sobre el que se vació la Constitución y la legislación argentina en lo que hace a la competencia federal. Allí, luego de sucesivos cambios en la cantidad de jueces de la Corte Suprema y en el quórum para funcionar, se llegó a la relación actual, donde para una integración de nueve miembros, el quórum se estableció en seis. Por último, acompañando sus afirmaciones de referencias judiciales y doctrinarias, Legarre concluye que una vieja práctica consideró que existiendo quórum (es decir seis integrantes), si votan nueve u ocho jueces, la mayoría para “*representar*”

una decisión de la Corte Suprema será de no menos de cinco. Si votaran siete o seis, esa mayoría pasaría a ser cuatro.

El Capítulo culmina con una rica y original investigación histórica y jurisprudencial, de donde concluye que, sin lugar a discusión, en una Corte de cinco integrantes, tres son los miembros que deben estar presentes para que aquella sesione eficazmente. Ahora bien, qué ocurriría si sesionando con tres jueces, es decir, válidamente, uno de ellos disintiera. En tal caso, ¿la mayoría de dos Ministros sería suficiente para representar una sentencia “de la Corte Suprema”? A esto dedicará parte del Capítulo siguiente.

El Capítulo IV, donde se estudia qué mayoría es necesaria para dictar una sentencia válida de la Corte Suprema, está dotado de gran originalidad. Creo que aquí se sacan a la luz precedentes en los que nadie, que yo sepa, se detuvo alguna vez.

Como vimos anteriormente, el artículo 9 de la ley 27, exigía mayoría absoluta de los integrantes del Tribunal, para que éste pudiera funcionar válidamente en todas las cuestiones que no fueran las de mero trámite. Es decir que la norma tolera la interpretación que dice que en una Corte Suprema de cinco jueces, el quórum necesario son tres jueces. La ley 50, sancionada un año después, siguió el mismo criterio, pero en su artículo 22 aclaró expresamente que si dos jueces estaban impedidos de actuar, la Corte podría funcionar con tres. Si hubiera menos, el Tribunal se completaría con conjueces. El autor basa su posición en jurisprudencia y también en doctrina, si bien escasa, que se ha referido al tema.

Luego ataca la cuestión de la mayoría necesaria para predicar que la sentencia pronunciada por esos jueces es la sentencia de la Corte Suprema. El autor muestra tres posibilidades teóricas que se presentan (computar la mayoría sobre un quórum de tres; hacerlo sobre el número total de integrantes del Tribunal o unanimidad de todos los participantes) y analiza el marco normativo. Este último, como ya expresé anteriormente, no proporciona una respuesta concluyente. Parece sí descartar la unanimidad, pues prevé la posibilidad de disidencias, pero no más que esto hallará el intérprete en la ley.

La posibilidad de sentencias con mayorías de 2-1, es decir, decisiones con quórum de tres integrantes, donde dos coinciden en su voto y uno disiente, son decisiones donde hay una mayoría absoluta de los asistentes. Esta variante cuenta la mayoría sobre el quórum y –conforme atestigua la investigación del autor de esta obra– existieron numerosas sentencias de la Corte –desde 1885 hasta mediados del siglo XX– que fueron decididas de esta forma.

En los Capítulos V y VI se analiza el mismo fenómeno, pero desde la segunda mitad del siglo XX hasta el siglo XXI. A través de un minucioso estudio normativo, el autor comprueba que en 1948 la Corte Suprema

sancionó el Reglamento para la Justicia Federal y allí, en el artículo 63, ahora sí titulado “quórum”, dispuso:

“La Corte Suprema podrá decidir las causas con asistencia de la mayoría absoluta de sus ministros siempre que éstos concordaran en la solución del caso. Si hubiera discordia fallará con los ministros necesarios para obtener una mayoría absoluta de opiniones”.

Como surge de su lectura, el artículo trataba no sólo del quórum, sino también de la mayoría que sería necesaria para considerar a la sentencia, como una que pueda serle atribuida a la Corte Suprema, cuando existen discordancia de opiniones. No obstante, el precepto seguía siendo ambiguo y vago. En opinión de Santiago Legarre, este texto parece ir contra la práctica de años anteriores –tolerada por el texto de la ley 27– donde se habían pronunciado sentencias cuya votación era 2-1 (p. 107).

En esta exhumación de reglas poco conocidas, Santiago rescata el novedoso art. 66 del mismo Reglamento, el que, para decisiones donde se declarara la inconstitucionalidad de una norma por primera vez, exigía *“la intervención de la totalidad de los ministros que formaran la Corte al momento de la sentencia”*. Esta cuestión, con redacción diversa, será retomada años después (art. 23 del decreto ley 1285/58). Para el caso que alguno de ellos padeciera algún “impedimento prolongado”, bastaría con la mayoría absoluta y concordante de los ministros.

Dos años más tarde, se sanciona la ley 13.998 donde se vuelve sobre el tema y se varía el lenguaje, siempre impreciso, relacionado con la mayoría y las integraciones (por recusación, excusación, vacancia) del Tribunal en caso de necesitar hacerlo. Leyes posteriores (15.271, 23.498 y 26.183) siguieron tratando, desprolijamente, como destaca el autor en p. 120, la cuestión de las mayorías y los reemplazos en caso de vacancia, recusación o y excusación.

Finalmente, este mar de imprecisiones autoriza al autor a concluir el Capítulo compartiendo con nosotros su duda:

“A mí no me resulta claro que el régimen legal, tanto el de la ley 27 como el actual de la 26.183, impida contar la mayoría sobre el quórum (y dictar sentencias ‘2-1’) por excepción, cuando el Tribunal queda subintegrado; a diferencia de lo que ocurriría con el régimen transitorio, que rigió entre 2006 y 2014, cuando era clarísimo que la mayoría debía contarse sobre el número legal. Aunque sí me preocupa la legitimación de una sentencia dictada por una mayoría de sólo dos votos, en un Tribunal de cinco. Se trata, sin duda, de un problema difícil”.

#### 4. La Obligatoriedad de la Jurisprudencia en la Argentina

Luego de este largo e interesante periplo, el autor retoma la cuestión que principió en el Capítulo I. No me queda claro por qué eligió tratar la obligatoriedad vertical de los precedentes (Capítulo VII) antes que su obligatoriedad horizontal (Cap. VIII); no advierto su conveniencia metodológica ni lógica. No obstante, seguiré su propuesta.

En esta sección, el autor pone su esfuerzo en mostrar qué tipo de obligatoriedad vertical, es decir, de los tribunales inferiores respecto de lo decidido por la Corte Suprema argentina, existe. Luego de un recorrido por la jurisprudencia de la Corte Suprema que comienza en el año 1870 (es decir, hace casi ciento cincuenta años) donde muestra la inestabilidad de las diferentes variantes que sobre el asunto trató el derecho judicial, el autor se concentra en lo que es la corriente jurisprudencial predominante en la Corte Suprema que identifica, en lo que coincide, como obligatoriedad vertical atenuada o presunción *iuris tantum* de obligatoriedad (p. 144). Según nos informa, se trata

“de una presunción de obligatoriedad que admite prueba en contrario: el tribunal inferior *debe* seguir el precedente relevante, pero puede no hacerlo, siempre y cuando aporte nuevos fundamentos conducentes”.

Legarre dice, desde el Capítulo I (p. 29) y repite ahora (pp. 144, 150), que en la Argentina no puede hablarse de “precedentes” porque el *stare decisis* no existe; ambas son criaturas del *Common Law*. En un sentido, esta afirmación es cierta. La Doctrina del Precedente es característica de esa tradición jurídica. Pero esa ajenidad no brinda toda la respuesta en un país como la Argentina, donde la estructura del poder judicial federal y muchas de sus garantías constitucionales fueron “importadas” básicamente del sistema constitucional norteamericano y sus leyes (y muchas de sus sentencias) reiteradamente emulan o se basan en las de otros sistemas y tradiciones jurídicas. A mi modo de ver, que esa Doctrina pertenezca a esa órbita no impide que algunas de sus características puedan ser “trasplantadas” inteligentemente, es decir, adaptándolas a nuestro medio, para obtener un derecho judicial más elaborado, más justo, más racional o más eficaz. En Argentina y en muchos países de la tradición romanista, somos diestros en el manejo de la ley, como decía Genaro R. Carrió, pero “no se ha desarrollado una buena técnica para fundar correctamente un fallo en otros”<sup>5</sup>. De

<sup>5</sup> CARRIÓ, Genaro R., *Recurso de Amparo y Técnica Judicial*, Abeledo Perrot 2ª. ed. aumentada 1987, p. 174.

aquí que la discusión debe plantarse, a mi modo de ver, en términos de la conveniencia o inconveniencia de propiciar y desarrollar ciertas prácticas, en tanto ellas satisfagan ciertos propósitos (en el caso, fundamentalmente, igualdad, previsibilidad y seguridad jurídica) y no contraríen las normas constitucionales vigentes.

El prof. Legarre afirma que la doctrina de “Cerámicas San Lorenzo” (*leading case* en la materia)

“fue posteriormente aplicada de forma consistente por la Corte Suprema en todas sus integraciones y por ello puede ser definida como la doctrina oficial del Tribunal acerca de la obligatoriedad de sus precedentes” (p. 145).

Aquí el autor no despeja la ambigüedad de la expresión “*aplicada de forma consistente*”, refiriéndose a esta doctrina. Pues, ¿qué significa aplicar esa doctrina de forma consistente?

El empleo de esta doctrina puede estar motivado en diversas razones y puede producir distintas consecuencias. La cita de este *leading case* suele aparecer en casos que concluyen en la revocación de la sentencia inferior examinada. Existe mucha jurisprudencia donde se la ha invocado en este sentido. Es decir, se la ha empleado en muchas decisiones, reprochándole al tribunal anterior el no haber expresado razones para apartarse (reproche que, en ocasiones ha sido vehemente). También hubo casos donde, si bien en el fallo apelado se sostenía un fundamento diferente, él, a juicio de la Corte, no presentaba novedad. En supuestos como éstos, puede hablarse de consistencia en su aplicación.

Pero esta doctrina tiene otro aspecto. A mi entender su arista más novedosa –si es que el Tribunal la postula cándidamente– radica en que, ante un caso dado (o una serie de casos) la Corte Suprema estaría dispuesta a aceptar que las nuevas razones expresadas por el tribunal inferior son conducentes para habilitar un cambio de su jurisprudencia. Y, en este sentido, si bien existen casos donde la Corte abandona su jurisprudencia, no conozco ninguno donde se destaque que ese abandono fue propiciado por las “nuevas razones” expresadas en la sentencia apelada. Tampoco existe una línea consistente de sentencias en donde la Corte Suprema, no obstante reconocer que la decisión apelada ofrece “nuevas razones”, mantiene su jurisprudencia.

Por otra parte, como nos recuerda el autor, la exigencia que esta doctrina deposita en los tribunales inferiores es muy débil (p. 151). La realidad nos enseña que una sentencia difícilmente agote la expresión de todas las razones que podrían justificarla. Por lo tanto, la doctrina no impone un condicionamiento pesado sobre quienes no coincidan con ese resultado;

alguien bien entrenado es capaz de imaginar muchísimas “nuevas” razones no consideradas por el Tribunal de modo expreso. Estas consideraciones me inclinan a pensar que, si en la formulación de esta doctrina la Corte creyó condicionar seriamente a los jueces inferiores que no coincidan con su jurisprudencia, erró. Esta doctrina no sirve a ese propósito y ejemplo de ello es la cantidad de sentencias que han sido revocadas por apartarse injustificadamente de la jurisprudencia vigente.

Quizá la crítica anterior adolezca de miopía. Puede ser que el Alto Tribunal esté esperando una respuesta más lenta. Es posible que conector de la escasa aceptación del principio de la obligatoriedad debido a su jurisprudencia por el sólo hecho de ser tal –aceptación relativa que han comprobado Legarre y Rivera en un importante relevamiento de sentencias de tribunales inferiores<sup>6</sup>– haya preferido recorrer un camino intermedio, más largo y sinuoso, pero que, al final, concluya en una noción más potente.

La obligatoriedad horizontal (también atenuada) de la jurisprudencia es discutida en el Capítulo VIII. Esta sección comienza explicando brevemente cómo, aun en un país de la órbita del *Common Law* como los Estados Unidos, la fortaleza del *stare decisis horizontal* mengua en materia constitucional federal, al nivel de la Corte Suprema. Luego pasa al caso argentino y comprueba que el Alto Tribunal desde sus inicios ha fundado sus sentencias en otras propias anteriores (p. 165). Existe una tendencia a fallar conforme se lo ha hecho en decisiones anteriores y a tratar esas decisiones como si fueran precedentes (pp. 166 y 187). Al mismo tiempo, no es extraño hallar precedentes donde sus hechos se distinguen de algún o algunos casos anteriores (p. 166), u otros, agrego yo, en los que se expresa que el pronunciamiento tendrá efecto solamente prospectivo (Fallos: 330: 2361; año 2007 y 333: 935; año 2010), o, como variante del anterior, se aplica el criterio en el caso y en los casos futuros, pero se anuncia que no se lo aplicará retroactivamente (Fallos: 308: 552; 1986). Estas prácticas, son típicas del *Common Law*.

No obstante, no puede afirmarse que estemos ante un comportamiento sistemático. Nutridos por la inestabilidad institucional y política del país a partir del primer golpe de Estado del año 1930, existen demasiados vaivenes jurisprudenciales como para que esta costumbre haya podido echar raíces sólidas. Además, si bien algunos autores han preconizado las ventajas de un sistema donde se privilegie la igualdad de tratamiento de

---

<sup>6</sup> RIVERA (h), Julio César y LEGARRE, Santiago, “La Obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores”, *Jurisprudencia Argentina*, 2006-IV, p. 1333.

los litigantes, la economía procesal, la previsibilidad y la estabilidad de las decisiones judiciales, esa prédica no fue asistida por una cultura que privilegie esos valores y que consolide el cambio.

Concluye el Prof. Legarre:

“ni precedente horizontal ni precedente vertical. El sistema argentino es un híbrido interesante, que va camino, lenta y erráticamente, de delinear sus contornos. Si este híbrido es funcionalmente plausible y racionalmente justificable, en un Estado con un sistema de control descentralizado (como el nuestro), es un interrogante merecedor de la atención de un futuro trabajo”.

En el Cap. IX el autor nos propone el estudio de dos casos concretos, reales, a fin de constatar en ellos los principios que se han ido delineando en la páginas anteriores. Este recorrido es muy útil, puesto que aquí se aprecia al autor y su manejo, en un caso concreto, de aquellas ideas.

En el Capítulo X, en un texto en inglés, podemos apreciar qué es lo que Legarre piensa, aprobatoria o desaprobatoriamente, acerca de los avatares de la historia constitucional judicial argentina y de cómo ella influyó e influye en las decisiones judiciales y en la obligatoriedad horizontal y vertical de muchas sentencias de los tribunales. Compara brevemente el sistema norteamericano, argentino y chileno de control de constitucionalidad y vuelca experiencias personales que han influido en su pensamiento.

El trabajo, teniendo en cuenta las observaciones que he ido realizando a lo largo de este comentario, es uno digno de lectura. Es ameno y refleja una investigación y una dedicación infrecuente respecto de temas complejos cuyo tratamiento urge. Debemos tomarnos el Derecho seriamente y esta contribución nos señala el camino. Como crítica a esta edición diría que la impresión es muy buena, pero el libro debió tener un índice bibliográfico, otro analítico y uno de fallos. Las editoriales tendrían que proporcionar ese servicio que actualmente está enormemente facilitado por los *softwares* que ellas emplean a diario. El índice de contenido no es suficiente.