

# ¡SIN PRECEDENTES!

JUAN F. GONZÁLEZ BERTOMEU\*

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

### 1. INTRODUCCIÓN

### 2. ACLARACIONES Y COMENTARIOS PRELIMINARES

- a. El debate sobre la regla de precedente
- b. Tres aclaraciones sobre la regla de precedente
  - b1. Regla de precedente horizontal y vertical
  - b2. Fuerza y valor funcional de la regla de precedente
  - b3. Regla de precedente y áreas jurídicas
- c. La aplicación de la regla de precedente
  - c1. Reglas y *obiter*
  - c2. La amenaza del cambio constante
  - c3. Precedentes en la práctica

### 3. LA JUSTIFICACIÓN DE LA REGLA DE PRECEDENTE

- a. Consistencia, igualdad y previsibilidad
- b. Regla de precedente horizontal
  - b1. Corte Suprema y casos constitucionales
  - b2. Tribunales con idéntica integración
  - b3. Tribunales con distinta integración
  - b4. Consistencia, coherencia e integridad
  - b5. Cambios de criterio
- c. Regla de precedente vertical
  - c1. Democracia y autonomía individual de los jueces
  - c2. Posibles consecuencias de centralizar la toma de decisiones
  - c3. Diseño y práctica institucional
  - c4. Integridad y diálogo intra-institucional
  - c5. Regla de precedente y acceso a la justicia
  - c6. La Corte Suprema y los mecanismos para garantizar la regla de precedente
- d. Plenarios

### 4. CONCLUSIÓN

### BIBLIOGRAFÍA

---

\* Profesor de derecho, Universidad de Palermo. *LL.M.* (2003) y *J.S.D. candidate* (2009), NYU School of Law. Agradezco los comentarios formulados a una versión anterior de este trabajo por Flora S. Acselrad, Marcelo Alegre, María Eugenia Artabe, Fernando Basch, Leonardo Filippini, Roberto Gargarella, Margarita Maxit, Gustavo Maurino, Leonardo Pitlevnik, Demián Zayat y los/as participantes del Coloquio de Derecho, Moral y Política de la Universidad de Palermo.

“En efecto, el caso... es tan concluyente, que no se concibe cómo la cuestión de constitucionalidad de esta ley haya podido traerse ante esta Corte, si algún respeto han de merecer los precedentes establecidos...”

–Salustiano J. Zavalía.<sup>1</sup>

“Desde niño me interesó observar la actitud de los hombres para con los que están colocados por encima de ellos y pueden coartar sus movimientos. ¡Cuánta deferencia y cuánta lealtad en la superficie, y en el fondo cuánto odio y cuánto desprecio! La lealtad y la deferencia derivan de la gratitud que despierta en el hombre el ser que lo releva de la responsabilidad y los terrores inherentes a toda decisión grave; el desprecio y el odio, del resentimiento natural contra el ser que limita su libertad.”

–Julio César, según Thornton Wilder.<sup>2</sup>

“Cualquier justificación de la regla de precedente (*stare decisis*) debe disolver la paradoja provocada por la existencia de un mandato dirigido al juez... para que adhiera a una decisión previa que estima errónea.”

–Lewis Kornhauser.<sup>3</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde la temprana queja del juez de la Corte Suprema Salustiano Zavalía, en 1888, los tribunales y profesores de derecho argentinos han discutido sobre la necesidad de que los jueces respeten precedentes. En los últimos quince o veinte años se ha renovado el interés por el tema, a raíz de la percepción de que la Corte se ha mostrado errática a la hora de convalidar sus propios criterios. Este comportamiento, que hoy pareciera estar cambiando, es visto por parte de la comunidad jurídica como aberrante: es una desviación de una regla valiosa que debería aplicarse a todos los jueces. Así, tiende a darse por supuesto que la regla de precedente es aconsejable casi en cualquier circunstancia, y al mismo tiempo que ella no está (del todo) arraigada en nuestro medio. Para otros, en cambio, la falta de apego a los precedentes es algo bueno. Algunos jueces, por caso, suelen sostener que no están obligados a respetar los casos similares al que hoy

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo” (Fallos 33:162), sentencia del 14/4/1888, voto en disidencia.

<sup>2</sup> Thornton Wilder, *Los idus de Marzo* (Buenos Aires: Emecé, 2002), pág. 225.

<sup>3</sup> Kornhauser (1989), pág. 68. Mi traducción.

analizan, al menos cuando se trata de casos decididos por otros jueces. Esta obligación, entre otras cosas, implicaría una restricción injustificada en el ejercicio de su función. Las posiciones y argumentos en torno al tema se acumulan.

Probablemente, ambas posiciones tengan cierto grado de certeza. Considero, sin embargo, que el camino que debemos recorrer para sustentar una u otra no ha sido suficientemente explorado. En nuestro medio se han publicado algunos estudios que han hecho aportes considerables a nuestro conocimiento sobre el tema de los precedentes.<sup>4</sup> Pero sigue existiendo espacio para reflexionar sobre algunas cuestiones centrales: en qué consiste la regla de precedente, cómo opera en la práctica, y qué consecuencias tiene (o tendría) su plena implementación en distintos ámbitos y situaciones. Este trabajo pretende responder a estas preguntas. Es una primera contribución que espero seguir desarrollando en el futuro.

Su estructura es la siguiente. En la próxima sección (2) voy a introducir algunas notas aclaratorias sobre los precedentes y sus distintas dimensiones y sentidos. Sostendré que la regla de precedente (de aquí en más, RP) es una institución que nos cuesta analizar imparcialmente, pues nuestra opinión sobre ella no siempre puede deslindarse de nuestra opinión sobre casos concretos que la RP vendría a conservar. Además distinguiré entre la RP a nivel horizontal y vertical, analizaré la distinta fuerza y funciones que la RP puede tener, y su aplicación a distintas áreas jurídicas. Concentrándome en lo que denominaré RP en sentido fuerte, indagaré a un nivel más básico si la propia práctica de respetar precedentes es posible.

La sección 3 está dedicada a la justificación de la RP. Señalaré que ella promueve la consistencia a la hora de decidir, y que esta consistencia satisface potencialmente distintos valores: la igualdad, la previsibilidad y la transparencia. Respecto de la

---

<sup>4</sup> En la lista bibliográfica incluida al final del trabajo se mencionan varios de ellos. Tres buenos ejemplos son Garay (1991), Garay (1997) y Legarre y Rivera (h.) (2005).

dimensión horizontal, sostendré que el análisis debe ser distinto dependiendo de si el tribunal que debe decidir si seguir precedentes está o no integrado por el mismo juez o jueces que el que fijó el criterio inicial. Si lo está, el valor de la consistencia exige respetar la RP. Si no lo está, este valor podría ceder *en ciertos supuestos* para que el tribunal decida el caso de la manera que estima correcta.

A nivel vertical, la RP podría ser más fuerte. El argumento constitucional de que con ello se violaría la independencia funcional de los jueces inferiores, o que los jueces se situarían por encima de las leyes o el pueblo, no es correcto. Justamente, una de las justificaciones principales de la RP en otros contextos es la propia idea de autogobierno colectivo. Bajo ciertas condiciones políticas, sin embargo, la existencia de una RP a nivel vertical podría centralizar excesivamente la toma de decisiones, y con ello representar un peligro institucional. Por otro lado, la RP aumenta la fuerza de ciertas decisiones individuales. Analizado desde el punto de vista del litigio estratégico, esto puede ser bueno o malo, dependiendo de los recursos que estén en juego.

Estudiaré brevemente la cuestión de si en la práctica los jueces inferiores deberían respetar los criterios de la Corte Suprema en temas federales, como modo de garantizar el acceso a la justicia y reducir costos a los litigantes. Sostendré que la respuesta depende de las expectativas institucionales respecto de la obligatoriedad de los fallos de la Corte. Si no se entienden obligatorios, el supuesto de los jueces inferiores que no deciden como lo hace la Corte no genera una dificultad: los jueces no incumplen su misión y en la práctica no retrasan la implementación del criterio de la Corte. Ello pues el caso podría no ser revisado. Si se consideraran obligatorios, los jueces que no siguieran los precedentes de la Corte sí incumplirían su función. El problema es de otro tipo: cómo lograr, en un contexto cultural en el que la RP no está consolidada, que la Corte pueda monitorear efectivamente los casos que se desvían de sus criterios. La

sección termina con una breve referencia a los plenarios de cámara, un supuesto en el que confluyen las dimensiones horizontal y vertical de la RP y que ofrece menos problemas. Los plenarios son un modo simple de ahorrar apelaciones innecesarias. Cierro el trabajo con una conclusión.

Como esta reseña sugiere, el lector que desee una respuesta categórica sobre la necesidad de respetar (o no respetar) precedentes deberá buscarla en otro lado. Porque la respuesta a esa pregunta general es “depende”. Si hay algo que este artículo ofrece son matices. Y si representa alguna contribución, ella viene por ese lado: por problematizar la discusión y desarticular algunos presupuestos comunes. De hecho, no es casual que en los párrafos anteriores no haya siquiera definido en qué consiste exactamente la RP, pues ella es una institución con distintos tipos de manifestación. Es mi opinión que el análisis de la RP debe realizarse de manera similar a como funciona la propia RP: caso por caso; supuesto por supuesto. Este artículo es un primer intento por recorrer este camino.

## **2. ACLARACIONES Y COMENTARIOS PRELIMINARES**

**a.** *El debate sobre la regla de precedente.* En el tema de los precedentes confluyen varias aristas problemáticas de la teoría jurídica y constitucional. Por un lado, el análisis gira en torno al ámbito de libertad de los jueces. Potencialmente, la RP es un mecanismo para recortar su discrecionalidad, algo que en principio es deseable en un estado democrático de derecho. Pese a que los jueces deben contar con tal libertad, esto no equivale a sostener que deban estar en condiciones de incorporar sus preferencias personales al decidir.

Por otro lado, con la RP, la mano del pasado tiene especial influencia sobre decisiones del presente; y la mano del presente se proyecta hacia el futuro. Esto evoca la ‘paradoja de la constitución y la democracia’: como sociedad queremos limitar la libertad

de quienes vengan luego de nosotros, pero a la vez ser libres para decidir sin respetar los límites impuestos en el pasado.<sup>5</sup> Los jueces aspiran a que sus decisiones de hoy sean respetadas mañana, pero pueden desear también no respetar las decisiones tomadas ayer si las consideran erróneas. Esto hace de la RP una institución potencialmente inestable.

Debido a este motivo, y más allá de lo que pensemos acerca de ella, la RP será difícil de aplicar en la práctica si la comunidad jurídica no llega antes a un consenso sobre la necesidad de hacerlo. La RP podría ser internamente implementada por el poder judicial, como parte de este entendimiento, si los jueces supieran que su desobediencia podría traer alguna consecuencia. Podría ser también adoptada externamente si, por ejemplo, la Constitución lo estableciera, y se impusieran sanciones ante su incumplimiento. En este caso un punto importante sería establecer un criterio transparente y objetivo para juzgar cuándo es que esta regla no se respeta.

Pero si tal consenso está ausente, es ingenuo esperar que una práctica como la RP surja autónomamente. En Argentina, la RP en sentido fuerte (aclararé en seguida a qué me refiero con esto) difícilmente pueda consolidarse si no existen antes expectativas hacia adentro del poder judicial, la sociedad civil o la corporación de abogados de que ella debe respetarse. La RP, por ejemplo, podría ahorrarles esfuerzos a los abogados. El universo de argumentos que un caso puede plantear podría verse acotado con su vigencia. Pero si el consenso surgiera entre los abogados antes que entre los jueces, atentaría contra un buen trabajo profesional que se basaran principalmente en una hipotética RP a la hora de asistir a sus clientes.

El debate sobre la RP se cruza con otras cuestiones de relevancia para la teoría jurídica: la previsibilidad e integridad del sistema jurídico; el costo de cometer errores

---

<sup>5</sup> Véase Holmes (1999).

judiciales, y el nivel de dificultad con que el sistema permite el cambio legal por vía judicial. La RP es un mecanismo tendiente a preservar la vigencia de ciertas decisiones. Como sucede con varias discusiones constitucionales, nuestra posición respecto de esta regla puede verse influida por nuestras ideas acerca de lo bueno o malo que es aquello que se quiere preservar. Si consideramos que el *status quo* es malo, estaremos naturalmente más inclinados a favorecer un cambio de criterio jurisprudencial. Si, al contrario, los tribunales adoptaron una serie de decisiones que hoy defendemos, y que costó conseguir, nos sentiremos inclinados a postular su preservación. (Irónicamente, podría ocurrir que esa dificultad en conseguir una decisión favorable se debiera en parte a que existía un precedente en sentido opuesto que hubo que derribar).

Esta dualidad se da frecuentemente en la práctica. Cuando contamos con un número suficiente de decisiones judiciales que estimamos correctas, tendemos naturalmente a pensar que es hora de blindarlas o de ‘cerrar el grifo’, estableciendo límites a la posibilidad de cambio. Los conservadores de hoy somos los revolucionarios de ayer. Es cierto que no todo se reduce al punto de si nos gusta o no el *status quo* respecto de decisiones *sustantivas*, pues existe un posible valor de la RP vinculado con la estabilidad de la práctica a nivel *institucional*. Uno podría preferir una RP aun cuando tuviera como consecuencia consagrar decisiones con las que no está de acuerdo, antes que contar con un sistema que de tanto en tanto dé la razón a nuestra posición, pero que permita un nivel de fluctuación demasiado alto.

La discusión sobre la RP debe entonces prestar atención al modo en que puede evolucionar un sistema jurídico con o sin esa regla. La RP puede ser una buena idea si se considera importante preservar cierto tipo de decisiones (del color que sean), o que el desarrollo del derecho sea gradual y relativamente consistente. Si se valora más la espontaneidad, los quiebres y la libertad de cambiar el curso de la evolución, incluyendo

la posibilidad de modificar un rumbo erróneo, la RP puede no ser la herramienta más idónea. Sería excelente si esta decisión pudiera adoptarse de manera neutral, sin tener en cuenta decisiones ya tomadas en ciertos temas. En ese caso la discusión sobre la RP no estaría tan sesgada respecto de nuestra opinión sobre ellas. Nuevamente, esto es en parte posible: podríamos mostrarnos a favor de la RP sólo pensando en el valor institucional de la práctica, y no en decisiones sustantivas concretas. Pero cuando el sistema tiene ya un pasado, este pasado ejerce cierta inercia sobre el presente, tiñendo la discusión del color de las decisiones ya adoptadas.

**b. *Tres aclaraciones sobre la regla de precedente.*** Cuando sostenemos que parte de la tradición jurídica argentina es de raigambre europea continental, solemos dar un paso adicional: se sigue de esto que en el país no hay RP. Esto parece natural. Si no hay RP en los sistemas jurídicos que influyeron sobre el nuestro al dar forma al derecho, especialmente el derecho privado, es natural que no exista RP en nuestro sistema. Reconocemos que esta tradición se ha alterado a causa de la introducción temprana de una Constitución. Pero afirmamos que, a diferencia del país en el que principalmente nos ‘inspiramos’ a la hora de escribir la Constitución, en Argentina la RP *tampoco* está muy arraigada en el ámbito del derecho público (no sólo ya en el derecho privado).

Así, sostenemos que la Corte no respeta sus precedentes en temas constitucionales; que las cámaras de apelación no respetan a la Corte ni tampoco sus propias decisiones; y que los juzgados de primera instancia no respetan ni a la Corte, ni a las cámaras, ni a ellos mismos. Y que algo similar ocurre en los poderes judiciales provinciales y en temas no constitucionales, sean de derecho público o privado.

Una primera dificultad que estas afirmaciones tienen es que no están respaldadas por evidencia empírica sistemática. Generalmente, los análisis locales sobre RP se concentran en un número muy reducido de decisiones (típicamente, si una decisión



particular respetó una similar tomada en el pasado), antes que en la evolución de ciertos criterios en áreas determinadas a lo largo del tiempo. La excepción podría ser la propia Corte Suprema (y su actitud frente a decisiones previas), dado que ha recibido un mayor nivel de atención, especialmente en los últimos años.

Este nivel de incertidumbre convierte en especulativas nuestras afirmaciones sobre la (in)existencia real de la RP en Argentina. Entre ellas se incluyen algunas de las que yo mismo formulo aquí. Por eso es que debemos ser prudentes: simplemente no sabemos lo suficiente sobre el tema. A pesar de las intuiciones compartidas que sugieren que la RP en nuestro medio es débil, sería como mínimo esperable que ella variara, por ejemplo, de acuerdo con los temas o áreas del derecho en cuestión, o a lo largo de las jurisdicciones del país (federales o locales).

Pero a un nivel todavía más básico, ni siquiera existe tal cosa como 'la' RP. Ella es una práctica que varía de acuerdo con el contexto al que se la quiera aplicar. Aun aceptando que debe existir una RP en sentido fuerte, cometeríamos un error si nuestras expectativas fueran idénticas a la hora de pensar en cualquier nivel o ámbito de decisión. Formularé por esto tres aclaraciones.

***b1. Regla de precedente horizontal y vertical.*** La primera, más conocida, se relaciona con dos *niveles* distintos sobre los que se puede hablar de RP, o con dos tipos de dinámicas que podemos intentar describir.<sup>6</sup> Podemos así referirnos a la RP *vertical*, para analizar los casos en los que un tribunal debe considerar si aplicar o no un precedente fijado por un tribunal superior (por ejemplo, un juzgado de primera instancia y su cámara de apelación, o una cámara y la Corte en temas federales). En cambio, la regla tendrá o no aplicación *horizontal* cuando un tribunal haya de decidir si reafirma sus propias decisiones (adoptadas con la *misma* o con *distinta* integración). Naturalmente,

---

<sup>6</sup> Esta distinción también puede encontrarse en Legarre y Rivera (h.) (2005).

respecto de los tribunales inferiores ambas dimensiones tendrán aplicación; cuando se trate del tribunal superior en la organización judicial, o respecto de un área determinada, sólo tendrá sentido hablar de RP horizontal.

**b2. Fuerza y valor funcional de la regla de precedente.** La afirmación de que, a la hora de decidir, una jueza se ve *influida* por una sentencia en un caso análogo dictada por un tribunal superior –o por ella misma en el pasado– puede tener distintos significados. Para simplificar la discusión, voy a identificar sólo dos. En primer lugar, puede indicar que para la jueza es útil prestar atención a las decisiones anteriores. Llamémosle a esto el valor *práctico* o *epistémico* que los precedentes pueden tener para quien deba resolver un caso.

Los jueces tienen recursos (tiempo, personal, infraestructura) limitados. Por eso es que al decidir pueden encontrar conveniente analizar lo que ya está dicho sobre el tema. Esta actividad puede iluminar su conocimiento, ahorrándoles así energía que podrán dedicar a casos que sean más novedosos. Pero además, los precedentes pueden ‘cobijar’ la posición de un juez que tenga ya una posición determinada, si éste ve que su posición encuentra aval en la opinión de (alguno de) sus colegas que decidieron antes. Este tipo de dinámica es usual: un juez que postula una solución, pero que no está inicialmente muy convencido de ella, podría reforzar su posición si encuentra que otros en una situación similar siguieron el mismo camino.<sup>7</sup> La existencia de decisiones previas similares, aun cuando no le sume al juez nuevos argumentos, puede funcionar como una suerte de reaseguro. De hecho, cuando digo que los precedentes pueden ser epistémicamente útiles, estoy pensando sólo en el trabajo del juez. Que el juez encuentre útil esa información no implica que el proceso judicial se enriquezca. Al contrario, en casos en que parezca haber un criterio rector claro, el juez podría no verse expuesto a

---

<sup>7</sup> Véase Sunstein (2000).

opiniones diversas.<sup>8</sup> El juez podrá ahorrar esfuerzos sumándose a ese criterio, pero las soluciones podrían ser finalmente más pobres.

En este nivel, el hecho de que una jueza se inspire o encuentre un respaldo adicional en decisiones previas no implica que las tome como obligatorias. Simplemente las considera un material de análisis relevante, que puede ser sacrificado si estima que no son de utilidad (la jueza podría pensar, por ejemplo, que su posición aislada es la correcta, y no la sugerida por las decisiones previas). Pero pese a que esta dimensión no implica que los jueces, cuando lo hagan, respeten precedentes *en tanto* precedentes, en la práctica puede darle alguna estabilidad a ‘cierta’ RP. Una vez que un tribunal adopta una decisión, es menos costoso continuar el mismo camino en el futuro que cambiar el curso.<sup>9</sup> Esto será especialmente así si las preferencias de la jueza, o su interpretación acerca de lo que el derecho dicta para el caso, son suficientemente similares al caso previo, de manera que no se justifique invertir recursos en el esfuerzo necesario para decidir de forma distinta. Aunque la afirmación sea sólo una especulación, entiendo que nuestros tribunales emplean usualmente los precedentes en este sentido.

Pero en los ámbitos en los que la RP está más arraigada, se le suele asignar un sentido más fuerte que el que acabamos de ver. Llamémosle a este sentido la dimensión *autoritativa* de la RP. En el tipo de casos que analicé, los precedentes también podían tener ‘autoridad’, pero a un nivel limitado. El concepto de autoridad es ambiguo. En una de sus acepciones equivale al “[p]*restigio* y crédito que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su *calidad y competencia* en alguna materia.”<sup>10</sup> Al decidir, una jueza podría sentirse inspirada por el prestigio de sus colegas en la justicia.

---

<sup>8</sup> Sobre este punto véase Talley (1999).

<sup>9</sup> Hathaway (2001), pág. 126.

<sup>10</sup> Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22<sup>o</sup> edición. Énfasis añadido.

Pero podría sentir la misma inspiración por la obra que usted, lector, haya publicado sobre el tema en cuestión.

En la dimensión autoritativa, en cambio, los precedentes son obligatorios. Aquí puede verse una de las cuestiones centrales que subyacen a la noción de autoridad o a la obligación de obedecer el derecho. La discusión en estos ámbitos cobra relevancia en situaciones en las que un agente está en desacuerdo con la solución dictada por un órgano dotado de tal autoridad. El debate sería interesante pero mucho menos relevante si los agentes siempre estuvieran de acuerdo con las decisiones emanadas de la autoridad. En el caso de la RP en sentido fuerte se ve algo similar. Pues la cuestión central tiene que ver con la obligación que un juez tendría de obedecer una decisión previa por el simple hecho de que esa decisión fue dictada y se aplica al caso, aunque (especialmente cuando) esté en desacuerdo con ella. En la dimensión horizontal, esto incluso se aplica a casos en los que un juez estuvo en la minoría al resolver el criterio que sentó el precedente. En lo que resta del artículo aludiré a esta versión fuerte cuando mencione simplemente a la RP. Ella es una práctica conocida en el ámbito anglosajón como *stare decisis*, y cuyos contornos analizaré en las secciones siguientes.

La regla no es absoluta, desde luego. En algunos supuestos, un precedente podrá ser dejado de lado. De otro modo el derecho no cambiaría, y el curso inicial de un grupo de decisiones sería siempre determinante hacia el futuro. Pero esto, en los casos en que sucede, no puede deberse a que la RP no fuera en general aplicable. Antes bien, se debe a que la propia regla incluye excepciones, o a que es derrotada en ciertos supuestos por consideraciones más importantes. Esto confirma que la RP es obligatoria. Lo que no puede ocurrir es que sea dejada de lado simplemente porque el juez que ha de aplicarla está en desacuerdo con un precedente en particular. Esta situación no es idéntica a la del juez que 'distingue' el caso que tiene ante sí de un precedente que parecía aplicable.

Como diré más adelante, no siempre será fácil determinar cuándo dos casos son 'distinguibles'. Pero allí donde existan dos decisiones *objetivamente* distinguibles, el juez que no aplica el criterio sentado por el caso anterior no está desoyendo sino respetando la RP.

La RP es una institución que media entre dos órganos de decisión separados en el tiempo (horizontal), o en el tiempo y entre distintos niveles de la estructura judicial (vertical). La decisión del primero producirá una externalidad sobre el segundo; tendrá efectos sobre el modo en que el segundo decide. De acuerdo con una manera de ver esta externalidad, ella es 'negativa', dado que priva a una jueza de la posibilidad de decidir el caso como lo creía necesario. Y si la decisión que la jueza creía necesaria es igual a la regla del caso anterior, esto es sólo por coincidencia (salvo, claro está, que fuera la primera decisión lo que convenciera a la jueza de adoptar la segunda). Aunque técnicamente la segunda decisión fue resuelta por la jueza de la causa, el caso venía ya 'decidido' con anterioridad.

Pero la RP puede producir una externalidad 'positiva'. Puede permitirle a un juez que coincida con el caso anterior ahorrarse parte de los costos en los que podría incurrir al anunciar como propia una decisión determinada, especialmente en temas controversiales. Dicho de otro modo, cuando no existe RP los costos de tomar la primera y la segunda decisión son simétricos. Pero cuando ella existe esto ya no es así: adoptar la primera decisión es doblemente más costoso. La decisión pertenece genuinamente al juez en cuestión, y por ello el juez no puede externalizar los costos de adoptarla. Pero además, dado que sus decisiones deben ser respetadas en el futuro —y que ningún juez debería desear que no lo fueran—, el juez debe estar en condiciones de anticiparse a sus consecuencias. Deberá entonces tener en cuenta las posibles implicaciones que el precedente que fija puede tener en el futuro, en casos análogos al que hoy se decide.

Cuando no existe RP, los jueces pueden ‘saltar’ entre decisión y decisión con mucha mayor libertad. Esto implica que el costo del que escribe una sentencia que (en otro contexto) fijaría un criterio jurisprudencial sea menor.<sup>11</sup>

Los argumentos anteriores son especialmente aplicables a ciertos casos de RP, tanto vertical como horizontal. Menciono dos ejemplos, uno de cada categoría. Supongamos que en un país federal como el nuestro, una provincia adopta una política para combatir la inseguridad que a todas luces viola la Constitución federal. Supongamos también que el noventa por ciento de los habitantes de la provincia está de acuerdo con la política en cuestión. Los jueces provinciales tienen para decidir un planteo de inconstitucionalidad contra ella, y están convencidos de que la política es inválida. Sin embargo, su permanencia en el cargo podría ponerse en duda si la política no sobreviviera. Supongamos ahora que existe una RP en sentido fuerte, y que la Corte Suprema decidió en un caso anterior que una política semejante era claramente inconstitucional.

En este supuesto, al menos parte del costo político que los jueces locales pagarían quedaría salvado por la existencia del precedente. Una precondition elemental para que esto funcione es que la comunidad sepa que la RP integra el derecho vigente. Así, los jueces podrían sostener que ‘no fueron ellos’ los que tomaron la decisión; estaban obligados a hacerlo. La RP puede entonces, como sostiene Julio César, despertar el “desprecio y odio” del juez inferior contra “el ser que limita su libertad”, pero también relevarlo “de la responsabilidad y los terrores inherentes a toda decisión grave”.

Algo similar ocurre a nivel horizontal. Con frecuencia, el máximo tribunal de un país –u otro tribunal con el poder de fijar precedentes– se vale de la RP para ahorrarse el costo de hacer visible una posición en un caso de alta sensibilidad (social, política, etc.).

---

<sup>11</sup> Véase Sunstein (1999), página 46 y siguientes.

Así, busca aplicar antes ese criterio a un caso que sea menos visible, que pueda pasar más desapercibido o que por distintas razones presente menores dificultades, para cerrar o limitar la discusión en torno al segundo. El segundo caso queda así ‘decidido’ al momento de sentenciar el primero. Algunos ejemplos recientes de la Corte Suprema parecen ir en esa dirección,<sup>12</sup> aunque no es claro si para ella la RP tiene este valor autoritativo.

El análisis de la distinción entre la dimensión *epistémica* y la *autoritativa* es pertinente en nuestro país. Como dije, no sabemos lo suficiente acerca de si los jueces argentinos aplican una RP, y en todo caso con qué sentido. En particular, los debates sobre si las decisiones en temas federales de la Corte Suprema deben tener fuerza como precedentes son algo oscuros. Algo similar ocurre en algunas provincias respecto de la relación entre los tribunales superiores y el resto del poder judicial local. Con frecuencia se sostiene que las decisiones de la Corte no son obligatorias para los jueces inferiores, salvo por el ‘valor y prestigio moral’ que puedan merecer.

Esta afirmación no nos lleva lejos. Es equivalente a sostener que, como niño, debo obedecer a mi madre al ponerme en penitencia sólo por el prestigio moral que, según mi criterio, ella tiene. Éste era un sentido muy débil de ‘autoridad’. O los precedentes son obligatorios o no lo son. Y si no lo son, podrán tal vez ser tomados en cuenta ‘por su valor y prestigio moral’, o por su autoridad epistémica, pero no como dictados por una autoridad *en tanto* autoridad. Nuevamente, esto no quiere decir que la obligación de respetar precedentes *nunca* pueda ceder. Quiere decir que la RP no debería limitarse a ofrecer un material adicional que el juez pueda libremente desechar si no está de acuerdo con lo que sugiere.

---

<sup>12</sup> La secuencia de casos “Bussi” (CSJN, sentencia del 13/7/2007) y “Patti” (CSJN, sentencia del 8/4/2008) podría verse de este modo. Un punto central aquí es si ambos casos eran idénticos, algo que no voy a analizar aquí.

Esta ambigüedad sobre el valor de los precedentes de la Corte, compartida por algunos jueces del propio tribunal,<sup>13</sup> es en la práctica justificable. Generalmente las sentencias de la Corte son difíciles de comprender. Esto es así para la ciudadanía pero también para los propios jueces. Los jueces inferiores que quieren seguir el camino trazado por la Corte, haciendo un esfuerzo de buena fe, a menudo se encuentran ante la imposibilidad de discernir un criterio claro. A esto hay que agregar el hecho de que la propia Corte ha variado con gran frecuencia su jurisprudencia, y a veces caprichosamente. O lo que hay que respetar no es claro, o cambia demasiado frecuentemente.

Un punto interesante de este fenómeno es que en parte *responde* a un contexto en el que la existencia de RP no es clara, pero a la vez *refuerza* esta situación de incertidumbre. El lector que haya tenido la oportunidad de estudiar decisiones del Consejo Constitucional francés probablemente haya observado su pobreza conceptual en la mayoría de sus casos.<sup>14</sup> Esto no es casual. El Consejo es el único que analiza la constitucionalidad de las leyes y lo hace antes de que entren en vigencia. Las decisiones del Consejo no tienen que ser leídas por jueces inferiores. Un tribunal que, en cambio,

---

<sup>13</sup> Un ejemplo es el del actual Presidente de la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti. Lo que sigue es su respuesta a un cuestionario formulado por la Asociación por los Derechos Civiles durante el proceso de designación: "Pregunta: ¿Un juez de primera instancia o de Cámara o de un Superior Tribunal provincial, debe sentirse obligado a fallar un caso del mismo modo que lo ha hecho la Corte Suprema en otro caso análogo, en materia constitucional, o cada juez puede fallar conforme su ciencia y conciencia, independientemente de lo que haya resuelto la Corte anteriormente, en otro caso análogo? Respuesta: *En nuestro régimen jurídico vigente no está obligado*. En una práctica constitucional ideal, que esperamos poder construir en nuestro país, seguramente un juez de primera o segunda instancia *se sentiría moralmente obligado a reflejar en sus fallos la interpretación constitucional autoritativa de la Corte Suprema, por el peso de sus argumentos*." Énfasis añadido. Respuestas disponibles en [www.adc.org.ar](http://www.adc.org.ar).

<sup>14</sup> El ejemplo más extremo es su decisión n° 71-44, del 16 de julio de 1971. La decisión fue revolucionaria, pues con ella inauguró una función no prevista explícitamente en la Constitución de 1958: analizar si la legislación viola derechos constitucionales. Y sin embargo fue adoptada mediante una sola oración de tipo silogística. Sus considerandos ocupan un total de... ¡390 palabras!



aspire a que sus sentencias sean respetadas no puede darse este lujo. Tiene que hablar claramente y sin contradicciones.<sup>15</sup>

**b3. Regla de precedente y áreas jurídicas.** Esta distinción se refiere a las áreas jurídicas a las que puede aplicarse la RP. En los Estados Unidos, ellas son al menos tres: a) el derecho constitucional, b) la interpretación de leyes, c) el derecho creado por los jueces (*judge-made law*). Aunque la última dimensión, que representa el rasgo idiosincrásico de la tradición del *common law*, no existe en Argentina con el alcance que tiene en los Estados Unidos, las dos primeras pueden fácilmente extrapolarse al contexto local, con un par de matices. Así, es posible distinguir entre la RP en la interpretación constitucional y la RP en la solución de casos que involucran exclusivamente normas infra-constitucionales. En este último supuesto, puede a su vez distinguirse –como en los Estados Unidos– entre la aplicación de leyes federales y no federales (la diferencia no radica en la aplicación sino en la creación de estas leyes, pues en los Estados Unidos el Congreso federal sólo sanciona leyes federales).

En contra de intuiciones que entiendo son corrientes, en los Estados Unidos la RP es mucho más débil en el ámbito del *common law* (aquellas áreas en las que los jueces tienen un rol más relevante en la creación del derecho, como el derecho de daños) que cuando se trata de interpretar o aplicar leyes sancionadas por el poder legislativo. El fundamento se relaciona con la protección del proceso democrático: la ley no podrá ser interpretada de múltiples maneras.<sup>16</sup> Si la RP es fuerte, sólo existirá un número limitado de interpretaciones, lo que brindará mayor previsibilidad a la labor legislativa. Y si el parlamento no está de acuerdo con ellas, podrá modificar la ley aclarando su sentido. A

---

<sup>15</sup> Oí este argumento de Víctor Ferreres-Comella.

<sup>16</sup> Una buena técnica legislativa también contribuye a que esto no suceda.

pesar de que para el parlamento es costoso modificar una ley, más costoso podría ser que el fin de la norma fuera desnaturalizado.<sup>17</sup>

Una de las razones que explican el tradicional rechazo de la RP en la concepción europea continental del derecho se basa en la misma idea de soberanía parlamentaria. Este rechazo era natural en tanto se pensara que el juez estaba limitado a aplicar mecánicamente la ley al momento de decidir. Implementar la RP hubiera significado concederle demasiado poder a este juez. Recordemos que el mito sobre la aplicación mecánica del derecho estaba justamente reforzado por la necesidad de quitarle poder a los jueces ordinarios, vistos como los representantes de un ‘viejo orden’ que se aspiraba a abolir (como en la Francia de finales del siglo 18).<sup>18</sup>

En este contexto era impensable sugerir la aplicación de una RP. Pero el riesgo de contar con un buen número de interpretaciones discordantes de una ley (el riesgo de que la voluntad legislativa fuera subvertida en la práctica) podía ser más alto que el riesgo de tener un tribunal ‘alzado por encima de las leyes’, reclamando la obediencia de otros tribunales. Esta última, como sugerí, es la idea detrás de la RP en los Estados Unidos, cuando se trata de interpretar una ley sancionada por el Congreso.

Las tres distinciones que formulé son útiles para analizar la justificación de la RP, de lo que me ocuparé en la sección 3. Este análisis es especialmente importante: sólo si la RP pasa el test de su justificación deberíamos prestar mayor atención al modo de consolidarla en la práctica. Pero esto presupone que el funcionamiento de la RP puede ser fácilmente discernido, algo que no es obvio.

---

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, Marshall (1989).

<sup>18</sup> De hecho, el origen de la casación en Francia se explica como una herramienta política (primero parlamentaria, luego cuasi judicial) para disciplinar a los propios jueces. Sólo posteriormente la casación se transformó en la institución judicial que hoy conocemos.

**c.** *El funcionamiento de la regla de precedente.* La RP es una práctica cuyo fin principal es conservar errores judiciales<sup>19</sup> o al menos criterios con los que podría discrepar quien deba aplicarla.<sup>20</sup> Debido a esta circunstancia, un juez podría no verse naturalmente inclinado a respetarla. Si fuera una práctica transparente, esto podría ser fácilmente detectado. Pero no es claro que siempre lo sea. En un extremo, para ciertas teorías críticas, la RP podría simplemente verse como una herramienta que los jueces manipulan a su antojo para decidir lo que de antemano desean decidir.<sup>21</sup> Podemos rastrear este temor en una desconfianza general hacia los jueces. Pero tiene que ver también con la complejidad de aplicar la RP, incluso en aquellos países en donde está más arraigada. Esto se debe principalmente a dos razones, que analizo a continuación.

**c1.** *Reglas y obiter.* En esos países se entiende que un precedente tiene fuerza sólo respecto de la 'regla' que un caso anuncia, y no respecto de un '*obiter dictum*' que el juez haya incluido en su decisión. Se sostiene que lo que diferencia una regla de un *obiter* es que la primera se refiere a una discusión pertinente en el caso, por estar relacionada directamente con los hechos que se discuten en él. Un *obiter*, en cambio, incluye afirmaciones que no eran esenciales para resolverlo.

Una primera dificultad, bastante obvia, se refiere a la identificación de ambas categorías. En algunos casos la regla será evidente. Pero en otros, dos intérpretes técnicamente idóneos podrían disentir de buena fe respecto de cómo distinguir entre lo que es o no esencial para decidirlos. Esto se explica en parte debido a una indeterminación sobre el nivel de abstracción con el que debe interpretarse esta pauta, y sobre la posibilidad de trazar analogías con categorías no contempladas en la decisión.

---

<sup>19</sup> Kornhauser (1989); Schauer (1987).

<sup>20</sup> En la sección 3 analizo este punto.

<sup>21</sup> A modo ilustrativo de esta posición, véase Kennedy (1997).

Ambas cuestiones requieren una toma de posición valorativa por parte de un intérprete que podría no ser compartida por otros.

Sabemos que una manifestación del juez que no tiene relación directa con los hechos de la causa, con aquello que tenía que decidir, no será parte de la regla. Pero en algunos casos puede ser difícil desentrañar cuándo existe esa relación. Quien esté en posición de fijar precedentes podría acompañar su decisión con una pauta sobre cómo habrá de ser interpretada. Sin embargo, esto no evitará que existan situaciones en las que la aplicación de esta pauta (que a la vez habrá de ser interpretada) restringirá insuficientemente el universo de opciones disponibles.

Supongamos que una jueza tiene que decidir un caso en el que está en discusión la validez de una orden de allanamiento. La jueza sostiene que la orden fue válida, y agrega que si no lo hubiese sido, el consentimiento que prestó el hijo menor de edad de un empleado del dueño de casa no hubiera podido excusar esa invalidez. En este caso sabremos que el valor de esta última manifestación es el de un *obiter*, sea que la jueza lo haya querido o no así. Supongamos ahora que en el caso no había orden de allanamiento, y la jueza afirma por consiguiente que el consentimiento (dado por el niño) es inválido. ¿Con qué nivel de abstracción deberíamos leer la decisión? ¿Qué valor asignarle al hecho de que el consentimiento fue dado por el hijo del empleado? ¿Y al hecho de que fuera dado por un niño? ¿Se aplica a cualquier caso de consentimiento ante ausencia de orden judicial?

Sostener que hay que prestar atención a los hechos relevantes no va a disolver estos interrogantes. Pues con frecuencia tendremos problemas para identificar esos hechos relevantes. Por ejemplo, si hacemos demasiado hincapié en los detalles, corremos el riesgo de quedarnos con una regla precisa pero trivial. Sabremos que el hijo menor de edad de un empleado (y podríamos agregar datos más específicos) no puede dar una

autorización válida. Pero esto no nos serviría de mucho: tal vez no nos encontremos con un caso semejante en el futuro.

En parte esto es trivial; la RP no funciona siempre de esta manera. En efecto, un caso aislado puede ser difícil de interpretar. Pero no debemos prestar tanta atención a una sola decisión sino a la evolución de una serie de decisiones en casos más o menos similares a lo largo del tiempo. En muchos supuestos, esto permitirá reducir la discrecionalidad del operador jurídico que tenga a su cargo reinterpretar decisiones pasadas. Lo que quiero señalar es que, en definitiva y como mínimo, existirá una serie de posiciones valorativas sobre cómo acercarse a los precedentes, y no es obvio que pueda haber *siempre* una sola solución correcta. Por ende, dos operadores que aplican la RP de *buena fe* (comprometidos genuinamente con su consolidación) podrían disentir.

Que estas dificultades existan para operadores consustanciados con la RP no debería preocuparnos de por sí. Aun cuando se crea en la objetividad en el derecho, ello no implica que las respuestas que él ofrece deban siempre ser unívocas. El problema es lo que podría ocurrir cuando al intérprete no le interese consolidar la práctica, o no le interese aportar su cuota en esa tarea. Este intérprete (que se acercará de *mala fe* a la RP) podría querer manipular el caso que está analizando, para 'distinguirlo' de otro que es aplicable. Y podría tener un terreno lo suficientemente fértil como para trabajar con los materiales a su disposición. Esto sí debería preocuparnos. El problema puede ser minimizado si el tribunal que crea la regla es claro respecto de sus contornos al describirla. Pero aunque en definitiva se trate de una cuestión de grado, los jueces suelen operar con cierta ambigüedad incluso a la hora de anunciar una regla, de modo de dejar la puerta entreabierta para posibles ajustes en el futuro. Ningún juez quiere renunciar completamente a la posibilidad de adaptar su propio criterio.

**c2. La amenaza del cambio constante.** Aun en los países en los que la RP es teóricamente fuerte se admite que la jurisprudencia cambie ocasionalmente, especialmente a nivel del último órgano judicial a cargo de interpretar la Constitución, como sugeriré en la sección 3. Pero esto no puede ser *sólo* producto del transcurso del tiempo o del cambio de composición del tribunal que dictó una y otra decisión. Además de estas circunstancias deben existir razones de peso que expliquen el cambio. Estas razones pueden relacionarse, por caso, con una modificación en las condiciones (sociales, culturales) bajo las que se decidió el primer caso. O basarse en una discrepancia con el criterio jurídico escogido para resolverlo. Pero el cambio y la discrepancia tienen que ser *muy* significativos.

Una pregunta relevante, sobre la que volveré en la sección 3, es cómo definir exactamente estos límites.<sup>22</sup> Por ahora sólo agregó que distintos intérpretes podrían disentir respecto de cuándo un criterio es lo suficientemente erróneo, o si las condiciones han cambiado de modo relevante como para alterar el criterio en cuestión.<sup>23</sup> Y la propia RP no puede darnos muchas pistas sobre cómo determinar estos puntos. Esto marca otro problema potencial de la RP: cuando hay espacio para el cambio, *todos podrían creerse con derecho a cambiar*. Recordemos que ella prometía domar este tipo de discordancias. Para que la RP funcione, el criterio que se fija debe estar en condiciones de derrotar a las interpretaciones que se le opongan (de jueces que queden obligados por él). Esto muestra que la RP es más fácil de aplicar cuanto más fuerte sea su peso. Pero como sugeriré, al menos en temas constitucionales, una RP demasiado fuerte no es atractiva.

**c3. Precedentes en la práctica.** Nuestra decisión sobre si implementar o defender una RP fuerte, por consiguiente, dependerá en parte del nivel de confianza que tengamos sobre la habilidad técnica de los operadores para crear o desentrañar de un modo

---

<sup>22</sup> Easterbrook (1988), págs. 424-425.

<sup>23</sup> *Ibíd.*

razonable la regla de un caso (o serie de casos). Además deberá depender del grado de confianza que tengamos sobre su compromiso hacia la práctica. Si pensáramos, por ejemplo, que los operadores no harán un esfuerzo genuino por anunciar decisiones respetando la RP, entonces podría ser mejor prescindir de ella, aun cuando *a priori* encontráramos buenas razones teóricas para darle sustento.

Es cierto que los argumentos que podamos articular a favor o en contra de la RP deben ser en parte exógenos al funcionamiento de esta práctica. Si pensamos que hay buenos motivos normativos que avalan la RP, podríamos intentar implementarla, concentrando nuestros esfuerzos en lograr que se lo haga correctamente. Sin embargo, dado que una mala implementación de la RP podría lograr malos resultados (tal vez incluso peores que su no implementación), la pregunta sobre la capacidad y responsabilidad institucional de los jueces es muy relevante. Por ejemplo, en el caso de 'mala fe' antes señalado, la RP podría ser una máscara de objetividad cuya principal función, una vez manipulada, fuera esconder lo que realmente ocurre detrás: un proceso de toma de decisiones completamente discrecional. Los valores que la RP prometía consagrar serían así burlados. En un supuesto semejante, tal vez fuera mejor renunciar a la posibilidad de instrumentarla. En su remplazo podrían crearse las condiciones institucionales para que los jueces se vieran obligados a ofrecer razones públicas y sustantivas de peso (y no meramente el argumento de autoridad de la RP) a la hora de resolver sus casos.

Este punto se conecta con un segundo motivo que alguien puede tener para ser escéptico respecto de la RP, que mencioné al comienzo del trabajo. La RP es una práctica que debe ser evaluada en distintos momentos de la 'vida' de una institución. No es lo mismo analizar la RP en un área relativamente nueva, en la que existen pocas decisiones, que hacerlo en un área en la que las decisiones abundan. Intuitivamente, uno tendería a

pensar que en este último supuesto la RP será más fuerte. Uno esperaría que a medida que los casos se vayan sumando, ellos consoliden una línea jurisprudencial densa en cierta dirección. La huella se hace más honda cuanto más se la recorre.

Sin embargo, esto no parece ser así ni siquiera en contextos en donde la RP es obligatoria, y no necesariamente debido a un cambio en las condiciones que rodeaban al caso inicial. El siguiente motivo podría explicarlo. Si existen sólo dos decisiones en un área particular, habrá sólo dos posibilidades: que ambas sean iguales, o que difieran en algún aspecto. La segunda decisión respetará o no el criterio fijado en la primera. Cuantas más decisiones existan, en cambio, mayor posibilidad habrá de encontrar soluciones intermedias o más matizadas (mientras será claro que algunas caerán fuera del universo de interpretaciones posibles de una línea de precedentes, otras serán dudosas, y finalmente otras se ajustarán a él, complementándolo). Se encontrarán excepciones a la regla de un conjunto de casos, y excepciones a las excepciones.<sup>24</sup> Por ende, mayor será la posibilidad que un juez tendrá de recoger o ‘pescar’ alguna de esas decisiones para fundar la solución que prefiera.

Un trabajo reciente exploró este punto empíricamente.<sup>25</sup> Los autores, Stefanie A. Lindquist y Frank B. Cross, buscaban determinar el papel que jugaba la ‘ideología’ de los jueces, y si la RP lograba constreñirla. En primer lugar, encontraron que ella tenía un rol mucho más importante en áreas en las que no había precedentes aplicables que en aquellas en donde existía una cantidad limitada de casos ya decididos. Pero los investigadores buscaban determinar qué sucedía cuando las decisiones judiciales en un área comenzaban a acumularse a lo largo del tiempo. Encontraron que, efectivamente, el rol de la RP seguía siendo fuerte, manteniéndose estable o incluso aumentando gradualmente. Pero sólo hasta cierto nivel. Cuando existía una cantidad considerable de

---

<sup>24</sup> Lindquist y Cross (2005), pág. 1188 y siguientes.

<sup>25</sup> *Ibíd.*



decisiones en un tema, el valor de la RP descendía. Incluso cuando las circunstancias externas no habían cambiado, los jueces se sentían más libres para decidir del modo en que creían conveniente.

Completo el punto que sugerí: si la cantidad de decisiones y matices es grande, la RP no brindará mucha ayuda para limitar la discrecionalidad del intérprete. A la hora de decidir, una jueza podrá tener a su disposición una paleta amplia de colores para seleccionar el que más se ajuste a su solución preconcebida. El estudio mencionado es temporal y temáticamente acotado, y fue llevado a cabo en un contexto distinto al nuestro. Pero si bien otros estudios podrían mostrar otros resultados, al menos en el contexto local ellos no existen. El ejemplo en todo caso nos sugiere moderar nuestra fe en la RP como instrumento para limitar a los jueces. Suponiendo que todos se pusieran de acuerdo en comenzar a respetar precedentes, la pregunta sería *qué respetar*. En ciertos temas probablemente existan decisiones de todos los matices imaginables.

### **3. LA JUSTIFICACIÓN DE LA REGLA DE PRECEDENTE**

**a. Consistencia, igualdad, previsibilidad y transparencia.** Usualmente se destaca que la RP protege distintos valores. Todos se relacionan con la *consistencia* que ella promovería. Así, un juez actuaría de manera inconsistente si decidiera de forma distinta dos casos que en sus aspectos relevantes son suficientemente similares. Lo mismo sucedería si una jueza ignorara un caso similar de un órgano situado más arriba en la estructura judicial.

El primer valor es de tipo intrínseco. Al respetar la consistencia, la justicia estaría honrando su compromiso con cierta visión de la igualdad; estaría tratando de manera igual a personas igualmente situadas. Este valor es inicialmente fuerte. Pero como diré, no es obvio que la igualdad exija *siempre* esta salida. El segundo es tanto intrínseco como instrumental: la posibilidad que las personas tienen de planificar sus acciones de

acuerdo con el marco legal. Si dos decisiones en un caso idéntico tuvieran una solución distinta, el estado estaría cambiando las normas retroactivamente, sin aviso previo. Esto implicaría –además de una posible violación a la igualdad– que las personas no estén en condiciones de ajustar sus expectativas y conductas a las reglas vigentes. Poco importa el mito de la tradición jurídica continental, según el cual el juez sólo aplica el derecho y no crea nuevas reglas. Esto no es así en la práctica, al menos en casos en que las normas no tienen un significado auto-evidente para todos los supuestos que puedan plantearse bajo su amparo. Finalmente, un último valor que la RP podría promover es la transparencia (y la *apariencia* de transparencia) de la justicia, especialmente cuando los jueces que fijan un criterio son quienes deben decidir si respetarlo.

En suma, la aplicación de la RP reafirmaría la noción de que los jueces deciden en base a reglas y no a caprichos, preferencias personales o influencias indebidas.<sup>26</sup> Dado que no existe ‘una’ RP, el análisis sobre su justificación debe desdoblarse. Comienzo entonces por la dimensión horizontal, y luego paso a la RP vertical. Concluyo la sección con un análisis breve de los fallos plenarios, en los que se combinan ambas dimensiones.

**b. Regla de precedente horizontal.** El análisis de esta dimensión es relevante por dos razones. Puede tener validez autónomamente aunque se rechace la dimensión vertical. Pero además, al menos en ciertos temas tendrá características peculiares. En este artículo sólo puedo ocuparme de algunos aspectos vinculados con ella. En primer lugar analizaré un supuesto situado en la intersección de las aclaraciones que formulé: *la RP a nivel de la Corte Suprema argentina, cuando decide en temas constitucionales.*

**b1. Corte Suprema y casos constitucionales.** El lector podría pensar que la Corte debería respetar fuertemente sus propias decisiones en temas constitucionales. Después de todo,

---

<sup>26</sup> Desde luego, esto presupone que tiene sentido hablar de RP, lo que equivale a decir que si en una comunidad jurídica existe consenso sobre la necesidad de respetar la regla en un sentido fuerte, los jueces *estarán en condiciones* de hacer un intento de buena fe por respetarla. Y que lo *harán*. Sugerí que ninguna de estas dos cosas era obvia.

es el tribunal situado en la cúspide del poder judicial nacional, y debería dar un ejemplo de coherencia institucional tanto a la comunidad como al resto de los jueces. Esto es cierto, pero con varios matices.

En primer lugar, un primer factor debilita la RP horizontal cuando se trata de la Corte. Si la RP fuera tan vigorosa, la única manera de cambiar el criterio fijado en un caso sería reformar la Constitución, pues la propia Corte no podría hacerlo. Un 'error' quedaría cristalizado, sin que existiera una forma relativamente simple de solucionarlo (sabemos que una reforma constitucional es costosa en términos de las mayorías necesarias para llevarla a cabo, y sabemos también que reformar una y otra vez la Constitución puede ser problemático; es precisamente por eso que es difícil reformarla). Puesto de otro modo, la fuerza de la RP suele ser directamente proporcional a la facilidad de modificar por otros medios una decisión errónea.<sup>27</sup> En los Estados Unidos, por ejemplo, es sobradamente aceptado que la RP a nivel horizontal en temas constitucionales no tiene tanta fuerza cuando se trata de la propia Corte Suprema.

Este argumento tiene un aspecto poco intuitivo. Cuanto menores sean las exigencias que la Constitución plantee para su reforma, menor será en la práctica el poder del que goce la Corte. Una interpretación que la ciudadanía estime contraria a sus intereses podrá ser modificada mediante una reforma constitucional. Pero si las exigencias para reformar la Constitución son altas, la Corte enfrentará una RP horizontal más leve, debido a la necesidad de habilitar una vía de cambio que sea menos dramática que una reforma constitucional. Esto produce el resultado paradójico de que cuanto más difícil sea reformar *formalmente* la Constitución, más poder tendrá la Corte para

---

<sup>27</sup> A modo ilustrativo, véase Easterbrook (1988), pág. 429. Legarre y Rivera (h.) (2005) mencionan brevemente un punto similar.

cambiar sus interpretaciones, reformándola *virtualmente* con cada una de ellas.<sup>28</sup> Pero esto último podría ser necesario.

Decir que los precedentes no han de tener ‘tanta’ fuerza para la propia Corte no implica sostener que deberían tener una fuerza ‘nula’, si por otras razones se concluyera que ellos deberían ser respetados. Esto no puede traducirse en números, pero suponiendo que ‘RP’ fuera la regla en el sentido más fuerte posible, en estos casos ella valdría algo así como RP –1. Este punto, sobre la obligatoriedad –aunque relativa– de la RP, es el segundo que quiero estudiar. Solemos sostener que el mero hecho de que la mayoría de la Corte no coincida con un criterio aplicable al caso que analiza no es motivo suficiente para que se lo *ignore* o *deje sin efecto*.<sup>29</sup> Los precedentes, así, serían obligatorios en casos similares salvo errores que tengan un peso suficientemente importante. Pero, ¿por qué?

Para simplificar el análisis, voy a mencionar dos ejemplos extremos: un supuesto en el que la misma jueza (o los mismos jueces de un tribunal colegiado) decide dos casos similares, y otro en el que la jueza que decide el segundo caso es la sucesora en el cargo de la primera, o en el que el tribunal colegiado cambió completamente su composición entre uno y otro caso.<sup>30</sup>

Cuando sostengo que ambos casos son semejantes, presupongo que ellos presentan unos hechos o un problema suficientemente similares (voy a suponer que las cuestiones analizadas en la sección 2 no plantean un obstáculo), pero además que la información disponible es la misma en ambos casos. Podría suceder que, al momento de decidir el segundo caso, se agregara información verdaderamente relevante –producto de una nueva investigación o un desarrollo técnico– que antes no había podido ser

---

<sup>28</sup> *Ibíd.*

<sup>29</sup> La diferencia entre estas dos categorías es usualmente más clara para otros tribunales (por ejemplo, la Corte estadounidense) que para nuestra Corte.

<sup>30</sup> El ejemplo es extremo porque los tribunales colegiados usualmente se renuevan de modo gradual.

tenida en cuenta, o que existieran cambios en circunstancias sociales o económicas importantes. Pero en algún sentido, si esto sucediera el segundo caso no sería completamente similar al primero. Esta afirmación no es categórica porque depende de cuestiones que no puedo desarrollar aquí; entre otras, si la justicia debe ser receptiva, y en todo caso de qué modo, a tales cambios, o cómo se juzga qué circunstancias o piezas informativas son relevantes. Todos estos problemas, en parte ajenos a la RP, suman complejidad a su aplicación.

En mi hipótesis, entonces, todos los elementos necesarios para decidir el segundo caso estaban ya disponibles al momento de decidir el primero. Puesto de otro modo, los jueces saben que ambos casos son idénticos. Un ejemplo es el de una cuestión netamente normativa que no experimentara un gran desarrollo durante el lapso de tiempo transcurrido entre las dos decisiones. El lector se podrá preguntar qué tan frecuentes serán estos supuestos. Antes argumenté que una de las características de la RP es que no siempre existirá consenso para determinar cuándo dos casos son iguales. Sin embargo, analizar el tema bajo esta hipótesis es importante. Ella presenta el caso más fuerte a favor de la RP. Si la RP no se justifica cuando tal consenso existe, difícilmente pueda justificarse cuando esté ausente.

**b2. *Tribunales con idéntica integración.*** En este supuesto, los jueces deberán tratar ambas situaciones de modo idéntico, salvo que antes hayan cometido un grave error. Si creyeran que cometieron tal error, deberían explicar de manera convincente qué lo provocó y por qué esta nueva decisión lo solucionaría. De otro modo, los jueces estarían contradiciéndose sin justificación. Con ello podrían afectar la apariencia de independencia o la seriedad de la justicia: podría pensarse que el cambio de criterio responde a influencias indebidas, o a un comportamiento caprichoso.

Supongamos que un grupo de amigos me comenta que no pueden ponerse de acuerdo sobre qué decisión tomar respecto de cierto problema práctico que enfrentan: cómo formar parejas para jugar una serie de torneos de ping-pong. Pero me cuentan que se pusieron de acuerdo sobre la siguiente meta-decisión: todos aceptarían mi veredicto. En la primera ocasión en la que tengo que decidir, en la que se presenta un sub-grupo de estos amigos, lo hago a favor de cierto criterio: cada pareja debería estar conformada por un hombre y una mujer. El primer torneo comienza; no debería volver a decidir el tema. Pero supongamos que pese a aceptar mi 'autoridad', dos miembros hombres del grupo plantean un caso similar antes de comenzar el segundo torneo. Quieren que se les permita constituirse en pareja, pese a no cumplir con el criterio mencionado. Si no cometí un error grave al tomar la primera decisión, y si no existen hoy nuevos argumentos, ¿qué razón podría justificar mi cambio? Ninguna, incluso cuando con mi cambio no podría perjudicar ya a las parejas que jugaron el primer torneo.<sup>31</sup>

Si bien es cierto que este principio podría obligar a mantener vigentes interpretaciones que hoy se creen erróneas (aquellas que no sean *tan* graves; admito que la inclusión de adverbios semejantes abre un gran espacio de ambigüedad), con ello se evita que los mismos jueces den soluciones distintas a los mismos problemas.

**b3. Tribunales con distinta integración.** ¿Es este caso igual? La pregunta relevante es por qué los jueces de hoy deben sentirse atados por la decisión tomada ayer por *otros* jueces. Una posible respuesta es que para la RP no existen diferencias entre, por llamarlos de alguna manera, los puntos de vista *interno* (el de los jueces) y *externo* (el del sistema jurídico en general). Podría no ser relevante que los jueces no fueran los mismos. Si las decisiones cambiaran, sería el sistema jurídico, y no ya los jueces, el que

---

<sup>31</sup> Alguien podría desafiar la afirmación de que con el cambio de criterio no se perjudica a nadie. En el ejemplo, la primera pareja que quería formar un equipo del mismo sexo podría sostener que se obligó a sus miembros a competir en condiciones desfavorables. En el próximo apartado analizaré una aproximación a esta cuestión.

estaría tratando a las partes de manera inconsistente. Especialmente porque el órgano funcional (el tribunal) sigue siendo el mismo.

Este último argumento es plausible, pero no al punto de equiparar completamente ambas situaciones. La cuestión se relaciona con el alcance del requisito de consistencia en este caso. Supongamos que un tribunal considera que la decisión que sus antiguos miembros tomaron es errónea. La pregunta es si los jueces deberían sentirse más obligados a respetar la RP que a anunciar una respuesta correcta. La discusión –en filosofía normativa– sobre igualitarismo va a ser de ayuda aquí.<sup>32</sup> Una objeción frecuente a ciertas teorías que predicán *radicalmente* el valor de la igualdad por sobre cualquier otro valor es que su implementación (en el plano que sea) puede implicar una ‘nivelación para abajo’. Si *x* tiene un bien que no puede ser asegurado a *y*, la idea de privilegiar radicalmente la igualdad puede obligarnos a privar a *x* de ese bien, aun cuando con ello no se beneficie a *y*.<sup>33</sup>

De acuerdo con este argumento, si la Corte tuviera que decidir de la manera en que (con otra composición) decidió anteriormente, aun cuando el caso anterior es en su opinión un error, se la estaría obligando (desde su perspectiva) a ‘nivelar para abajo’. Se la estaría obligando a dar una respuesta incorrecta a las partes que hoy reclaman una solución, sin que con esto se beneficie directamente a nadie. En algún sentido, el punto de vista interno (el de los jueces) podría tener una entidad especial.

Es cierto que, sin importar quiénes sean los jueces, el sistema jurídico estaría dando dos respuestas distintas a casos idénticos. Pero no deberíamos perder de vista la naturaleza del ‘error’ que estamos analizando en estos ejemplos. Nos enfrentamos a casos en los que los jueces de hoy discrepan con la solución normativa que otros dieron

---

<sup>32</sup> Véase Parfit (1997).

<sup>33</sup> Una teoría genuinamente igualitaria no tiene por qué enfrentarse a estas objeciones. Véase Marcelo Alegre, “¿Quién le teme a la igualdad?”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27 (2004), páginas 181-210. El argumento sobre ‘nivelación para abajo’ lo oí en un intercambio con Víctor Ferreres-Comella.

ayer. Como estamos descartando la posibilidad de errores groseros, esta discrepancia probablemente gire en torno a cuál es la mejor solución (de acuerdo con la teoría o núcleo de teorías que sea) a un problema normativo determinado. Podrá suceder que dos soluciones sean igualmente plausibles, o que una lo sea más que la otra, sin ser ninguna groseramente equivocada. De alguna manera, entonces, se estaría obligando al tribunal a 'nivelar para abajo' cuando se le exige que brinde una solución que considera errónea sólo porque sus antiguos jueces la adoptaron antes.

El punto de vista interno, entonces, podría marcar una diferencia respecto del supuesto anterior (el de los mismos jueces). Los jueces que deben decidir el caso hoy podrían sostener legítimamente, de una manera que no podían hacerlo en el otro supuesto, que se los estaría haciendo aceptar una visión errónea del derecho. Pero además, el punto de vista externo, sobre la importancia de que el sistema jurídico en general trate de igual manera casos idénticos, debería estar en condiciones de acomodar algunos de estos cambios de criterio. Después de todo, muchas de las preguntas constitucionales más complejas con las que nos enfrentamos no tienen una solución indudablemente correcta, y la respuesta dependerá en parte de quién sea la persona a la que le toque responderla. El requisito de consistencia es entonces más leve.

No afirmo que en este último supuesto el respeto de precedentes a nivel horizontal deba desaparecer. Aunque con matices, creo problemático que los jueces cambien de criterio *sólo* porque discrepan con la solución anterior. Pero este cambio de criterio no debería prohibirse por el mero hecho de que los jueces hoy puedan creer erróneamente que la decisión anterior es equivocada. Porque los jueces de ayer también podrían haber creído erróneamente que su decisión era correcta. No hay un principio intrínseco que convierta la decisión anterior en epistémicamente más valiosa que la de hoy. Si merece un respeto especial no es necesariamente por su contenido sino por el



hecho de haber precedido en el tiempo a la segunda. Y si está prohibido un cambio de criterio, esta prohibición no puede deberse sólo a la posibilidad de cometer un error. Tiene que haber algo más: que alguien salga perjudicado seriamente, o que el derecho pueda convertirse en una sucesión de principios inconexos si esa actitud se generaliza.

**b4.** *Consistencia, coherencia e integridad.* Como insinué, el valor de la *consistencia* es más bien formal. Postula la existencia de una relación entre decisiones individuales; una serie de decisiones que no respeta este valor es contradictoria.<sup>34</sup> Pero como sostienen Lewis Kornhauser y Lawrence Sager, la consistencia puede ser distinguida de un segundo valor: la *coherencia*.<sup>35</sup> Éste último valor es más sustantivo o –si se quiere– estético que formal; refleja la unidad conceptual de un sistema jurídico. Como afirman los autores mencionados:

La coherencia no exige que las premisas del sistema sean correctas, pero sí requiere que formen o reflejen una visión unitaria de la porción del mundo que el sistema modela. Un sistema legal perfectamente coherente debería reunir elementos normativos derivables de un número relativamente limitado de premisas no contradictorias, que sean razonablemente generales en su forma y que compartan una concepción razonable de política social.<sup>36</sup>

Si un tribunal con los *mismos* miembros decidiera dos casos idénticos de manera distinta, estaría violando la consistencia; estaría siendo contradictorio. Presumiblemente, estaría violando también la exigencia de coherencia. Los mismos jueces difícilmente podrían sostener que la concepción del derecho que comparten exige diferenciar entre supuestos idénticos (recuérdese que estamos presuponiendo que el

---

<sup>34</sup> Kornhauser y Sager (1986), pág. 102 y siguientes. La terminología empleada importa menos que el significado de ambos conceptos.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid*, pág. 105. Mi traducción.

estado del mundo es el mismo en ambos casos). Pero no es obvio que esto sea igual en el caso de un tribunal con *distintos* jueces. En ciertos supuestos, los jueces podrían necesitar alejarse de un criterio señalado por otros jueces para respetar la coherencia general del sistema jurídico, de acuerdo con las exigencias que, *según su propia concepción*, tal sistema supone. Desde luego, esta concepción incluirá una posición sobre el rol del juez, el respeto de los precedentes y el valor de la consistencia entre decisiones judiciales. Y difícilmente honrará la coherencia si postula una completa ignorancia de la historia. Pero podría también incluir *otros* elementos, como un compromiso con ciertos principios sustantivos. El balance entre todos estos elementos podría ser distinto para distintos jueces, incluso cuando cada uno de ellos tuviera una concepción coherente del derecho.<sup>37</sup>

El valor de la coherencia –así definido– es relativamente cercano al concepto de *integridad* postulado por el filósofo del derecho estadounidense Ronald Dworkin. El lector probablemente esté familiarizado con su concepción del derecho. Respecto de lo que aquí interesa, Dworkin sostiene que el derecho debe verse como una práctica colectiva que se construye mediante pequeños aportes de distintos agentes, que a la vez interpretan esa práctica y contribuyen a ella para mejorarla, a la manera de una novela en cadena.<sup>38</sup> El estado monopoliza el ejercicio de la coacción legal. Por esto es esencial que las respuestas que dé a las personas respondan a una interpretación del derecho que lo muestre honrando la integridad. Esto asegura “un tipo de igualdad entre los ciudadanos que hace más genuina su comunidad y mejora su justificación moral para ejercitar su poder político.”<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> *Ibid*, págs. 112-113.

<sup>38</sup> Dworkin (1997).

<sup>39</sup> *Ibid*, pág. 77.

Tomarse en serio esta idea de integridad implica –en buena medida– respetar las decisiones del pasado, entre ellas las decisiones judiciales. Pero esto no significa que los precedentes deban regir siempre o para siempre. Desde luego, el mero paso del tiempo no debería ser motivo suficiente para justificar un cambio; tampoco podría serlo la mera existencia de decisiones divergentes. De otro modo el ideal de integridad se burlaría de los precedentes: sería la propia falta de respeto de los precedentes o la flexibilidad en su aplicación lo que justificaría apartarse de ellos.

Pero la teoría de Dworkin sugerirá alejarse de un criterio vigente si éste impide que el sistema jurídico en su conjunto honre su compromiso con el valor de la integridad. No es condición para esto que los jueces anteriores hayan resuelto violar conscientemente este valor. Podrían tener una interpretación distinta de la de los jueces actuales respecto de lo que él exige en el caso concreto. Pues la integridad juega un rol aun cuando se disienta “acerca de [lo que ella] requiere... en circunstancias especiales. La obligación política... se convierte en una idea más protestante: fidelidad a un esquema de principio que cada ciudadano tiene la responsabilidad de identificar, finalmente por sí mismo, como el esquema de su comunidad.”<sup>40</sup>

**b5. Cambios de criterio.** Una vez más, no sostengo que los jueces puedan cambiar de criterio libremente, y que el único requisito sea no haber tomado parte en la decisión anterior. Ciertas nociones vinculadas con la igualdad son relevantes para postular el respeto de la RP. Por otro lado, el argumento de la ‘nivelación para abajo’ no es completamente útil. Como sucede con la mayoría de las decisiones judiciales, las sentencias de la Corte reparten ganancias y pérdidas a las partes. Si fuera el caso que la primera decisión viola un derecho, podría ser necesario que la Corte no se sintiera atada por ella. Pero el cambio de criterio podría perjudicar a alguien. Desde luego, los jueces

---

<sup>40</sup> *Ibid*, pág. 141.

que desean cambiar el rumbo tenderán a pensar que el cambio no vulnera un interés relevante. Con todo, podrían estar equivocados. Lo que según ellos, desde su perspectiva interna, es un intento por solucionar un error –un intento de no nivelar para abajo–, desde la perspectiva externa podría representar un daño causado a una de las partes.

Pero este punto no debe exagerarse al extremo de prohibir que los jueces que deciden hoy cambien un criterio adoptado por otros jueces. Podrán hacerlo, como mínimo, si están convencidos de que no causan un daño ostensible a una de las partes. Por ejemplo, esto ocurrirá en casos en los que haya un derecho en juego, la decisión anterior lo haya restringido de un modo que el tribunal hoy considera excesivo, y la otra parte no tuviera un interés lo suficientemente fuerte como para derrotar ese derecho. Un caso de este tipo es el de las garantías constitucionales frente al poder punitivo estatal. Si la nueva decisión de la Corte implicara, por caso, restringir las facultades persecutorias del fiscal, el fiscal no podría alegar que se lo está tratando de un modo que revela poco apego con el valor de la igualdad. Primero, porque es un representante del estado, que es precisamente el encargado de tratar a los individuos de manera igualitaria, y no quien merece ser tratado de esta forma.<sup>41</sup> Pero además, porque difícilmente podamos sostener que la ‘sorpresa’ del fiscal ante la nueva decisión implica hacerle aceptar una nueva regla de un modo injustificado. El fiscal podrá decir que este tipo de sentencias impacta sobre su trabajo, al no tener certeza sobre qué efecto tendrán las decisiones que tome. Pero tal vez éste sea un costo justificado.

El argumento sobre la igualdad, recordemos, no se agota con la dimensión individual; con el modo en que el derecho trata casos particulares. Existan o no derechos en juego, el derecho *como práctica* podría resultar consolidado cuando se respeta de manera general la RP. Vemos como algo valioso que un juez que está en desacuerdo con

---

<sup>41</sup> Por razones de brevedad, dejo de lado el argumento potencial de que las víctimas (ya no el fiscal) tendrían este derecho.

una decisión anterior se someta igualmente a ella. Es de este modo que la RP es finalmente autoritativa. Pero a veces honrar la coherencia podría exigir *no* respetar la RP. Además, a un nivel más básico, tal respeto tiene que estar relacionado con algún valor que sea más fuerte que la necesidad de decidir del mejor modo posible. En mi último ejemplo, ninguno de los valores en juego (la transparencia, la consistencia, la coherencia y la previsibilidad) parecía demandar tal respeto.

Una defensa ciega de la RP, aun cuando no beneficie directamente a nadie, podría implicar una defensa injustificable del *status quo*. Como sugiere David Lyons, “[P]erpetuar un precedente injusto es, en efecto, cometer una injusticia a una parte, mientras que no hacerlo podría no generar ninguna desventaja a la parte que de otro modo hubiese ganado.”<sup>42</sup> Es cierto, se dirá que doy vueltas en círculos. Obligar al litigante a ‘tolerar’ un criterio que para el tribunal es erróneo podría ser el costo que él debería pagar, en pos de consolidar una práctica que finalmente beneficiará a todos, incluyéndolo a él mismo.

Pero no estoy seguro de que el principio deba tener siempre tales consecuencias, incluso cuando exista cierto costo en términos de previsibilidad. Como sostiene Frederick Schauer, “[e]l valor de la previsibilidad en realidad consiste en hacer un balance entre la ganancia esperada y la pérdida esperada. Debemos preguntarnos qué tan importante es la previsibilidad para aquellos afectados por la decisión, y si ese nivel de previsibilidad vale el precio de la reiteración de resultados sub-óptimos, multiplicado por los costos de esos resultados sub-óptimos. Pero no existe una respuesta correcta a este cálculo; ella dependerá del tipo de casos que alguien deba decidir.”<sup>43</sup> Cuanto más importantes sean esos casos, como aquellos con los que trata el derecho constitucional, mayor podrá ser la necesidad de resultados correctos.

---

<sup>42</sup> Véase Lyons (1985), pág. 511. Mi traducción.

<sup>43</sup> Schauer (1987), pág. 598. Mi traducción.

En suma, afirmar que la mera discrepancia no puede justificar un cambio de criterio es en parte correcto. Pero la afirmación tal vez esconda un miedo o sensación de incomodidad que los abogados tenemos respecto de la actuación de la justicia. Solemos identificar a la política como el ámbito de la deliberación, pero también el de las negociaciones entre partes interesadas. Los desacuerdos, en la política, intentan resolverse discutiendo y negociando, pero en última instancia votando. Los tribunales, en cambio, deberían ser foros de principio, en donde las negociaciones, las preferencias egoístas y los intereses no tengan espacio. Sabemos sin embargo que, en definitiva, los jueces de tribunales colegiados *también* resuelven sus desacuerdos votando. Como afirma Jeremy Waldron, esto nos incomoda.<sup>44</sup>

Cuando sostenemos que los jueces de hoy deben respetar las decisiones de los de ayer, no queremos dar crédito al hecho de que los jueces tienen visiones y preferencias determinadas, y a veces contrapuestas, sobre cómo resolver ciertas cuestiones. Y que si esas cuestiones son sometidas a la votación de jueces liberados de mecanismos como la RP, el derecho puede cambiar dramáticamente de acuerdo con los cambios de composición del tribunal. El foro de principio pasaría a ser visto como apenas otro foro de intereses, pero con desventajas obvias respecto de la política. (Por ejemplo, a diferencia de los legisladores, no existen muchas razones que expliquen por qué los jueces deben decidir por mayoría y no, por caso, por unanimidad.)<sup>45</sup>

Este temor es en parte justificado, pero también exagerado. El hecho de que no exista una práctica como la RP –algo que no estoy necesariamente alentando– no implica que los jueces puedan hacer prevalecer sus preferencias personales. Fuera de la RP, existen varios mecanismos para restringir la discrecionalidad judicial. Uno es lograr que las discusiones sean suficientemente abiertas y participativas, y que los jueces rindan

---

<sup>44</sup> Waldron (2006), pág. 1391 y siguientes.

<sup>45</sup> *Ibíd.*

cuentas de sus acciones (escribiendo con fundamentos claros y entendibles) ante una sociedad atenta.

Como apunté, la situación podría incluso ser la inversa. Dadas ciertas condiciones, la RP puede permitir que un juez esconda sus preferencias personales tras la fachada del respeto de los precedentes. Si en cambio la comunidad jurídica arriba al consenso de que la RP no está justificada o no es parte del derecho vigente, luego podrá concentrarse en fiscalizar las decisiones de los jueces de acuerdo con otros estándares (fuera del respeto a la RP). Será especialmente relevante el nivel de persuasión que tengan sus argumentos. La invocación del pasado podrá ser uno de ellos, pero ya no será un argumento basado en la idea de autoridad.

*c. Regla de precedente vertical.* En este caso también podré ocuparme sólo de algunas de las cuestiones relevantes. Un punto general es que aceptar una RP fuerte a nivel vertical implica aceptar que el sistema de toma de decisiones judiciales (en el tema que sea) tienda a centralizarse. El tribunal o conjunto de tribunales que tenga por función fijar precedentes tendrá más poder, en el sentido de que sus decisiones tendrán mayor influencia.

*c1. Democracia y autonomía individual de los jueces.* En contra de la RP vertical en nuestro país se han defendido dos argumentos. El primero tiene que ver con la *democracia y la división de poderes*: al existir una RP en temas infra-constitucionales, el tribunal que reclama el respeto de sus decisiones se sitúa por encima de las leyes.<sup>46</sup> Este razonamiento no es convincente. El mismo punto sobre el respeto del parlamento podía emplearse como justificación antes que como crítica de la RP. Nada impide que el poder legislativo ‘deje sin efecto’ hacia el futuro una interpretación de sus leyes con la que no esté de acuerdo. Es cierto que modificar una ley es costoso. Pero en todo caso no es obvio

---

<sup>46</sup> Para una ilustración de esta posición, véase la cita de la nota siguiente.

que el poder legislativo prefiera la posibilidad de enfrentar una legión de interpretaciones distintas, antes que contar con un horizonte de mayor claridad al evaluar cómo se aplican las leyes que sanciona.<sup>47</sup>

El segundo argumento es que la RP comprometería el principio de *autonomía o independencia del juez* individual, en este caso respecto de otros jueces. Así, un juez perdería independencia si tuviera que obedecer criterios fijados en casos en los que no participó. En un intento por encontrar sustento jurídico a esta posición suele citarse el artículo 116 de la Constitución, que refiriéndose a los jueces nacionales sostiene que les corresponde “el conocimiento y decisión” de “las causas”.<sup>48</sup> Tener que obedecer un precedente impediría a un juez ‘conocer’ y ‘decidir’ en una ‘causa’. Pero al igual que otras

---

<sup>47</sup> Más allá del tema de los plenarios, en una estructura federal con los rasgos propios de nuestro país, la posibilidad de centralizar la interpretación de las leyes es limitada, incluso *con* RP. La Corte no tiene el poder de hacerlo en temas de ‘derecho común’, y un eventual tribunal de casación a nivel nacional que tomara este rol sería sospechoso constitucionalmente. Pero al menos sí lo tendría el tribunal superior de cada provincia. Si un número de provincias que el Congreso de la Nación estime suficiente adoptara un criterio con el que este órgano no estuviera de acuerdo, la ley podría ser modificada, aclarando su sentido para el futuro.

<sup>48</sup> A modo ilustrativo de esta posición usual, véase el voto del ex Juez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires Elías H. Laborde en el caso “Olivera Enrique”, resuelto en 9/1992. Según Laborde,

“La inaplicabilidad [de la doctrina de la obligatoriedad general de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación] surge de la simple expresión de la regla constitucional por la que los tribunales judiciales sólo resuelven dentro del marco de las causas concretas en que conocen (arts. 31, 100 [hoy 116] y 101 [hoy 117] de la Constitución nacional)... La obligatoriedad... implicaría introducir un componente externo dentro del sistema del art. 31 de la Constitución nacional. Además, el art. 100 limita la competencia de la Corte Suprema a las particulares "causas" en que intervenga, restricción que se repite cuando el art. 101 se refiere a los "casos" en que ejercerá su jurisdicción". En cambio, la doctrina de la obligatoriedad no encuentra apoyo expreso ni implícito en nuestro ordenamiento jurídico. La decisión final a que se refiere el art. 100 de la Constitución lo es, por cierto, dentro de los límites de las causas en que aquélla se produce. Si las sentencias de la Corte Suprema de la Nación impusieran dependencia más allá de los procesos en que se dictaren equivaldrían, cuando interpretaran leyes, a la ley misma y, cuando interpretaran a la Constitución, a la propia Constitución. Pero el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes. Y no se advierte una zona intermedia: no bien la sentencia judicial fuese dotada de imperatividad general, impersonal y objetiva resultaría provista, por ese sólo hecho, de los caracteres que nuestro sistema republicano reserva a la Constitución y a la ley. La diferencia existente entre las normas constitucionales y legales y las sentencias judiciales es cualitativa y, en consecuencia, no puede obviarse por alta que sea la jerarquía institucional, moral y científica de un tribunal de justicia. Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar directamente la Constitución y la ley, sin que estas normas deban ser previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias judiciales en su momento dictadas para resolver otros casos concretos.”

Agradezco a Hernán Gullco la mención de este caso.



disposiciones vinculadas con la organización del poder, el artículo 116 está tomado de la Constitución estadounidense (artículo III, sección 2). Por lo pronto, la RP es fuerte en este último país.<sup>49</sup> Lo mismo sucede con el artículo 31, invocado frecuentemente para demostrar que entre las fuentes del derecho que los jueces tienen que respetar no están incluidas las interpretaciones de otros jueces.<sup>50</sup>

Un juez no parece tener a nivel individual un 'derecho' a decidir sin someterse a la RP, si ella se considerara vigente.<sup>51</sup> Es en un sentido más institucional que jurídico que debe analizarse la plausibilidad de una RP vertical. La discusión es compleja, pues intervienen factores potencialmente contrapuestos. Desde una primera perspectiva, la RP es relevante al reforzar la importancia que puede tener un pronunciamiento judicial aislado. Dado que lo que hoy se decida habrá de permanecer en el tiempo y repercutir en la actividad de otros tribunales, la RP potenciará la capacidad de influir mediante, por ejemplo, una estrategia de litigio. Si pensamos que el nivel de empleo de una herramienta es proporcional a su utilidad (además de a sus costos), la RP incentivará tales estrategias. Por ejemplo, al ser conscientes de la importancia de lograr una decisión correcta, las partes, especialmente si son litigantes frecuentes o si tienen un interés especial en el tema en cuestión, invertirán en una mejor asistencia legal que la que podrían tener en casos *sin* RP.

Un punto general que mencioné ya varias veces resuena con fuerza. Algunos verán la promesa de la RP con buenos ojos. Otros no. Ello dependerá de qué es lo que se quiere conservar o modificar, y de la capacidad técnica y económica que los individuos o grupos tengan para litigar. Por caso, la RP puede ser especialmente interesante para

---

<sup>49</sup> La Constitución estadounidense no incluye conjugaciones de los verbos 'conocer' y 'decidir'. Es cierto que con una RP fuerte el juez no tiene total libertad para 'decidir' el caso de la manera en que lo crea necesario. Pero no parece nada obvio que estos verbos deban interpretarse como prohibiendo la RP.

<sup>50</sup> El artículo 31 está tomado del artículo VI, segundo párrafo, de la Constitución estadounidense.

<sup>51</sup> No enfatizo el hecho de que el juez que obedece un precedente siempre puede dejar a salvo su posición personal, porque en definitiva esta posición no forma parte de la decisión.

organizaciones de defensa de los derechos humanos, para que sus conquistas sean más relevantes y puedan blindarse de posibles embates. Pero si se opusieran a grupos poderosos, podría suceder que éstos contaran con mejores recursos para litigar, o que pudieran ejercer mayor influencia sobre el proceso de toma de decisiones. Cuando en cambio hay poco en juego en una decisión (en términos relativos, cuando no hay RP), los recursos que inviertan ambas partes podrán tender a equipararse en términos relativos.

**c2.** *Posibles consecuencias de centralizar la toma de decisiones.* El último punto se relaciona con un segundo argumento, que articulo de manera abstracta y especulativa. Adelanto la conclusión: dados ciertos rasgos de debilidad institucional, la instrumentación de la RP vertical podría ser peligrosa. Analizaré esta cuestión a través de dos supuestos más bien artificiales o extremos. Se refieren al nivel de ‘salud institucional’ que un régimen democrático puede exhibir. Pese a que puede cuestionarse la posibilidad de categorizar nítidamente estos supuestos, los ofrezco porque son útiles para iluminar la discusión.

Imagine el lector que el sistema institucional de división de poderes funcionara de la manera prevista por la Constitución. (Para simplificar el análisis, imaginemos que el mandato constitucional es claro y normativamente defendible.) Por ejemplo, bajo una forma de gobierno presidencialista, el poder ejecutivo no logra sobreponerse al legislativo, y éste tiene que hacer frente a ciertos resortes que le impiden imponerse siempre. Ambos poderes, además, tienen una tradición de respeto de la ‘independencia’ judicial. Las comillas se refieren a que el concepto de independencia judicial no es normativamente neutral, y tampoco libre de ambigüedades. Para el objeto de este artículo, basta señalar que estimamos valioso que el poder político no esté en

condiciones de sancionar a un juez que decide en contra de las preferencias del gobierno.<sup>52</sup>

Dadas estas condiciones de salud institucional, la existencia de una regla de RP vertical no plantea muchos problemas. Mencioné que el poder legislativo podría estimar valioso que sus leyes sean aplicadas por jueces atados a la RP. Esto podría verse como una relación principal-agente: en casos de interpretación infra-constitucional, el congreso, el 'principal' que adopta una norma, puede querer contar con una herramienta para controlar a su 'agente' a la hora de interpretarla, el poder judicial. Paralelamente, la RP vertical generará cierta centralización en la toma de decisiones judiciales en temas constitucionales. Pero en este sistema 'saludable' tampoco será necesariamente un inconveniente.

La centralización del control de constitucionalidad, especialmente si está unida a otros rasgos, podría lograr que algunos de los problemas que usualmente se asocian con su ejercicio perdieran algo de vigencia. La objeción, recordemos, tiene que ver con un posible déficit en la legitimidad democrática de un sistema político que permite que jueces no elegidos popularmente invaliden decisiones adoptadas por el parlamento. En este sistema con RP, el parlamento no podrá modificar fácilmente una interpretación constitucional de la Corte. Pero enfrentará a un solo tribunal, y pese a que este tribunal será más relevante que *sin* RP, podrá ser a la vez más 'controlable'. Por ejemplo, será más fácil evaluar las credenciales políticas de un puñado de candidatos a jueces de la Corte que las de todos los jueces del poder judicial. El poder político no tiene demasiado que temer a estos últimos si es que existe RP.

---

<sup>52</sup> Esto no equivale a sostener que los jueces deban decidir siempre en contra del gobierno. En un caso judicial en que se examine su conducta, el gobierno puede haber actuado de un modo impecablemente válido. Por otro lado, podríamos aceptar una teoría sobre el rol de los jueces que implique que en ciertas áreas o en ciertos supuestos ellos deban prestar deferencia al gobierno. Lo que quiero decir es simplemente que el sistema institucional no debe permitir que el poder político, movido por intereses que llamaría de corto plazo, pueda sancionar a jueces que no obedecen sus mandatos. Más adelante agregaré algo más sobre el punto.

Un sistema estructurado de manera que los poderes políticos tengan *cierto* control del poder judicial puede ser defendible, si es que ello no implica controlar a jueces individuales tomando decisiones particulares.<sup>53</sup> Esto es lo que sucede, por ejemplo, respecto de los tribunales constitucionales europeos. Dado que se sabe que las decisiones constitucionales implican con frecuencia una toma de posición en temas valorativos de gran sensibilidad política, el sistema de control está diseñado de modo de acercarlo relativamente al ámbito político (entre otros rasgos que provocan este efecto, un solo órgano está a cargo del control, y monitorear un solo órgano es más fácil que hacerlo con varios; los jueces sólo cumplen funciones por un período determinado, etc.)

Cuando es alto lo que está en juego en una serie de decisiones judiciales, es alto también el incentivo que los poderes políticos tendrán para controlar a quien decide. Esto no es necesariamente malo: en una democracia consolidada, con instituciones saludables y un nivel general de respeto a los derechos, el pueblo y sus representantes deben ser parte del diálogo constitucional. Y para tomar parte de ese diálogo de manera significativa deben poder ‘controlar’ a la justicia, aunque sea de manera mínima.<sup>54</sup>

Ahora bien, si del ejemplo de un sistema institucionalmente ‘saludable’ pasáramos al supuesto de un sistema más deficiente, la respuesta ya no es tan obvia. Supóngase que el sistema político no funciona adecuadamente: o el ejecutivo suele violar

---

<sup>53</sup> Véase Ferejohn y Kramer (2002).

<sup>54</sup> Esta afirmación es especialmente sensible, así que me permito reiterar el siguiente punto. No se trata de que la justicia responda a intereses partidarios; *justamente esto es lo que es necesario evitar*. El punto es otro. Aunque no en todos los casos, las decisiones constitucionales suelen tener un contenido fuertemente valorativo (político, moral, etc.), y no es obvio que un juez aislado completamente de la sociedad o la política pueda hallar buenas soluciones. La existencia de cierto control político no debe verse necesariamente como un rasgo negativo si es que descansa en un diseño institucional adecuado. El poder judicial, o la relación entre la justicia y los poderes políticos, pueden ser estructurados de modo de posibilitar cierto control político sobre la justicia en general (mediante un adecuado diseño del control judicial de constitucionalidad o la estructura de los tribunales, el sistema de designación de jueces, etc.). Lo que no debe permitirse es que se limite a jueces individuales al adoptar decisiones individuales, o que ese control político se refiera a intereses políticos estrechos (por ejemplo, el interés que un gobierno puede tener en que la justicia convalide ciertas políticas groseramente inconstitucionales sólo por el hecho de haber sido dictadas –es decir, por más que no existan graves intereses que pudieran justificar su dictado–). *Ibid.*

los procedimientos establecidos en la Constitución, o el legislativo viola frecuentemente ciertos derechos allí contemplados. Supóngase también que uno de los rasgos que muestran esta deficiencia gira en torno de la violación del propio principio de ‘independencia’ judicial, con el alcance antes apuntado. Dadas estas condiciones, ¿es una buena idea la RP vertical, especialmente en temas constitucionales?

En un contexto semejante, no es obvio que la centralización que resultaría de la RP pudiera ser beneficiosa. El tribunal que reclame la autoridad de sus decisiones se convertiría en más relevante políticamente. Al aumentar su relevancia, aumentarían también los ojos puestos sobre él. Si por las razones que fuera ese tribunal es controlado políticamente, el resto del sistema judicial podrá ser tomado como rehén. Sin centralización, aun cuando la cúspide fuera controlada políticamente, los peldaños inferiores podrían no serlo. Las sentencias de estos jueces inferiores podrían ser modificadas fácilmente, e incluso no ser aceptadas por otros jueces. Pero algún valor igualmente tendrían, al menos un valor testimonial. La centralización podría en cambio ayudar si –por alguna razón– el peligro proviniera no ya del peldaño superior sino de los tribunales inferiores.

Antes de 2004, los precedentes del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil, el último guardián judicial de la Constitución Federal, no eran vinculantes para el resto de los tribunales.<sup>55</sup> En 1998, el gobierno del ex Presidente Fernando Henrique Cardoso había propuesto crear una suerte de RP, mediante un instrumento denominado *súmulas vinculantes*. Una *súmula* es una interpretación por parte del STF de un problema o cláusula constitucional formulada ante la reiteración de jurisprudencia.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Arantes (2005), págs. 252-256.

<sup>56</sup> La diferencia con la RP, al menos del modo en que tradicionalmente se la concibe, es que las *súmulas* están menos relacionadas con los hechos del caso. Están pensadas más bien como declaraciones normativas abstractas, y por ello tienen –en principio– un peso más fuerte. Véase nota 57.

Cuando se anunció el proyecto de instrumentar las *súmulas*, la oposición, especialmente el *Partido dos Trabalhadores* liderado por Luiz Inácio Lula da Silva, se manifestó enérgicamente en contra. Sostuvo que la medida era un intento por controlar políticamente a la justicia, y de disminuir el nivel de ‘independencia’ que los jueces inferiores al STF tendrían en el futuro.<sup>57</sup> Pero en 2004, luego de que Lula llegara al poder, se reformó la Constitución instrumentando ese sistema.<sup>58</sup> Esto no quiere decir que las *súmulas* vayan a centralizar excesivamente al poder judicial federal. Pero cuanto menos es un ejemplo de lo que está en juego en este tipo de estrategias, que tiene antecedentes en nuestro país.

En 1995, el gobierno del ex Presidente Menem sancionó una ley (eufemísticamente denominada “de solidaridad previsional” –24.463–) que, entre otros puntos, disponía que las sentencias en temas previsionales de la Cámara Federal de la Seguridad Social podían ser apeladas ante la Corte Suprema, y que la decisión de la Corte sería obligatoria para el resto de los jueces (artículo 19). El verdadero objeto de esta medida era asegurarse el control del gobierno sobre las decisiones en estos temas, dada la existencia de un tribunal cuya mayoría era muy cercana al poder. El efecto esperado se

---

<sup>57</sup> *Id.* nota 54.

<sup>58</sup> Enmienda Constitucional n°45, del 8/12/2004. El nuevo texto dispone:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

logró holgadamente, no sólo debido a la centralización en cabeza de la Corte sino también a la regla de precedente que la norma creó.

**c3. Diseño y práctica institucional.** Esto nos conduce a un punto ya aludido, sobre diseño institucional. Quien esté en posición de elegir entre reglas o instituciones alternativas debería tomar en consideración distintos escenarios posibles, especialmente respecto de quién quedaría a cargo de implementarlas y cómo lo haría (funcionarios con qué idoneidad y capacidad técnica, etc.). Debería además procurar que el sistema esté bien equipado para hacer frente a la peor situación imaginable, desde la perspectiva que fuere. Si hoy deseamos que se aplique una RP fuerte porque estamos de acuerdo con el *status quo*, debemos estar preparados para tolerar pasado mañana (con la RP, las decisiones no cambiarán tan rápido) aquellas decisiones que no nos gustan.

Esto último no es un argumento a favor ni en contra de la RP. Es otro llamado a la cautela: al pensar en la RP, debemos imaginarla en la práctica, tomando en consideración escenarios alternativos. Un ejemplo reciente muestra los peligros de no hacer este ejercicio al momento de crear reglas o instituciones. En enero de 2002, en medio de la aguda crisis económica argentina, el Congreso modificó el Código Procesal Civil (195 bis), implementando un recurso directo a la Corte cuando en un juicio se dictaran medidas cautelares contra el estado y “otras entidades afectadas o alguna actividad de interés estatal”. El fin de la reforma era obvio: el gobierno quería asegurarse el control de esas decisiones. La Corte era, en ese momento, un buen agente para cumplir ese rol, disciplinando el sistema de toma de decisiones que pudieran perjudicar al estado. Pese a que la Corte era un órgano profundamente deslegitimado, ya había dado algunas señales de respaldar al gobierno en la emergencia.

La medida fue un grave error de cálculo político. Le dio a la Corte, ahora amenazada por un intento de enjuiciamiento de sus miembros, una herramienta para

potenciar su voz. La Corte buscó la manera de preservar su poder, y lo hizo enfrentando al gobierno, algo que antes no había hecho. El 2 de febrero de 2002, la Corte invalidó una medida relacionada con el corralito. La reacción del gobierno no se hizo esperar. Reconociendo implícitamente el error, en el mes de abril derogó la disposición que habilitaba el recurso directo. Esto, claro, no es un ejemplo sobre el valor de la RP; ella no estaba en juego. Pero da cuenta del punto anterior: frecuentemente, las decisiones institucionales traen aparejados resultados no queridos.

**c4. *Integridad y diálogo intra-institucional.*** Exploraré otros dos posibles argumentos a favor de una RP vertical respecto de los fallos de la Corte. El primero, muy esquemáticamente expuesto, es el siguiente. Dotar de sentido a los principios constitucionales es una empresa tan compleja como medular. Si existe una multiplicidad de voces discordantes dentro del poder judicial, la construcción de una 'comunidad de principios' puede hacerse más costosa. El diálogo constitucional, del que el poder judicial es parte, se transforma así en un diálogo de sordos. Por eso es necesario disciplinarlo, y la RP podría contribuir.

Sin embargo, no es obvio que este diálogo sea mejor conducido desde un solo tribunal. Al contrario, él podría empobrecerse en vez de enriquecerse con la supresión de otras voces dentro del poder judicial. Es cierto que, aun en los países que receptan la RP, se entiende que los jueces pueden apartarse de los precedentes si aportan argumentos novedosos, no tenidos en cuenta en la decisión anterior. Pero también es cierto que éste es un recurso limitado, y que las decisiones posteriores están 'moldeadas' por la primera decisión.

**c5. *Regla de precedente y acceso a la justicia.*** Hay un último argumento para avalar la RP vertical, y le dedico bastante atención debido a su importancia. Tiene que ver con los costos que la ausencia de RP podría implicar, incluyendo posibles violaciones a los



derechos, entre ellos el de acceder eficazmente a la justicia. De acuerdo con este punto, si la Corte decidiera un caso de manera *x*, un tribunal que decidiera *y* ‘obligaría’ a la parte perjudicada a recurrir ante aquella, para que cambie *y* por *x*. Usualmente se sostiene que esto supone un gasto alto de recursos (tiempo y dinero) de la parte perjudicada, e incluso perjuicios irreparables, pero también un gasto de la propia estructura judicial.

Este punto es importante, aunque no estoy seguro que la RP en sí misma juegue siempre un rol determinante. Veámoslo. Supongamos que existiera en nuestro país un consenso sobre la *inexistencia* de RP vertical. Las decisiones de la Corte serían una guía que otros tribunales tendrían en cuenta debido a su ‘prestigio moral’, o a lo que sea, pero no obligatorias. En un contexto semejante, no podría decirse del tribunal inferior que resuelve *y* cuando la Corte resolvió *x* que está incumpliendo con su función. Por ende, en un sentido *técnico*, no podría decirse que el tribunal inferior ‘obliga’ a la parte a acudir a la Corte. Este efecto se produce pero de un modo *práctico*: la parte disconforme con *y* puede recurrir a la Corte pensando que ésta decidirá nuevamente *x* (y muy probablemente, la contraparte respaldará los argumentos del juez inferior al decidir *y*). Y lo que puede ocurrir es que, de hecho, la Corte cambie el rumbo de la decisión del juez inferior y decida *x*. Pero el juez inferior no ‘obligó’ a hacer nada. Simplemente actuó de acuerdo con su autorización legal.

Esto no nos dice mucho. En efecto, podríamos estar en contra de un sistema semejante por los efectos prácticos que implica, aun cuando coincidiéramos que los jueces inferiores juegan de acuerdo con las reglas. Supongamos que la Corte decidió un caso categóricamente del modo *x* (ignoremos las dificultades antes apuntadas a la hora de interpretar las decisiones de la Corte). El argumento sería el siguiente. Pese a que un juez inferior no está legalmente obligado a fallar también *x*, debería hacerlo si tuviera una mínima sensibilidad institucional. Si no decidiera *x*, tanto la parte como el propio

poder judicial dilapidarían recursos, y en ocasiones la demora podría causar graves daños.

Si esto fuera así, no quedarían dudas de que el juez inferior debería resolver también *x*, no por el valor autoritativo de los precedentes sino por las consecuencias de no seguirlos. Pero no es del todo así. En nuestro país, la Corte Suprema sólo resuelve sustantivamente un número limitado de los casos que le llegan mediante apelación. No sólo porque muchos tienen defectos formales, sino porque la Corte está (correctamente) dotada de un instrumento para desentenderse de aquellos que no quiera decidir, sea porque ya se expidió o porque considera que no son lo suficientemente relevantes.<sup>59</sup> Esto implica que muchas decisiones en sentido *y* podrían no ser modificadas por la Corte. El máximo tribunal podría considerar que entre los casos trascendentes que debe decidir están aquellos que ignoran sus precedentes. (Aunque recordemos que en este contexto en el que la RP está ausente, no necesariamente debería ser así: el desconocimiento de esos precedentes no implica un desafío a su autoridad.) Desde luego, aun cuando ellos no fueran obligatorios, el tribunal podría buscar maximizar la cantidad de casos que se deciden del modo que él cree necesario. Pero veremos en un momento la dificultad que esto podría tener.

No es obvio, por lo tanto, que el juez inferior esté permitiendo que se dilapiden recursos.<sup>60</sup> Si la Corte interviniera en el ciento por ciento de los casos apelados, el tribunal que no fallara de acuerdo con su criterio estaría generando un perjuicio. Esto no ocurre en la práctica. Desde luego que es imposible generalizar: algunas áreas o tipos de casos tendrán mayor visibilidad o importancia para la propia Corte. Pero si el tribunal

---

<sup>59</sup> Artículos 280 y 285, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

<sup>60</sup> Por otro lado, de esta manera el juez parece contribuir con una nueva voz al proceso de toma de decisiones constitucionales. Alguien podría apuntar que esto va en contra de cierta idea de integridad en el derecho. Pero comoquiera que uno interprete esta idea, no es aplicable a este supuesto. El argumento aquí no es si los jueces tienen el deber de obedecer la autoridad de la Corte sino más bien si al no hacerlo producen consecuencias negativas.

inferior decidió *y* y la Corte *x*, es tan posible que triunfe *x* (si la Corte resuelve el recurso y deja sin efecto *y*) como que triunfe *y* (si la Corte no acepta analizar el recurso). Por otro lado, la circunstancia de que el tribunal inferior decida de antemano *x* no siempre evitará –ante la ausencia de RP fuerte– que la parte que perdió apele con el fin de modificar *x* por *y*.

Supongamos ahora que existe el consenso inverso: las decisiones de la Corte en temas federales *son obligatorias* para todos los tribunales del país. En este caso, los jueces que decidan *y* no sólo podrían generar malas consecuencias: estarían además incumpliendo su función. En este supuesto, si un juez no obedeciera a la Corte podría ser castigado de algún modo. Pero la Corte podría enfrentarse a un problema a la hora de custodiar el respeto de sus fallos.

**c6.** *La Corte Suprema y los mecanismos para garantizar la regla de precedente.* Si el nivel de incumplimiento con sus decisiones es bajo, la Corte puede estar en condiciones de modificarlas. Pero si es lo suficientemente alto, no. Nuevamente, la Corte puede considerar que las decisiones que desafían su autoridad forman el grupo de casos que debe aceptar analizar (aquellas a las que no aplicará el artículo 280).

Pero existe una dificultad. La Corte, como cualquier tribunal, tiene un nivel de recursos finito. La cantidad de casos que puede resolver por año, y la cantidad de estos casos a los que puede prestarle una mínima atención, son limitadas. Dadas estas capacidades limitadas, la Corte tiene que elegir qué ‘batallas pelear’, qué tipos de casos decidir. Cualquier tribunal constitucional del mundo recurre a este tipo de análisis, y especialmente un tribunal como la Corte argentina, que tiene jurisdicción (parcialmente) discrecional. Para simplificar el análisis, supongamos que la Corte puede resolver 10 casos por año. Si 1 de estos 10 casos seleccionados involucra una sentencia que no respetó un criterio suyo, la Corte puede dedicarse casi de lleno a decidir casos ‘nuevos’.

Pero si escoge 9 casos de este tipo, la Corte deberá dedicarse casi exclusivamente a 'conservar' sus criterios. Esta decisión dependerá en parte de la cantidad de casos de uno u otro tipo que reciba. E incluso cuando los casos que implican un incumplimiento con sus decisiones sean muchos, la Corte tendrá la opción de no tomarlos. Pero en este supuesto, la Corte estaría consolidando en la práctica la situación de falta de respeto antes mencionada.

Respecto entonces de la RP vertical podría suscitarse un problema para la Corte, especialmente porque a ella llegan miles de casos por año. Los tribunales inferiores podrían no querer que sus sentencias fueran revisadas en casos en que deciden de manera distinta a la Corte. Saben que si todos obedecen la RP, las desviaciones serán más fácilmente corregibles. Pero saben también que cuanto menos se respete la RP (cuantos más jueces se desvíen de ella), menos posibilidades tendrá la Corte de detectar los incumplimientos. En términos relativos, ellos pasarán más desapercibidos.

Ofrezco una breve explicación de este punto. La Corte recibe una enorme cantidad de casos de todo tipo: cuestiones que nunca decidió, cuestiones que hace mucho tiempo que no decide, cuestiones relacionadas con sus criterios pero que tienen nuevos matices, y cuestiones claramente ya decididas. Respecto de estas últimas, las decisiones de los tribunales inferiores cumplirán o no con sus estándares, suponiendo que ellos son claros. Supongamos también que la Corte se dedicara sólo a custodiar que sus criterios sean obedecidos, y que los jueces inferiores no tienen una inclinación natural por respetar precedentes. Imaginemos que las distintas posiciones respecto de un tema en particular pueden distribuirse en un plano horizontal (más o menos conservadoras, o más o menos restrictivas, para el ejemplo no es importante). La Corte tiene una posición clara ya sentada (llamémosle su punto ideal, en el gráfico de abajo CS), y debe entonces

intentar que los tribunales inferiores (ti) resuelvan tan cerca a su posición como sea posible.<sup>61</sup>

t1    t2    t3    t4    **CS**    t5    t6    t7    t8    t9    t10

---

Si la amenaza de la Corte fuera creíble (si la Corte fuera eficiente en monitorear decisiones), ello podría provocar que el juez o jueces más lejanos de CS (inicialmente t10) se movieran hacia CS. De otra manera, serían los primeros en ser detectados. Esto podría generar una reacción similar de los jueces vecinos a esos puntos más lejanos (t9), y así sucesivamente (t1 y t8, etc.). La amenaza de la Corte de invalidar esas decisiones podría entonces garantizar el cumplimiento con sus criterios. O podría al menos acercar las decisiones a un intervalo que la Corte considere tolerable, y que no justifique gastar recursos para invalidarlas.<sup>62</sup>

Pero existe una serie de obstáculos. Primero, como dije, la Corte no sólo se dedica a esto. Segundo, el costo económico de llevar un caso ante ella no es prohibitivo, o al menos no lo es en muchos casos. De manera que las causas que la Corte recibe no contendrán una 'señal' sobre el nivel de respeto de sus precedentes. Las partes intentarán llegar a la Corte *incluso* cuando la probabilidad de ganar sea también baja (debido a que el tribunal inferior aplicó bien un precedente de la Corte). Por ello la Corte tendrá que invertir energías en sortear estos casos bien decididos.

Tercero, los casos en que los tribunales inferiores no respetan sus decisiones podrían ser más que la cantidad de casos que la Corte puede efectivamente modificar.<sup>63</sup> Y el modo en que interviene la Corte podría dificultar este ejercicio de monitoreo. Por caso, cuando la Corte analiza recursos de queja no tiene información *completa* sobre los

---

<sup>61</sup> Para versiones más formales de cuestiones similares en un contexto distinto, véase Cameron (1993), McNollgast (1994-1995), y Lax (2003).

<sup>62</sup> Véase en general McNollgast (1994-1995).

<sup>63</sup> *Ibíd.*

casos (sólo accede a la presentación de la parte), y obtenerla implica un gasto importante de energía. Finalmente, la Corte no selecciona sus casos conjuntamente dentro de un lapso de tiempo determinado (lo que permitiría comparar niveles de desviación) sino que lo hace secuencialmente. Cuando decide el caso 1 no puede anticipar si el caso 2, que decidirá la semana posterior, es más o menos respetuoso de sus decisiones que el anterior. Existe la posibilidad, entonces, de que los jueces inferiores escapen a la mirada de la Corte, especialmente cuanto mayor sea la cantidad de decisiones que se desvíen de sus criterios.

Un país podría decidir que el tribunal con competencia constitucional que está situado en la cúspide de la estructura judicial tenga competencia discrecional. Ella podría ser necesaria para que el tribunal funcione adecuadamente, si la ausencia de esta herramienta generara una afluencia desmedida de causas hacia el tribunal (especialmente si la densidad poblacional o el nivel de litigiosidad del país fueran altos). El caso argentino es un buen ejemplo. Esta competencia discrecional convierte a la RP en especialmente relevante. La RP minimiza la posibilidad de que los casos que el tribunal no decide se desvíen de los criterios que fija. Pero en nuestro contexto, esto es paradójico. Como mostré recién, la competencia discrecional genera condiciones para que los jueces inferiores que *no* deseen respetar la RP puedan no hacerlo. En ausencia de un compromiso fuerte hacia la RP, y de algún mecanismo de sanción al incumplimiento que no consista solamente en una eventual decisión adversa de la Corte, la RP podría no consolidarse. En todo caso, algunas reformas al proceso interno de toma de decisiones de la Corte podrían ayudar, como insinué recién.

El punto anterior es simple, y evoca un argumento familiar sostenido explícitamente por Hans Kelsen, el padre del modelo de control judicial de tipo europeo. Según Kelsen, dado que en Europa no estaba consolidada la RP, un control de

constitucionalidad difuso crearía una situación de incertidumbre intolerable, ante la posible existencia de decisiones divergentes.<sup>64</sup> Su solución fue centralizar el control, pero dotando al tribunal constitucional de un arma poderosa para que sus decisiones fueran respetadas: el efecto *erga omnes* de sus decisiones. No estoy sosteniendo que comparta la valoración de Kelsen. Como dije antes, el balance entre centralización y multiplicidad de voces no tiene un ganador de antemano. Dependerá de los valores que deseemos defender. Pero si queremos que las decisiones del tribunal superior sean respetadas en *todos* los casos, la mejor solución (al menos en un contexto de incertidumbre sobre el respeto de la RP) es centralizar la toma de decisiones y otorgarles efecto *erga omnes*.

**d. Plenarios.** Concluyo este artículo haciendo una brevísimas referencia a los fallos plenarios, que involucran tanto la dimensión horizontal como vertical de los precedentes. Como dije, los argumentos normativos que se sostienen en su contra no parecían válidos. Cuando una cámara de apelaciones establecía determinada interpretación de una ley o cláusula que tanto sus salas como los juzgados inferiores deberán respetar, la cámara no se estaba poniendo por encima de la ley. Es cierto que, a diferencia del entendimiento tradicional de la RP, estas interpretaciones no estarán tan vinculadas a los hechos planteados en un caso como debería estarlo un precedente. Pero el Congreso siempre podrá modificar esa interpretación, si está lo suficientemente lejos de sus preferencias. Por otro lado, no era obvio que un juez individual debiera tener la atribución *ilimitada* de decidir sin la injerencia de otros jueces.

La pregunta relevante es qué utilidad puede tener un fallo plenario. Como sabemos, los plenarios se celebran ante discrepancias respecto de la interpretación de una norma entre salas de una misma cámara. El plenario es un mecanismo que permite unificar esa jurisprudencia contradictoria. Esto genera una consecuencia importante:

---

<sup>64</sup> Kelsen (1942).

*ahorrar apelaciones innecesarias.* Si en el caso de la Corte Suprema no era obvio que la RP generara este efecto, la situación parece ser algo distinta en el caso de los plenarios. Supóngase que una cámara tiene dos salas, y que debajo de la cámara existe un juez de primera instancia. Supóngase también que ambas salas tienen un criterio discordante sobre cómo interpretar una norma. La sala 1 resuelve siempre del modo M1, y la 2 resuelve M2. La cámara distribuye las apelaciones a las salas por sorteo.

Un sistema tal va a alentar apelaciones de las partes. La parte que pierda un caso va a apelar siempre, si los costos de hacerlo son lo suficientemente bajos: tiene 50% de posibilidades de triunfar. Un abogado que no sugiriera hacerlo estaría ejerciendo incorrectamente su función. Los jueces de las salas deberían poder ponerse de acuerdo para evitar esta situación, pues la ‘competencia’ entre las salas es improductiva: genera más trabajo para todos.<sup>65</sup> Un acuerdo entre las salas reduciría las apelaciones. El problema es *cómo* ponerse de acuerdo. Supongamos que la sala 1 interpreta la norma N1 de modo M1. La sala 2 interpreta la norma N2 de modo M2. Si la sala 1 no tiene un criterio *fuerte* respecto de la N2, y la sala 2 no lo tiene respecto de la N1, un acuerdo es posible. La sala 1 podría respetar el criterio de la sala 2 en N2, si la sala 2 hace lo propio con el criterio de la sala 1 en N1.<sup>66</sup> Pero, ¿cómo penalizar el incumplimiento? Supongamos que la sala 1 resuelve un caso que involucra la N2 de un modo distinto a M2. Si la sala 2 pensara que esto es un incumplimiento del ‘pacto’, podría negarse a hacer su contribución a la sala 1. Pero la sala 1 podría haberse equivocado en la aplicación del criterio. En ciertos casos, determinar si se trata de un incumplimiento o de un error no será obvio. Este acuerdo de cooperación, si es que existe, podría ser inestable. El plenario hace visibles estos criterios, y si un juez de la sala no los respeta, su incumplimiento puede ser más fácilmente castigable. Desde luego, el plenario también

---

<sup>65</sup> O'Hara (1993).

<sup>66</sup> *Ibid.*



permite unificar interpretaciones en casos en que no haya espacio para acuerdos semejantes.

#### **4. CONCLUSIÓN**

El estudio de la RP es complejo. En la lista bibliográfica que ofrezco al final, el lector interesado encontrará una variedad de abordajes al tema. En este trabajo apenas pude esbozar algunas cuestiones introductorias. Como sugerí, no existe 'una' RP; la práctica puede entenderse de distintas formas y aplicarse a distintos niveles. Un punto importante es intentar diferenciar entre la pregunta sobre su justificación y la pregunta sobre su implementación. Esto no es del todo posible: la justificación de la RP depende en parte del modo en que vaya a ser implementada. Si pensáramos que la RP es una institución demasiado difícil de aplicar, no deberíamos sorprendernos si incluso los intérpretes comprometidos con ella no agregaran previsibilidad al emplearla. Podemos pensar en cambio que la RP está en condiciones de proveer tanto una guía como un límite a los jueces. En este caso deberíamos preguntarnos si nuestro sistema judicial está poblado por tales intérpretes, y en todo caso qué sería necesario hacer para lograrlo. Si los jueces simplemente emplearan la RP como un arma retórica para esconder sus soluciones preconcebidas, y usualmente dejaran de lado precedentes aplicables forzando una diferenciación con el caso que tienen que decidir, la RP no resultará muy útil para ceñir su discrecionalidad.

Tenemos entonces dos tipos de preguntas. Por un lado, suponiendo que la RP es deseable, debemos preguntarnos qué es necesario para instrumentarla en un contexto en el que en principio no existe de forma generalizada. Nuevamente la respuesta no es unívoca. Los fallos plenarios, por ejemplo, pueden implementarse más fácilmente que una RP vertical fuerte referida a los fallos de la Corte Suprema, debido a la mayor cercanía en el primer caso entre los distintos niveles de decisión, a la menor cantidad de

jueces, y consecuentemente a la posibilidad de ‘penalizar’ a quienes no respeten la práctica. (No analizo la diferencia obvia de que los plenarios están contemplados por ley, algo que en principio no sucede con los fallos de la Corte, pues esto último podría modificarse, y tal vez ni siquiera exija una reforma constitucional; pero además no estoy seguro que tal modificación elimine los problemas prácticos de la aplicación de la RP.)

Un punto general es que la RP parece ser más difícil de *crear* que de *mantener*. Una jueza que individualmente pensara que es correcto comenzar a respetar la RP podría inhibirse de hacerlo si considerara que (cierta cantidad de) sus colegas no lo harán. Cuando la práctica del respeto de la RP tiene ya un pasado, y las expectativas sobre su cumplimiento están más consolidadas, la regla puede mantenerse incluso cuando algunos jueces no la obedezcan. Pero los jueces tendrán razones para hacerlo, pues sus desviaciones serán más visibles.

La pregunta sobre si la RP es deseable es distinta, y en varios sentidos es previa a la anterior (si nuestra respuesta es negativa, los párrafos anteriores son poco menos que inútiles). Pensando en la Corte y en el efecto de sus decisiones en temas constitucionales, sostuve que a nivel horizontal la RP debe en principio ser menos fuerte que a nivel vertical. Pero más allá de los motivos que tengamos para justificar esta diferencia, sería contradictorio sostener que ella puede ser muy grande. Pues cuanto menos fuerte sea la RP horizontal, más difícil será implementar la RP vertical. Los jueces inferiores podrán estar consustanciados con la idea de respetar los fallos de la Corte, pero no podrán hacerlo si ésta cambia de criterio todo el tiempo.

Afirmé que no podía rechazar completamente la RP horizontal, pero que ella tendría un valor algo menor en cuestiones constitucionales. Intenté además distinguir entre el caso de un tribunal colegiado que se enfrenta a decisiones previas adoptadas por sus miembros actuales, del caso en el que la composición es diferente. Para elaborar esta

distinción esboqué dos categorías, referidas a la perspectiva que adoptemos para analizar el tema: la de los jueces que han de decidir (interna) o la del sistema en su conjunto (externa). Según expliqué, en el caso de la misma composición la regla debe ser más fuerte que en el supuesto de un cambio en la composición, aunque en el último caso tampoco pierde valor totalmente. Sólo que en ciertos supuestos ella será derrotada por la necesidad de decidir un caso de la forma (que los jueces consideren) correcta, especialmente si con el cambio no se afectan sustantivamente los derechos de una de las partes. De otra manera se estaría obligando a un juez a que consagre 'errores' que no cometió, afectando incluso su idea sobre la coherencia del derecho, sin que con ello se beneficie a alguien.

Agregué que la dimensión vertical de la RP presenta tanto beneficios como costos potenciales. La RP aumenta el valor latente de una decisión (o conjunto de decisiones) que esté(n) llamada(s) a sentar un criterio jurisprudencial. Esto puede ser ventajoso, dado que puede tornar más eficaz una estrategia judicial llevada a cabo por litigantes institucionales o frecuentes. Al mismo tiempo, hará más difícil derribar decisiones adversas, o enfrentar a grupos que tengan mayor capacidad para influir en el proceso de toma de decisiones judiciales. Por otro lado, la RP vertical centralizará este proceso, y hará potencialmente más vulnerable al órgano en la cúspide de la estructura judicial. Si este órgano es controlado políticamente, buena parte del poder judicial podrá serlo.

Afirmé que el argumento referido a los costos que la falta de RP provoca tiene peso, pero señalé algunos problemas. Si la RP no se considerara obligatoria (algo que algunos jueces de la propia Corte parecen apoyar), los jueces inferiores no estarían imponiendo necesariamente un costo: sus decisiones podrían no ser modificadas. Si se considerara obligatoria, los jueces inferiores que no respetan los precedentes de la Corte estarían ejerciendo incorrectamente su función. Pero la propia circunstancia de que la

Corte podrá analizar sólo algunos de los casos que le lleguen hará posible que muchas decisiones que desobedezcan sus criterios pasen desapercibidos. Ello especialmente si la Corte no modifica su sistema de toma de decisiones.

Nuevamente, la RP es una práctica que debemos evaluar teniendo en cuenta el contexto en el que se la quiera emplear y las capacidades institucionales del sistema judicial. Podríamos pensar que los jueces no harán un buen papel al aplicarla, dado que no estarán comprometidos con la práctica. O porque aun cuando lo estén, el sistema jurídico se encuentra en un estadio tal que cualquier solución podrá ser derivada de él. Cualquier posición podría pasar como una que honra los precedentes. Si esto es lo que pensamos, tal vez sea mejor librarnos de ella (incluso como preocupación académica), para comenzar a exigirles a los jueces que den buenas razones al justificar sus decisiones. El pasado tendrá peso entre estas razones, pero no ya el peso de la autoridad. Deberíamos postular algo similar si no pudiéramos aceptar que la RP dificultará el cambio de decisiones con las que no estamos de acuerdo. Lo que deberíamos evitar, en todo caso, es consagrar un sistema que permita a los jueces saltar libremente entre la 'gratitud' y el 'desprecio' y 'odio' a los que aludía Julio César.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Larry ALEXANDER (1989). "Constrained by Precedent", *63 S. Cal. L. Rev. 1*.
2. Mary Garvey ALGERO (2005). "The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation", *Louisiana Law Review - Núm. 65-2*.
3. Rogério B. ARANTES (2005). "Judicialization of Politics in Brazil", en Rachel Sinder, Line Schjolden and Alan Angell eds., *The Judicialization of Politics in Latin America* (Palgrave), páginas 231-262.
4. Charles M. CAMERON (1993). "New Avenues for Modeling Judicial Politics". Manuscrito no publicado.
5. Evan H. CAMINKER (1994). "Precedent and Prediction: The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking", *73 Tex. L. Rev. 1*.
6. Carlos E. CAMPS (2004). Jurisprudencia Obligatoria y doctrina legal en la Corte bonaerense, Lexis, número especial, JA 2004 I, fasc. 13.

7. Charles J. COOPER (1988). "Stare Decisis: Precedent and Principle in Constitutional Adjudication", 73 *Cornell L. Rev.* 401.
8. Rupert CROSS and J.W. HARRIS (1991). *Precedent in English Law* (4th ed.).
9. Pintip Hompluem DUNN (2003). "How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis", *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 2, pp. 493-531.
10. Neil DUXBURY (2008). *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press.
11. Ronald DWORKIN (1997). *El imperio de la justicia* (Gedisa, Barcelona).
12. Frank H. EASTERBROOK (1988). "Stability and Reliability in Judicial Decisions", 73 *Cornell L. Rev.* 422.
13. Richard H. FALLON, Jr. (2001). "Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology", 76 *N.Y.U. L. REV.* 570.
14. John FERREJOHN and Larry KRAMER (2002). "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint", *New York University Law Review*, v. 77, 962-1038.
15. Vincy FON and Francesco PARISI (2006). "Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis". Disponible en: [http://works.bepress.com/vincy\\_fon/2](http://works.bepress.com/vincy_fon/2).
16. Alberto GARAY (1997). "El Precedente Judicial en la Corte Suprema", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 2, Números 1 y 2, pág. 51 y siguientes.
17. Alberto GARAY (1991). "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)", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, 1991-II, pág. 870 y siguientes.
18. Alberto GARAY (1993). "Los Cambios de Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema y su Aplicación Retroactiva en Materia Penal", *LA LEY*, 1993-A, pág. 786 y siguientes.
19. Rafael GELY (1998). "Of Sinking and Escalating: A (Somewhat) New Look at Stare Decisis", 60 *U. Pitt. L. Rev.* 89.
20. Michael J. GERHARDT (2005). "The Limited Path Dependency of Precedent", 7 *U. Pa. J. Const. L.* 903.
21. Michael J. GERHARDT (1991). "The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory", 60 *Geo. Wash. L. Rev.* 68.
22. Michael J. GERHARDT (2008). *The Power of Precedent*, Oxford University Press, USA.
23. Arthur GOODHART (1930). "Determining the Ratio Decidendi of a Case", 40 *Yale L.J.* 161.
24. Thomas G. HANSFORD and James F. SPRIGGS II (2008). *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton University Press.
25. Oona A. HATHAWAY (2001). "Path Dependence in Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System", *The Iowa Law Review*, Vol. 86, No. 2.
26. Ronald HEINER (1986). "Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules", 15 *Journal of Legal Studies*, 227.

- 27.** Oliver W. HOLMES (1897). "The Path of the Law", *10 Harv. L. Rev.* 457.
- 28.** Stephen HOLMES (1999). "El precompromiso y la paradoja de la democracia," en J. Elster y R. Slagstad, eds., *Constitucionalismo y Democracia* (Fondo de Cultura Económica, México).
- 29.** Jonathan P. KASTELLEK and Jeffrey R. LAX (2008). "Case Selection and the Study of Judicial Politics", *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 5, Issue 3, 407–446.
- 30.** Hans KELSEN (1942). "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, Vol. 4, No. 2, páginas 183-200.
- 31.** Duncan KENNEDY (1997). *A Critique of Adjudication* (Harvard University Press).
- 32.** Jack KNIGHT and Lee EPSTEIN (1996). "The Norm of Stare Decisis", *40 AM. J. POL. SCI.* 1018.
- 33.** Lewis A. KORNHAUSER and Lawrence G. SAGER (1986). "Unpacking the Court", *96 Yale L.J.* 82.
- 34.** Lewis A. KORNHAUSER (1989). "An Economic Perspective on Stare Decisis", *65 Chi.-Kent L. Rev.* 63.
- 35.** Lewis A. KORNHAUSER. "Appeal and Supreme Courts", in *Encyclopedia of Law and Economics* (7200), disponible en <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>.
- 36.** Lewis A. KORNHAUSER (1995). "Adjudication by a Resource-Constrained Team: Hierarchy and Precedent in a Judicial System", *68 Southern California Law Review*, 1605 ff.
- 37.** Lewis A. KORNHAUSER (1998). "Stare Decisis", in Newman, Peter (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, MacMillan.
- 38.** Kurt T. LASH (2007). "Originalism, Popular Sovereignty, and Reverse Stare Decisis", *93 VA. L. REV.* 1437.
- 39.** Jeffrey LAX (2003). "Certiorari and Compliance in the Judicial Hierarchy", *Journal of Theoretical Politics* 15(1): 61-86.
- 40.** Gary LAWSON (1994). "The Constitutional Case against Precedent", *17 Harv. J.L. & Pub. Policy* 23.
- 41.** Gary LAWSON (2007). "Mostly Unconstitutional: The Case against Precedent Revisited", *5 Ave Maria L. Rev.* 1.
- 42.** Emery G. LEE III (2002). "Overruling Rhetoric: The Court's New Approach to Stare Decisis in Constitutional Cases", *33 U. Tol. L. Rev.* 581.
- 43.** Thomas R. LEE (2000). "Stare Decisis in Economic Perspective: An Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent", *78 N.C. L. Rev.* 643-706.
- 44.** Thomas R. LEE (1999). "Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 52, pp. 647-735. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1263610>.
- 45.** Santiago LEGARRE, "Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos", disponible en [www.uca.edu.ar](http://www.uca.edu.ar).
- 46.** Santiago LEGARRE y Julio César RIVERA (h.) (2005). "Naturaleza y dimensiones del "stare decisis", *La Ley* 2005-F, 580.

- 47.** Stefanie A. LINDQUIST and Frank B. CROSS (2005). “Empirically Testing Dworkin’s Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent”, *NYU Law Review Vol. 80:1156*.
- 48.** David LYONS (1985). “Formal Justice and Judicial Precedent”, *38 Vand. L. Rev. 495*.
- 49.** Earl M. MALTZ (1994). “No Rules in a Knife Fight: Chief Justice Rehnquist and the Doctrine of Stare Decisis”, *25 Rutgers L. J. 669*.
- 50.** Earl M. MALTZ (1980). “Some Thoughts on the Death of Stare Decisis in Constitutional Law”, *1980 Wis. L. Rev. 467*.
- 51.** Earl M. MALTZ (1988). “The Nature of Precedent”, *66 North Carolina Law Review 367–92*.
- 52.** Lawrence C. MARSHALL (1989). “Let Congress Do It’: The Case for an Absolute Rule of Statutory Stare Decisis”, *88 Mich. L. Rev. 177*.
- 53.** MCNOLLGAST [Mathew MCCUBBINS, Roger NOLL, and Barry WEINGAST] (1994-1995). “Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law”, *68 S. Cal. L. Rev. 1631*.
- 54.** Henry Paul MONAGHAN (1988). “Stare Decisis and Constitutional Adjudication”, *88 Columbia L. Rev. 723*.
- 55.** Richard W. MURPHY (2003). “Separation of Powers and the Horizontal Force of Precedent”, *Notre Dame Law Review, Vol. 78, p. 1075*; William Mitchell Legal Studies Research Paper. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=869233>.
- 56.** J. L. MONTROSE (1957). “Ratio Decidendi and the House of Lords”, *20 Mod. L. Rev. 124*.
- 57.** J. L. MONTROSE (1957). “The Ratio Decidendi of a Case”, *20 Mod. L. Rev. 587*.
- 58.** Erin O’HARA (1993). “Social Constraint or Implicit Collusion?: Toward a Game Theoretic Analysis of Stare Decisis”, *24 Seton Hall L. Rev. 736*.
- 59.** Daniel M. O’KEEFE (1996). “Stare Decisis: What Should the Supreme Court Do When Old Laws Are not Necessarily Good Laws?”, *40 Saint Louis University Law Journal 261*.
- 60.** Derek PARFIT (1997). “Equality and Priority”, *Ratio, vol. 10, no. 3, páginas 202-221*.
- 61.** Polly J. PRICE (2000). “Precedent and Judicial Power after the Founding”, *42 B.C. L. Rev. 81*.
- 62.** Eric RASMUSEN (1994). “Judicial Legitimacy as a Repeated Game”, *10 Journal of Law Economics and Organization, 63-83*.
- 63.** Néstor Pedro SAGÜÉS (2007). “El valor del Precedente en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina”, en *Estudios al precedente constitucional*. Palestra del Tribunal Constitucional. Lima, página 138.
- 64.** Frederick SCHAUER (1987). “Precedent”, *39 Stan. L. Rev. 571*.
- 65.** Edward P. SCHWARTZ (1992). “Policy, Precedent, and Power: A Positive Theory of Supreme Court Decision Making”, *8(2) Journal of Law, Economics and Organization, 219-52*.
- 66.** Martin SHAPIRO (1972). “Toward a Theory of Stare Decisis”, *1 J. Legal Stud. 125*.
- 67.** David L. SHAPIRO (2008). “The Role of Precedent in Constitutional Adjudication: An Introspection”, *Texas Law Review, Volume 86, Number 5*.

- 68.** Steven SHAVELL (1995). "The Appeals Process as a Means of Error Correction", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 2, pp. 379-426.
- 69.** Roger SHINER (1983). "Precedent, Discretion and Fairness", in *Law, Morality and Rights* (M. A. Stewart ed.), página 93.
- 70.** A. W. B. SIMPSON (1957). "The Ratio Decidendi of a Case", *20 Mod. L. Rev.* 413.
- 71.** Harold SPAETH and Jeffrey SEGAL (1999). *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court* (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press).
- 72.** Michael STOKES PAULSEN (2005). "The Intrinsically Corrupting Influence of Precedent", *22 Const. Comment* 289.
- 73.** Julius STONE (1959). "The *Ratio* of the Ratio Decidendi", *22 Mod. L. Rev.* 597.
- 74.** David A. STRAUSS (2005). "Originalism, Precedent, and Candor", *22 Const. Comment.* 299.
- 75.** Cass SUNSTEIN (1999). *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press).
- 76.** Cass SUNSTEIN (2000). "Deliberative Trouble? Why Groups Go To Extremes," *110 Yale Law Journal* 71.
- 77.** Eric TALLEY (1999). "Precedential Cascades: An Appraisal", *Southern California Law Review* 73: 87-137.
- 78.** Jeremy WALDRON (2006). "The Core of the Case against Judicial Review", *115 Yale Law Journal* 1346.
- 79.** Edward B. WHITNEY (1904). "The Doctrine of Stare Decisis", *3 Mich. L. Rev.* 89.