

¡SIN PRECEDENTES!

JUAN F. GONZÁLEZ BERTOMEU

[Este documento es un borrador preliminar; por favor no circular, o le pasarán cosas horribles. El trabajo no tiene todavía notas al pie. Muchas de las ideas que contiene no son originales, y falta identificar a sus autores. Supongamos entonces que ninguna idea me pertenece. Esto me desliga de las críticas, pero después de todo, es también el efecto que la propia regla de precedente logra.]

“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 Zavalía, disidencia en “Elortondo”.¹

“The law’s failure to adapt quickly may lead to inefficiency, but it also protects against instability and immediate surrender to momentary and ill-conceived whims of the public. This is where the biological and legal analogies diverge perhaps most significantly: Animals are largely powerless to preserve themselves in the face of marked changes in their environment, but judges, litigants, and institutions are capable of perpetuating legal rules long after the conditions that gave rise to them disappear.”

–Onna Hathaway.²

“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.³

1. INTRODUCCIÓN

Desde la temprana queja de Zavalía, los tribunales y profesores de derecho argentinos han venido discutiendo sobre si en nuestro país es necesario que los jueces respeten precedentes. En los últimos quince años se renovó el interés en este tema, muy posiblemente a raíz de la intuición compartida de que la Corte Suprema de la Nación ha mostrado un comportamiento errático a la hora de sostener sus propios criterios. Este

1

2

³ Thornton Wilder, *Los idus de Marzo*, 1° ed., Buenos Aires: Emecé, 2002, pg. 225.

comportamiento, que inicialmente pareciera estar cambiando, es visto por parte de la comunidad jurídica como aberrante: es una desviación de una regla valiosa que tendría aplicación general para todos los jueces, no sólo a nivel de la propia Corte sino también cuando se trata de jueces inferiores que deben decidir si respetar los criterios que aquella afirma. Muchos jueces, por el contrario, suelen sostener que no deberían estar obligados a respetar aquellos casos anteriores (dictados por un juez en un nivel superior de la estructura judicial) que sean similares al que hoy analizan. Esta obligación, entre otras cosas, implicaría una restricción injustificada en el ejercicio de su función.

Las posiciones y los argumentos en torno al tema de los precedentes se acumulan. Creo, sin embargo, que en la discusión existe una aceptación a veces irreflexiva de algunos presupuestos, y esta inquietud es la que motiva este trabajo. Como diré, por ejemplo, parte de la comunidad jurídica tiende a dar por supuesto que la regla de precedente es aconsejable casi en cualquier circunstancia, pero que ella no está (del todo) arraigada en nuestro medio. Estas intuiciones pueden ser finalmente correctas, pero no es obvio que el camino que lleva a concluir algo semejante esté ya adecuadamente recorrido. Algunos de los estudios sobre precedentes elaborados por autores locales parecen compartir esas intuiciones. Estos estudios son muy valiosos, y han contribuido a iluminar nuestro conocimiento sobre el tema. Sin embargo, entiendo que sigue existiendo cierta necesidad de comprender mejor en qué consiste la idea del respeto de los precedentes, cómo opera esta idea en la práctica, y qué consecuencias tendría su implementación plena.

Este trabajo es entonces una muy pequeña contribución en esta dirección, que espero seguir desarrollando en el futuro. Su estructura es la siguiente. Tanto a continuación como en la próxima sección (2) voy a introducir algunas notas aclaratorias sobre los precedentes y sus distintas dimensiones y sentidos. La sección 3 está dedicada a la justificación de la regla de precedente (de aquí en más, RP), primero a nivel horizontal y luego a nivel vertical. La sección termina con una breve referencia a los plenarios de cámara. Cierro el trabajo con una conclusión.

Permítaseme formular una serie de comentarios que son relevantes para iluminar la discusión general. En el tema de los precedentes confluyen varias aristas problemáticas

de la teoría jurídica y constitucional. Por un lado, el análisis gira en torno a los límites a la discrecionalidad judicial (estos límites, a su vez, cobrarán una dimensión especial cuando se trate de ciertos temas, como el control judicial de constitucionalidad). Potencialmente, la RP es un mecanismo –entre otros– para constreñir el ámbito de decisión de los jueces, algo que en principio es deseable en un estado democrático de derecho. Debería evitar, especialmente, que los jueces avancen libremente con sus propias preferencias a la hora de decidir los casos. Por otro lado, con la RP, la mano del pasado tiene especial influencia sobre decisiones del presente. Aquí puede verse algo similar a la ‘paradoja de la constitución y la democracia’: como sociedad usualmente queremos limitar la libertad de quienes vienen detrás de nosotros, pero a la vez ser libres para decidir sin respetar los límites impuestos en el pasado. Los jueces aspiran a que sus decisiones de hoy sean respetadas mañana, pero pueden desear también no respetar las decisiones tomadas ayer. 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 implementar 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 (sea una sanción formal o una ‘penalización’ consistente en no respetar las decisiones del juez o jueza que no respete precedentes). Podría ser también implementada externamente si, por ejemplo, la constitución lo estableciera, e impusiera 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 la Argentina, la RP en sentido fuerte (aclararé 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 (el foco de la discusión se movería a la pregunta de si un caso actual debe o no ser distinguido de un precedente, pero esta cuestión es más limitada que la que plantea la existencia de un

conjunto enorme de argumentos potenciales de diversa fuente). 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 RP a la hora de asistir a sus clientes.⁴

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 judiciales, y el nivel de dificultad con que el sistema permite o debe permitir 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 favorecemos, y que costó conseguir, nos sentiremos inclinados a postular su preservación. (Paradójicamente, 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 *institucional* o procedimental. 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 deberá entonces prestar atención al modo en que un sistema con o sin esa regla puede evolucionar. 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 coherente. Si se valora más la

4

espontaneidad, los quiebres y la libertad de cambiar el curso de la evolución, incluyendo la posibilidad de cambiar un rumbo erróneo, la RP puede no ser la herramienta más idónea. Sería excelente si esta decisión pudiera adoptarse de manera completamente neutral, es decir, 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. Según acabo de decir, 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 inevitablemente cierta inercia sobre el presente, tiñendo la discusión, al menos en parte, del color de las decisiones ya adoptadas.

2. TRES ACLARACIONES

Cuando afirmamos que parte de la tradición jurídica argentina es de raigambre europea continental, solemos dar un paso adicional, casi automático: se sigue de esto que en el país no hay RP. Esto parece natural: si no hay RP en los contextos que influyeron fuertemente sobre el nuestro, es natural que no exista RP en nuestro contexto. Agregamos que a nuestra tradición continental hemos sumado la incorporación, en una fecha relativamente temprana, de una constitución llamada a tener un rol no meramente simbólico. Pero concluimos afirmando que, a diferencia del país en el que principalmente nos ‘inspiramos’ a la hora de escribir la constitución, en Argentina la RP tampoco está arraigada en el ámbito del derecho público (no sólo ya en el derecho privado).

A veces 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. ¿Es esto cierto? Una primera dificultad que estas afirmaciones tienen es que no están respaldadas por evidencia empírica sólida y sistemática. Generalmente, los análisis locales sobre RP se concentran en un número muy reducido de decisiones (típicamente, si una decisión determinada tomada ayer respetó una similar adoptada anteayer), antes que en la evolución de ciertos criterios en temas determinados a lo largo del tiempo. La excepción

aquí podría ser la propia Corte Suprema (y su actitud frente a decisiones previas), dado que ha recibido un alto nivel de atención, especialmente en los últimos años.

Este nivel de incertidumbre general hace que muchas de nuestras afirmaciones sobre la (in)existencia real de la RP en Argentina sean especulativas, incluyendo 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 que existen algunas 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 judiciales del país (federales o locales). A un nivel todavía más básico, ni siquiera existe tal cosa como 'la' RP. La idea del respeto a los precedentes tiene que ver con 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 de decisión.

Comenzaré entonces haciendo tres aclaraciones. 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. 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 decida si aplica o no sus propias decisiones previas (adoptadas con la *misma* o con *distinta* integración). Naturalmente, respecto de los tribunales inferiores ambas dimensiones tendrán aplicación; cuando se trate del tribunal superior en la organización judicial, o del tribunal superior a los fines de un área determinada, sólo tendrá sentido hablar de RP horizontal.

La segunda distinción no tiene ya que ver con niveles sino con el *valor funcional* de los precedentes. La afirmación de que el juez o la jueza J2 se ve *influida* a la hora de decidir en un momento T2 por una sentencia en un caso análogo dictada en T1 por J1 –o por la propia J2– puede tener distintos significados. Para simplificar la discusión, voy a identificar sólo dos. En primer lugar, puede indicar que para J2 es útil prestar atención, a

la hora de decidir un caso, a lo que J1 o la misma J2 decidieron antes. Llamémosle a esto el valor *práctico* o *epistémico* que los precedentes pueden tener para quien deba resolver un caso.⁵ Está basado en una razón sencilla. 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.⁶ 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, uno podría concluir que, en casos en que parezca haber un criterio rector claro, el juez podría no verse expuesto a opiniones diversas. El juez podrá ahorrar esfuerzos sumándose a ese criterio, pero las soluciones podrían finalmente ser más pobres. En todo caso, no creo equivocarme si sostengo que el empleo de precedentes en este sentido es usual en el funcionamiento cotidiano de muchos tribunales en nuestro país.

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 considera 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. Como asegura Hathaway, una vez

⁵

⁶ Cascadas.

que un tribunal adopta una decisión, es menos costoso continuar el mismo camino en el futuro que cambiar el curso.⁷ 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 argumentativo necesario para decidir de forma distinta.

Sin embargo, en los ámbitos en los que la RP está más arraigada, se le suele asignar un valor más fuerte que el que acabamos de ver: los precedentes son obligatorios. Llamémosle a esta dimensión el valor *autoritativo* de la RP (o RP en sentido *fuerte*). En ella puede verse una de las cuestiones centrales y más básicas que subyacen a la idea de autoridad. La discusión normativa en este tema cobra relevancia en situaciones en las que un agente está en desacuerdo con la solución dictada por una persona u órgano dotado de tal autoridad. El debate sobre si existe una obligación moral de obedecer el derecho 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.

La regla no es absoluta, desde luego. En algunos supuestos en los que ciertos precedentes sean de aplicación –algo que habrá que definir–, ellos podrán ser dejados de lado. De otro modo el derecho prácticamente 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. Y justamente esto confirma que la RP *es* obligatoria. Lo que no puede ocurrir, si la regla es entendida en sentido fuerte, es que sea dejada de lado simplemente porque el juez que ha de aplicarla está en desacuerdo con un precedente determinado. 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, la operación de distinguir un caso de otro puede ser llevada a cabo de buena o mala fe, y

7

aun suponiendo que el juez tendrá buena fe, no siempre será fácil determinar cuándo dos casos son ‘distinguibles’. Pero allí donde existan dos decisiones *objetivamente* distinguibles (si es que es factible postular esta posibilidad), el juez que no aplica el criterio sentado por el caso anterior no está desoyendo sino obedeciendo la RP.

La RP en sentido autoritativo es una institución mediadora 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 consecuencia o externalidad sobre el segundo; es decir, habrá de tener 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 crea 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 una 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 los posibles resultados o 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.

Los argumentos anteriores son especialmente aplicables a ciertos casos de RP, tanto vertical como horizontal. Menciono un ejemplo de la primera 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 nacional. 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. Podemos especular acerca de lo que los jueces deberían hacer en un contexto semejante. Sin embargo, podemos sospechar lo que *realmente* estarían inclinados a hacer. Para que ellos sobrevivan (en términos de su continuidad en el cargo) podría ser necesario que la política sobreviva también. 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 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.

Dado que el proceso de construcción de legitimidad social de un tribunal de justicia es lento y complejo, y que su estabilidad depende en parte de su legitimidad social, este tipo de estrategias pueden resultar útiles si son aplicadas de buena fe en ciertos contextos (veremos más adelante qué puede ocurrir si estas condiciones no están presentes). 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.). 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, 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, creo que no sabemos lo suficiente acerca de si los jueces argentinos, o al menos algunos de ellos, aplican en la práctica una RP, y en todo caso con qué sentido. En particular, los debates acerca de si las decisiones en temas federales de la Corte Suprema argentina deben tener fuerza de precedentes son algo oscuros, y 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 es vacía. Es equivalente a sostener que, como niño, debo obedecer la autoridad de mi madre al ponerme en penitencia sólo por el prestigio moral que, según mi criterio, ella tiene. 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. Antes bien, quiere decir que la RP no debería limitarse a ofrecer un material adicional que el juez puede libremente desechar si no está de acuerdo con lo que sugiere.

Esta ambigüedad sobre el valor de los precedentes de la Corte, compartida por algunos jueces del propio tribunal,⁸ 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

⁸ Véanse las respuestas del actual Presidente de la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti, al 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.

caprichosamente. Es decir, o lo que hay que respetar no es del todo claro, o cambia demasiado frecuentemente.

Un punto interesante de este fenómeno es que si al menos parcialmente es *consecuencia* de un contexto en el que la existencia de RP no es clara (fruto en parte de nuestra pertenencia a la tradición continental, algo ya apuntado), 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, al menos en la mayoría de sus casos.⁹ Esto no es casual. El Consejo sólo analiza la constitucionalidad de las leyes *antes* de que entren en vigencia. Es decir, las decisiones del Consejo no tienen que ser leídas por jueces inferiores. El único encargado de analizar la validez de las leyes es el propio Consejo. Un tribunal que, en cambio, aspire a que sus sentencias sean respetadas no puede darse este lujo. Tiene que hablar claramente y sin contradicciones.¹⁰

La tercera distinción que quiero formular tiene que ver con las áreas jurídicas a las que se puede aplicar la RP. En los Estados Unidos, existen al menos tres ámbitos distintos en los que la regla puede tener aplicación: a) el derecho constitucional, b) la interpretación de leyes infra-constitucionales, 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, como se sabe, 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 creo son corrientes, en los Estados Unidos la RP es mucho más lábil en el ámbito del *common law* (aquellas áreas en las que los jueces tienen

9

10

un rol más relevante en la creación del derecho; por ejemplo, el derecho de daños) que cuando se trata de interpretar o aplicar leyes sancionadas por el poder legislativo. El fundamento que subyace a este entendimiento tiene relación con la protección del proceso democrático: la ley no podrá ser interpretada de múltiples maneras por parte de otros tantos jueces. 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 pesar de que para el parlamento es costoso modificar una ley, más costosa podría ser la posibilidad de que el fin de la norma sea desnaturalizado mediante un sinnúmero de interpretaciones contrapuestas.

Es interesante señalar que 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 (desde la Francia de finales del siglo 18, a la España del último cuarto del siglo 20). Y que el origen de la casación en Francia se explica como una herramienta política (primero parlamentaria, finalmente cuasi judicial) para disciplinar a los propios jueces. Sólo posteriormente la casación se transformó en la institución judicial que hoy conocemos.

En este contexto era impensable sugerir la aplicación de una RP. Pero desde luego, el riesgo de contar con un buen número de interpretaciones discordantes de una ley (es decir, 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’,¹¹ reclamando la obediencia de otros tribunales. Esta última, justamente, es la idea que nutre el entendimiento acerca de la RP en los Estados Unidos, cuando se trata de interpretar una ley sancionada por el Congreso.

11

En suma, las tres distinciones que formulé, en sí mismas relevantes, son útiles para el análisis normativo de la RP. De esto me ocuparé a continuación. 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.

3. ¿SE JUSTIFICAN LOS PRECEDENTES?

Mencionaré primero una serie de cuestiones relacionadas con la RP en general. Luego analizaré la justificación de la RP en sentido autoritativo a nivel horizontal y vertical. Existen dos valores principales asociados con la RP, que es importante mencionar para el análisis que ofrezco a continuación. El primero, de tipo intrínseco, es la coherencia o integridad. Este valor estaría íntimamente vinculado con la igualdad. Al momento de analizar la conducta de un juez o tribunal, estimamos correcto que si decidió de manera *x* en T1, luego en T2 –un caso similar– decida también *x* y no *y*. Si un tribunal decidiera de forma distinta dos casos que, en sus aspectos relevantes, son lo suficientemente similares como para merecer la misma solución, el tribunal estaría actuando de manera incoherente. Estaría tratando de manera desigual a personas que están en la misma posición.¹² Este valor es inicialmente muy fuerte. Pero cabe destacar que, tal como lo he formulado, podría esconder una posible petición de principio. Sostuve que dos casos iguales deben ‘merecer la misma solución’, pero como diré, no es obvio que el valor de la igualdad exija siempre esta salida.

El segundo valor asociado con la RP 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, lo que 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 podría importar el mito de la tradición jurídica continental, según el cual el juez sólo aplica el derecho, es decir, no crea nuevas reglas. Esto no es así en la práctica, al menos en una gran proporción de casos en que las normas no tienen un significado auto-evidente para todos los supuestos que pueden plantearse bajo su amparo. Es en este sentido que el principio general de no-

¹²

retroactividad de las normas debería verse como inclusivo de la interpretación que los jueces hagan de ellas.

Resumiendo ambos valores, los defensores de la RP pueden sostener que ella refuerza el *rule of law*. Más allá de que el término es ambiguo, la idea central es que el respeto por los precedentes reafirma la noción según la cual los jueces deciden en base a reglas y no a caprichos, preferencias personales o influencias indebidas. Pero esto, claro, 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*. Ninguna de estas dos cosas es obvia. Volvamos entonces sobre nuestros pasos un tanto.

Para ciertas teorías críticas, por ejemplo, la RP podría simplemente verse como una herramienta que los jueces manipulan a su antojo para decidir lo que de antemano desean decidir.¹³ 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 ella está más arraigada. Como sabemos, en esos países se entiende que un precedente tiene fuerza sólo respecto de la ‘regla’ del caso, y no respecto de un ‘*obiter dictum*’ que el juez haya incluido en su decisión. Usualmente 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. Al menos en ciertos casos, dos intérpretes de buena fe y técnicamente idóneos podrían disentir 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. Ambas cuestiones requieren una toma de posición valorativa por parte de un intérprete que podría no ser compartida por otros.

13

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 mientras en muchos casos será relativamente simple trazar esta relación, en otros será mucho más complicado. 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 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 menor) no excusa esa falta. ¿Cómo distinguir entre la regla del caso y un *obiter*? ¿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 menor? ¿Con qué nivel de abstracción deberíamos leer la decisión? ¿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 ayudarnos mucho. Pues, ¿cuáles son esos hechos relevantes? Como sabemos, difícilmente haya dos casos idénticos. Si hacemos demasiado hincapié en los hechos, corremos el riesgo de quedarnos con una regla precisa pero trivial. Sabremos que el hijo menor de un empleado (¿deberíamos agregar más datos sobre estas personas o las circunstancias que rodearon el allanamiento?) no puede dar una autorización válida, pero esto no nos serviría de mucho: difícilmente vayamos a encontrarnos con un caso idéntico en el futuro.

Una reacción natural a la exposición anterior es sostener que todo esto es trivial, y que ya lo sabíamos. Pues la RP no funciona de la manera que describí. 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 un cuerpo de ellas en casos más o menos similares a lo largo del tiempo. Esto es cierto, y en muchos supuestos permitirá reducir la

discrecionalidad del operador jurídico que tenga a su cargo reinterpretar decisiones pasadas. Sólo quiero señalar que, en definitiva y como mínimo, existirá una serie de posiciones valorativas que deberemos adoptar sobre cómo acercarnos a los precedentes, y que no es obvio que pueda siempre existir una sola solución correcta. Por ende, no es obvio que operadores de *buena fe* puedan siempre coincidir.

Que esto sea así para operadores de buena fe no debería preocuparnos demasiado. Pero si tales dificultades existen, luego un intérprete de *mala fe* que quiera manipular el caso que está analizando, para ‘distinguirlo’ de uno anterior que es aplicable, podrá tener un terreno lo suficientemente fértil como para trabajar con los materiales a su disposición. Y esto sí debería preocuparnos. Nuevamente, este problema puede ser minimizado si el tribunal que crea la regla es claro respecto de sus contornos al describirla. Esto es lo que parece ocurrir en ciertos contextos (piénsese en la Corte norteamericana, por ejemplo). 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.

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 razonable la regla de un caso o serie de casos. Pero además, y muy especialmente, deberá depender del grado de confianza que tengamos sobre su compromiso hacia la práctica. Si pensáramos, por ejemplo, que los operadores no estarán comprometidos en un esfuerzo honesto 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 peores resultados que la ausencia total de ella, 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, entre ellos la previsibilidad y la igualdad en el derecho, serían burlados ante una RP que funcionara de esta manera. En un supuesto semejante, tal vez fuera mejor renunciar a la posibilidad de instrumentar una RP en sentido fuerte, creando en cambio las condiciones institucionales para empujar a los jueces a que se involucren de manera pública en un intento por recurrir a razones sustantivas de peso (y no meramente al argumento técnico y 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.¹⁴ Por ejemplo, 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. Después de todo, 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 recorra.

Esto, sin embargo, no parece ser así ni siquiera en contextos en donde la RP es obligatoria. En la práctica la situación podría ser la inversa, y 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, ligeramente divergentes en cuanto a sus matices (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). A mayor cantidad de decisiones, mayor posibilidad existirá de encontrar excepciones a la regla de un conjunto de casos, y

¹⁴ Algo.

excepciones a las excepciones.¹⁵ Por ende, mayor será la posibilidad que un juez tendrá de recoger o ‘pescar’ alguna de esas decisiones para fundar la solución que él o ella prefiera.

El lector probablemente esté familiarizado con la teoría del filósofo del derecho norteamericano Ronald Dworkin. Respecto de lo que aquí nos 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. Un valor importante de esta práctica, íntimamente ligado a la idea de igualdad, es la integridad. Aludí antes a esta noción. Dado que el estado monopoliza el ejercicio de la coacción legal, es esencial que las respuestas que dé a las personas que están relacionadas de algún modo con él sean similares en situaciones análogas.

Una de las maneras de ser consecuentes con este valor es tomar en serio la RP. Esto no implica que los precedentes deban regir para siempre. Así, la teoría de Dworkin sugerirá apartarse en ciertos supuestos de un criterio jurisprudencial vigente si éste impide que el sistema jurídico honre su compromiso con el valor de la integridad (me tomo la licencia de no ahondar en la exploración de este punto potencialmente controversial de su teoría). Pero el mero paso del tiempo no debería ser motivo suficiente para justificar un cambio; tampoco podría serlo la sola existencia de decisiones divergentes. De otro modo la RP consistiría en una regla esquizofrénica: sería la propia falta de respeto de los precedentes, o la flexibilidad en su aplicación, lo que justificaría apartarse de ellos.

Más allá de lo que se piense sobre la validez de esta teoría, mucho más compleja que mi grosera simplificación, la menciono porque es interesante analizar si los jueces *en la práctica* comparten este entendimiento, y desarrollan su función comprometidos con esta noción acerca del respeto de la RP y el valor de la integridad. Cito un ejemplo. Recientemente, dos investigadores norteamericanos hicieron un intento por analizar empíricamente –en un ámbito de toma de decisiones limitado– si la teoría describe de

¹⁵ Empirically testing. 1188.

manera adecuada el modo en que los jueces trabajan cotidianamente.¹⁶ Los investigadores, Stefanie A. Lindquist y Frank B. Cross, buscaban analizar el papel que jugaba la ‘ideología’ de los jueces al momento de decidir, una pregunta bastante usual en estos estudios.

Sus hallazgos son interesantes. En primer lugar, encontraron que la idea de integridad jugaba un papel fuerte cuando se trataba de temas que habían recibido poca atención. Más apropiadamente, encontraron que la ideología del juez 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 lo que más me interesa analizar aquí es el segundo resultado destacable del estudio. 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 con el transcurso del tiempo. Pero sólo hasta cierto nivel. Cuando existía una cantidad suficientemente considerable de decisiones en un tema, el valor de la RP descendía; los jueces se sentían más libres para decidir del modo en que creían conveniente.

Completo entonces el punto que sugerí: si la cantidad de decisiones y matices es considerablemente grande, luego la RP no brindará mucha ayuda para constreñir la discrecionalidad del intérprete. A la hora de decidir, el juez o jueza tendrá 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 determinado. 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 un tanto nuestra fe en la RP como instrumento para limitar la libertad de los jueces. Ello especialmente en contextos con un pasado institucional como el nuestro. Suponiendo que nos pusiéramos de acuerdo en que a partir de mañana todos comenzaremos a respetar fuertemente los precedentes, la pregunta que podríamos hacernos (y no sólo a nivel de la Corte) es *qué respetar*. Pues probablemente en ciertos temas encontremos decisiones de todos los matices imaginables.

16

3.1. HORIZONTALIDAD. El análisis de esta dimensión es relevante por dos razones. Podrá tener validez autónomamente aunque se rechace la dimensión vertical de la RP. Pero además, al menos en ciertos temas tendrá características peculiares. En este artículo sólo puedo ocuparme de algunos aspectos vinculados con la dimensión horizontal. En primer lugar analizaré un punto situado en la intersección de las tres aclaraciones conceptuales que formulé: *el caso de la Corte Suprema argentina, cuando decide en temas constitucionales*. Intuitivamente, uno podría pensar que la Corte debería respetar sus propias decisiones en temas constitucionales del modo más fuerte que sea posible. Después de todo, 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.

Algo (o tal vez mucho) de esto es cierto. Pero existe un primer aspecto que 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. Así, 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 debe ser directamente proporcional a la facilidad de modificar por otros medios una decisión errónea.¹⁷ 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, aunque es válido, tiene un aspecto poco intuitivo. Cuanto menores sean las exigencias que la Constitución plantea 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 habrá de enfrentar una RP horizontal más leve, debido a la necesidad de habilitar una vía de cambio que sea

¹⁷

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 cambiar sus interpretaciones, reformándola *virtualmente* con cada una de ellas.

Desde luego, decir que los precedentes no han de tener ‘tanta’ fuerza para la propia Corte no implica sostener que deberían tener una fuerza ‘nula’. 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 -2. Este punto, sobre la obligatoriedad –aunque relativa– de la RP, es el segundo que quiero analizar. Frecuentemente sostenemos que el mero hecho de que la mayoría de la Corte no coincida con la solución de un caso aplicable no es motivo suficiente para que se lo *ignore o deje sin efecto* (la diferencia entre estas dos categorías es usualmente más clara para la Corte norteamericana que para nuestra Corte). 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 los mismos jueces de un tribunal colegiado deciden dos casos similares, y otro en el que el tribunal decide ambos casos pero con una composición completamente distinta en cada uno. (Los ejemplos son extremos porque los tribunales usualmente se renuevan de modo gradual.) Cuando sostengo que ambas decisiones son similares, presupongo que ellas presentan un problema suficientemente similar (voy a ahorrarme la dificultad de advertir cuándo es que esto sucede), 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 tomada 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, ajenos a la RP, suman complejidad a su aplicación.

En mi supuesto, entonces, todos los elementos necesarios para decidir el segundo caso estaban ya disponibles al momento de decidir el primero. Un tipo de caso estándar sería el de una cuestión netamente normativa que no experimentara un gran desarrollo durante el lapso de tiempo transcurrido entre las dos decisiones. En el primer ejemplo, el de la *misma integración*, no deberían existir dudas de que, salvo un grave error, los jueces deberán tratar ambas situaciones de modo idéntico. Y si creen que cometieron antes tal error, deberán argumentar de manera convincente acerca de ello (sobre qué lo provocó, por qué esta nueva decisión lo solucionaría, etc.). De otro modo, los jueces estarían contradiciéndose sin justificación.

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 un campeonato 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 campeonato 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. 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 nuevos argumentos, ¿qué razón podría justificar mi cambio? Creo que ninguna. Si bien es cierto que este principio obligaría a mantener vigentes errores o interpretaciones que hoy se creen erróneas (aquellas que no sean *tan* graves; sé que la inclusión de adverbios semejantes abre un gran espacio de ambigüedad, pero no voy a analizar aquí estas diferentes categorías), con ello se evita que los mismos jueces den soluciones distintas a los mismos problemas.

En un sentido, la situación en el segundo ejemplo (*diferente integración*) es similar a la del primero. La pregunta relevante es por qué los jueces de hoy deben sentirse atados por la decisión tomada ayer por *otros* jueces. Una posible respuesta a este interrogante es que el ideal de la igualdad o integridad no distingue entre, por llamarlos de alguna manera, los puntos de vista *interno* (el de los jueces) y *externo* (el del sistema jurídico en general). Es decir, 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 estaría tratando a las partes de manera incoherente.

Creo que este último argumento es plausible, pero no al punto de equiparar completamente ambas situaciones. Supongamos que un tribunal considera hoy que la decisión que sus antiguos miembros tomaron ayer es errónea. El error no necesariamente debe ser grosero; dije varias veces que en este supuesto la Corte no debe sentirse tan apegada a la RP. La pregunta es, nuevamente, si los jueces deberían sentirse más obligados a respetar la RP que a anunciar una respuesta correcta. Tomemos prestados algunos argumentos de la discusión –en filosofía normativa– sobre igualitarismo.¹⁸ 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 . (Una teoría genuinamente igualitaria no tiene por qué enfrentarse a estas objeciones.)¹⁹

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’. Es decir, se la estaría obligando a dar una respuesta incorrecta a las partes que hoy reclaman una solución, sin que con esto se beneficie ostensiblemente a nadie. En algún sentido, entonces, el punto de vista interno (el de los jueces) podría tener una significación 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. Frecuentemente nos enfrentaremos a casos en los que los jueces de hoy discrepan con la solución normativa que otros dieron 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

18

¹⁹ Alegre, Víctor Ferreres.

ninguna groseramente errónea. 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 inicialmente marcar alguna diferencia respecto del supuesto anterior (el de los mismos jueces). Los jueces que han de decidir el caso hoy pueden legítimamente sostener, de una manera que no podían hacerlo en el caso anterior, que en un supuesto tal se los estaría haciendo aceptar una visión errónea del derecho. Pero además, el punto de vista externo, sobre la igualdad en el sistema jurídico en general, debería estar en condiciones de acomodar algunos de estos cambios de criterio jurisprudencial. 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.

No estoy sosteniendo que en este último supuesto la RP a nivel horizontal haya de desaparecer. Aunque con algunos matices, creo problemático que los jueces cambien de criterio *sólo* porque discrepan con la solución anterior. Pero este punto se relaciona con el valor ya mencionado de la integridad, y por lo tanto será aplicable sólo cuando él esté en juego. Dicho de otro modo, no puede referirse al mero hecho de que los jueces hoy puedan erróneamente creer que la decisión anterior es equivocada. Porque los jueces de ayer también pueden 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.

Reconozco entonces que el valor de la integridad es en parte relevante. Por otro lado, el argumento de la ‘nivelación para abajo’ no es completamente útil. Como cualquier otra decisión judicial, las sentencias de la Corte típicamente involucran a una parte que gana y otra que pierde. Si fuera el caso que la primera decisión viola un derecho, desde luego sería necesario que la Corte no se sintiera atada por ella (tal vez esto involucrara uno de los errores graves a los que aludíamos). Pero el cambio de criterio podría perjudicar a alguien, y como vimos, esto puede implicar una violación al valor (institucional) de la integridad. Desde luego, los jueces 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 infligido a una de las partes.

Pero este punto no debe exagerarse al extremo de prohibir completamente que los jueces que deciden hoy cambien un criterio adoptado por otros jueces. Podrán tal vez hacerlo si es que (están convencidos de que) no causan un daño ostensible a una de las partes. Esto ocurrirá, por ejemplo, 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 implica restringir las facultades persecutorias del fiscal, por ejemplo, el fiscal difícilmente podría alegar que se lo está tratando de un modo que revela poco apego con el valor de la integridad. Primero, porque es un representante del estado, que es precisamente el encargado de tratar de manera igualitaria, y no quien merece ser tratado de esta forma. Pero además, porque difícilmente podamos sostener que la ‘sorpresa’ del fiscal ante la nueva decisión implica hacerle aceptar retroactivamente una nueva regla de un modo que sea normativamente injustificado. El fiscal podrá decir que este tipo de sentencias ‘retroactivas’ impactan funcionalmente sobre su trabajo, al no tener certeza sobre qué efecto tendrán las decisiones que tome. Pero tal vez éste sea un costo justificado.

Una vez más, el argumento sobre la integridad no se agota con la dimensión individual, esto es, con el modo en que el derecho trata casos particulares. Podemos pensar de manera general que, existan o no derechos en juego, el derecho *como práctica* resulta consolidado cuando se respeta de manera general la RP. Vemos como algo valioso que un juez que no está de acuerdo con una decisión anterior se someta igualmente a ella, respetando la integridad de la práctica. Es de este modo que la RP es finalmente autoritativa. Pero para ser inteligible, el principio tiene que estar relacionado con algún valor que sea más fuerte que el principio en competencia: la necesidad de decidir del mejor modo posible los casos particulares que se presentan al juez. Y en mi último ejemplo, ninguno de los valores principales en juego (la coherencia y la previsibilidad)

exigía el respeto de la RP. Existirán en todo caso planteos referidos a la invalidez de las decisiones anteriores (por ejemplo, el reclamo de un condenado por recuperar su libertad, alegando que el cambio hacia una jurisprudencia más favorable a su posición es equivalente al cambio de una ley). Pero una defensa ciega de la integridad, aun cuando no beneficie a nadie, sólo implica una defensa injustificable del *status quo*. Es cierto, se dirá que doy vueltas en círculos. Obligar al litigante a ‘tolerar’ un criterio que para la Corte 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 tan seguro que el principio deba tener tales consecuencias.

Afirmar que la mera discrepancia no puede justificar un cambio de criterio es en parte correcto. Como dije, en una gran cantidad de casos esto puede tener sentido. 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.²⁰ 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.²¹ Sabemos sin embargo que, en definitiva, los jueces de tribunales colegiados *también* resuelven sus desacuerdos votando.²² Como afirma Jeremy Waldron, esto nos incomoda.²³

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

20

21

22

23

diferencia de los legisladores, no existen muchas razones que expliquen por qué los jueces deben decidir por mayoría y no, por caso, por unanimidad.)²⁴

Creo que este temor es en parte justificado, pero también exagerado. El hecho de que no exista una práctica como la RP –algo que aquí 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. Mucho tendrá que ver el tipo de proceso judicial que esté en vigencia. Un modo de restringir esta discrecionalidad es lograr que las discusiones sean suficientemente abiertas y participativas, y que los jueces rindan cuentas de sus acciones (en especial escribiendo con fundamentos claros y entendibles) ante una sociedad atenta.

Como apunté antes, la situación puede incluso ser la inversa. Dadas ciertas condiciones, la RP puede permitir que un juez que no esté comprometido con la empresa colectiva de la construcción del derecho pueda esconder sus preferencias personales bajo la fachada del respeto de la RP, haciendo que su decisión pase como una que honra los precedentes aplicables. El temor encierra un argumento circular: no puede sostenerse que los jueces que ignoran casos similares no están comprometidos con la práctica colectiva del derecho si la RP no es obligatoria. Si la comunidad jurídica arriba a un consenso sobre 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). Aquí será especialmente relevante el nivel de persuasión que tengan sus argumentos.

Estas reflexiones no sólo se aplican a la Corte sino también a otros tribunales. La diferencia, como dijimos, es que si pensamos que existe o debería existir una RP horizontal en todos los niveles de decisión, la regla será más fuerte para los tribunales inferiores que para la Corte.

3.2. VERTICALIDAD. 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

²⁴ Waldron.

precedentes tendrá más poder, en el sentido de que sus decisiones tendrán mayor influencia. Existen dos argumentos que –en contra de la RP vertical– se han sostenido en nuestro país, especialmente al criticar la validez de los fallos plenarios, un punto sobre el que volveré brevemente al final del artículo.

El primer argumento tiene que ver con la *democracia y la división de poderes*: al existir una RP, el tribunal que reclama el respeto de sus decisiones se sitúa por encima de las leyes. Este razonamiento es erróneo. Como vimos, el mismo punto sobre el respeto del parlamento puede emplearse como justificación antes que como crítica de la RP. Nada impide que el poder legislativo ‘deje sin efecto’ una interpretación judicial de sus leyes con la que no esté de acuerdo. Si bien es cierto que modificar una ley es costoso, no es obvio que el poder legislativo prefiera la posibilidad de enfrentar una miríada de interpretaciones distintas a contar con un horizonte de mayor claridad al evaluar cómo se aplican sus leyes.

Desde luego, 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. 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 puede ser modificada, aclarando su sentido para el futuro.

El segundo argumento es que la RP comprometería el principio de *independencia del juez* individual, en este caso respecto de otros jueces. En un intento por encontrar sustento jurídico a esta posición en nuestro contexto se ha citado el artículo 116 de la Constitución, que refiriéndose a los jueces nacionales sostiene que les corresponde “el conocimiento y decisión” de las causas.²⁵ Tener que obedecer un precedente impediría a un juez ‘conocer’ y ‘decidir’ realmente. Pero al igual que muchas otras disposiciones vinculadas con la organización del poder, el artículo 116 está tomado de la constitución

²⁵ Citar fallos.

norteamericana (artículo III, sección 2).²⁶ Si bien es cierto que ésta no incluye conjugaciones de los verbos ‘conocer’ y ‘decidir’, no parece obvio que ellos deban interpretarse como prohibiendo la RP. Por lo pronto, y como vimos, la RP es fuerte en el país del que tomamos la cláusula. Un juez no parece tener un ‘derecho’ a decidir sin someterse a la RP; de hecho, los propios verbos mencionados podrían ser compatibles con la RP. (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.) Un juez tendrá en cambio tal atribución si ella es deseable institucionalmente.

Es en este último sentido, ya no jurídico sino (más genéricamente) institucional, que debe analizarse la posibilidad de contar con una RP vertical fuerte. Creo que la discusión es compleja, pues intervienen factores potencialmente contrapuestos. Desde una primera perspectiva, la RP es especialmente relevante al reforzar la importancia que un pronunciamiento judicial aislado puede tener. Dado que lo que hoy se decida habrá de permanecer en el tiempo e influir sobre otros tribunales, la RP potenciará la capacidad de influir mediante, por ejemplo, una estrategia de litigio. Las partes y sus abogados tendrán un horizonte más claro para planificar sus acciones. Y 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 jugadores repetidos o si tienen un interés especial en el tema en cuestión, invertirán en una mejor asistencia legal que la que podrían ‘darse el lujo’ de tener en casos *sin* RP.

Este argumento nos retrotrae al inicio del trabajo. Algunos verán la promesa de la RP con buenos ojos. Otros no. Nuevamente, ello dependerá de qué es lo que se quiere conservar o modificar. Pero además dependerá de la capacidad técnica y económica diferencial que los individuos o grupos tengan para litigar. La RP puede ser especialmente interesante para organizaciones de defensa de los derechos humanos, para que sus conquistas sean más relevantes y puedan blindarse de posibles embates. Pero si, por ejemplo, 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

26

toma de decisiones. Cuando en cambio hay poco en juego en una decisión (sin RP), los recursos que inviertan ambas partes podrán tender a equipararse en términos relativos.

Este último punto se relaciona con un segundo argumento, de carácter más bien abstracto y especulativo. Adelanto la conclusión: dados ciertos rasgos de debilidad institucional, la instrumentación de la RP vertical podría incluso ser peligrosa. Analizaré esta cuestión a través de dos supuestos tal vez 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 de todos modos me parecen útiles para iluminar la discusión.

Imagine el lector que el sistema institucional de división de poderes en un país funcionara ‘*à la carte*’, de la manera prevista por la constitución. (Para simplificar el análisis, imaginemos que el mandato constitucional es claro y teóricamente deseable.) 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.

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.

Dadas estas condiciones de salud institucional, la existencia de una regla de RP vertical fuerte, especialmente en temas constitucionales o federales, no plantea muchos problemas. Vimos cómo, en los Estados Unidos, el Congreso estima valioso que sus leyes

sean aplicadas mediante la RP. Como muchas cuestiones familiares, esto puede verse como un problema 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. De hecho, un argumento que podría explicar la ausencia de RP en nuestro país en casos en que el poder judicial de la nación aplica normas federales, es que nuestro 'principal', el Congreso de la Nación, no siempre se interesa por el modo en que hayan de interpretarse sus leyes. A diferencia de esto, por ejemplo, el Congreso de los Estados Unidos tiene comisiones que prestan especial atención al modo en que los jueces aplican las leyes federales.

Respecto de cierta centralización en la interpretación de la Constitución que implicará la RP, en este sistema 'saludable' tampoco será necesariamente un inconveniente. La centralización del control judicial de constitucionalidad, especialmente si está unida a otros rasgos, podría lograr que algunos de los problemas normativos que frecuentemente se asocian con el ejercicio de este control 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 más controlable políticamente. Por ejemplo, será más fácil evaluar las credenciales políticas de nueve (o siete) 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.

Nuevamente, un sistema estructurado de manera que los poderes políticos tengan cierto control del poder judicial puede ser normativamente defendible, cuando ello no implique controlar a jueces individuales tomando decisiones particulares.²⁷ 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

27

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 (esta afirmación es deliberadamente vaga, pero a los fines de este artículo creo que no necesito aclararla). Y para tomar parte de ese diálogo de manera significativa deben poder ‘controlar’ a la justicia, aunque sea de manera mínima.²⁸

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 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 descripto. Dadas estas condiciones, ¿es una buena idea la RP vertical en temas constitucionales?

En un contexto semejante, no es obvio que la centralización que la RP tendería a provocar sea beneficiosa. Con la existencia de una fuerte RP vertical, el tribunal que

²⁸ 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 valorativo (político, moral, etc.), y no es obvio que un juez aislado completamente de 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–). Ferejohn, etc.

reclama la autoridad de sus decisiones se convierte en más relevante políticamente. Al aumentar su relevancia, aumentarán también los ojos puestos sobre él. Si por las razones que fueren 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 en tanto decisiones tendrán, al menos un valor testimonial. La centralización podría en cambio ayudar si, por las razones que fuere, el peligro proviniera no ya del peldaño superior sino de los tribunales inferiores.

Ofrezco algunos ejemplos de este punto. Antes de 2004, los precedentes del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil, el máximo órgano del poder judicial federal a cargo del control constitucional, no eran vinculantes para el resto de los tribunales.²⁹ El gobierno del ex Presidente Fernando Enrique 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, que otros tribunales deben respetar. (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 que los precedentes. Están pensadas más bien como declaraciones abstractas.)

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.³⁰ Pero en 2004, luego de que Lula llegara al poder, se reformó la constitución instrumentando ese sistema.³¹ 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.

29

30

31

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, especialmente ante la existencia de un tribunal cuya mayoría estaba dispuesta a homologar prácticamente cualquier acto gubernamental, incluyendo varios claramente inconstitucionales. El efecto esperado se logró holgadamente, no sólo debido a la centralización en cabeza de la Corte sino también a la regla de precedente que la norma creó.

Exploraré otros dos posibles argumentos a favor de una RP vertical respecto de los fallos de la Corte. El primero se relaciona con la idea varias veces mencionada de la integridad en el derecho. Esquemáticamente expuesto, el argumento es el siguiente. La empresa de dotar de sentido a los valores constitucionales es tan compleja como esencial, pues de ella depende, entre otras cosas, la vigencia plena de los derechos. Si existe una multiplicidad de voces discordantes dentro del poder judicial, la construcción de una ‘comunidad de principios’ puede ser más costosa.³² El diálogo constitucional, del que el poder judicial es parte, se transforma así en un diálogo de sordos.

Pero no es obvio que este diálogo sea mejor conducido desde un solo tribunal. Al contrario, él podría ser empobrecido en vez de enriquecido con la supresión de otras voces dentro del poder judicial (en este caso no habría diálogo sino simplemente un monólogo 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.

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

32

implementarlas y cómo lo haría (es decir, funcionarios con qué idoneidad y capacidad técnica; miembros de qué grupo o partido; con qué afinidad ideológica, etc.). Y debería procurar que el sistema esté bien equipado para hacer frente a la peor situación imaginable, desde la perspectiva que fuere. Sostuve al principio de este artículo que la RP es un mecanismo tendiente a *preservar* ciertas decisiones. Dado que no deberíamos defender o criticar una regla sólo porque ocasionalmente nos perjudica, sería erróneo que reprocháramos hoy la ausencia de RP como herramienta para conservar las decisiones que preferimos, si ayer criticamos la ausencia de cambio de las que no nos gustaban. Por ende, 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 simplemente 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 llevar a cabo este ejercicio al momento de crear reglas o instituciones. A principios de 2002 (el 6/1/02), 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.

Como se sabe, la medida fue un grave error de cálculo político. Le dio a la Corte, amenazada por un muy reciente intento de enjuiciamiento de sus miembros, una excelente 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, el 25/4/02 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.

Existe un último conjunto de argumentos 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.

Creo que 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, no podría decirse que el tribunal inferior ‘obliga’ en un sentido *técnico* 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 grupo de casos categóricamente del modo x (aunque el ejemplo se refiere a nuestro país, seguimos hablando hipotéticamente; es decir, ignoramos aquí las dificultades antes apuntadas a la hora de interpretar las decisiones de la Corte). El argumento sería el siguiente: es cierto que, en nuestro ejemplo, el juez inferior no está legalmente obligado a

fallar x . Pero si tuviera una mínima sensibilidad institucional, debería hacerlo. Si no decidiera del modo x , tanto la parte como el propio poder judicial dilapidarían recursos, y en ocasiones la demora podría causar perjuicios irreparables. Si esto fuera así, creo que 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 (artículos 280 y 285, Código Procesal Civil y Comercial). 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 segundo la dificultad que esto podría tener.

No es obvio, por lo tanto, que el juez inferior esté permitiendo que se dilapiden recursos. Por otro lado, de esta manera el juez parece contribuir con una nueva voz al proceso de toma de decisiones constitucionales. Como señalamos, alguien podría apuntar que esto va en contra de la idea de integridad en el derecho. Pero comoquiera que uno interprete esta noción, no creo que sea 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. Si la Corte interviniera en el ciento por ciento de los casos apelados, el tribunal que no fallara de acuerdo con su criterio estaría dilapidando recursos tanto propios como de las partes. 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 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 rechaza 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 no deciden x no sólo podrían generar malas consecuencias: estarían además incumpliendo su función. Y si contribuyen al diálogo constitucional, lo hacen de una manera poco valiosa, violando las propias normas que estructuran ese diálogo. En este supuesto, si un juez no obedeciera a la Corte, podría ser castigado de algún modo, incluyendo desde luego la posibilidad de juicio político (además de la modificación de sus decisiones por parte de la Corte). Pero señalo aquí un posible problema. 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 (es decir, aquellas a las que no aplicará el artículo 280).

Pero la dificultad es la siguiente. 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 colectivo. 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 por parte de la Corte, la que además podrá ‘penalizar’ de alguna manera a quienes desobedezcan. Pero saben también que cuanto menos se respete la RP, menos posibilidades tendrá la Corte de detectar los incumplimientos. En términos relativos, ellos pasarán más desapercibidos.

Esto genera una posible paradoja. 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. Esta regla minimiza la posibilidad de que los casos que el tribunal no decide se desvíen de los criterios que fija. Pero justamente, como vimos, la competencia discrecional genera condiciones para que los jueces inferiores que *no* deseen respetar la RP puedan no hacerlo. Dicho de otro modo, en ausencia de un compromiso fuerte por parte de todos los actores judiciales por honrar el consenso de respetar 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.

Este punto es muy simple, y nos recuerda un argumento familiar sostenido explícitamente por Hans Kelsen, el padre del modelo de control judicial de tipo europeo, al justificar ciertos rasgos de este modelo.³³ 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 una multiplicidad de decisiones divergentes.³⁴ La solución que, como sabemos, Kelsen ideó 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

33

34

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*.

3.3. PLENARIOS. Concluyo este artículo haciendo una brevísima 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 parecen ser del todo válidos. Cuando una cámara de apelaciones establece determinada interpretación de una ley o cláusula que tanto sus salas como los juzgados inferiores deberán respetar, la cámara no se está 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 lejana a sus preferencias. Por otro lado, no es obvio que un juez individual deba 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: 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. De hecho, 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.³⁵ 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 N1.³⁶ 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. Es decir, 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 permite unificar interpretaciones en casos en que no hay espacio para acuerdos semejantes.

4. CONCLUSIÓN

El tema de los precedentes es muy complejo, y 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 administrar, no deberíamos sorprendernos si intérpretes de buena fe no agregaran previsibilidad al emplearla. Podemos pensar en cambio que la RP está suficientemente 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 intérpretes de buena fe, y en todo caso qué sería necesario hacer para lograrlo. Si los jueces

³⁵

³⁶ Hara, ...

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 aquí 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 de 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 (podría suceder, por ejemplo, que si no respetaran precedentes, otros jueces no respetarían en el futuro los suyos).

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. Cambie o no la composición, un sistema que tolere dos decisiones distintas en casos similares está de algún modo afectando la integridad del derecho desde un punto de vista externo. Sin embargo, el cambio de composición podría ser relevante en ciertos casos. De otra manera se estaría obligando a un juez a que consagre ‘errores’ que no cometió, sin que con ello se beneficie a alguien de un modo que sea normativamente exigible.

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 hacer más eficaz una estrategia judicial llevada a cabo por litigantes institucionales o repetidos. 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 algún peso, pero señalé algunos problemas. Suponiendo que la RP no se considerara

obligatoria (algo que algunos jueces de la propia Corte parecen apoyar), los jueces inferiores no estarían imponiendo necesariamente ningún 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 incumplan con los criterios que ella fije pasen desapercibidos.

Nuevamente, la RP es una práctica compleja, cuya plausibilidad es necesario evaluar teniendo en cuenta el contexto al que se la quiera aplicar y las capacidades institucionales del sistema judicial. Podríamos pensar que los jueces no harán un buen papel al administrar la RP, dado que no estarán comprometidos con la práctica. O porque aun de estarlo, el sistema jurídico se encuentra en un estadio tal que cualquier solución podrá ser derivada de él. Por ende, cualquier posición podría pasar como una que honra los precedentes aplicables. Si esto es lo que pensamos, tal vez sea mejor librarnos de ella (incluso como fetiche académico), para comenzar a exigirles a los jueces que den buenas razones al justificar sus decisiones. Lo mismo debería suceder si no estuviéramos en condiciones de aceptar que la RP podría dificultar el cambio de decisiones con las que no estamos de acuerdo. En todo caso, lo que no deberíamos hacer es movernos libremente entre la “gratitud” y el “desprecio y odio” a los que Julio César aludía agudamente.