

El precedente judicial en la Corte Suprema *

Alberto F. Garay **

I. INTRODUCCIÓN

Los abogados y los jueces tenemos mucho en común (mal que nos pese). Por lo pronto, ambos fuimos educados en facultades de Derecho y se nos ha otorgado el mismo título. En nuestra labor cotidiana, solemos consultar iguales fuentes normativas, v.gr., leyes, decretos, reglamentos, autores y sentencias judiciales. Respecto de estas últimas, tanto jueces como abogados nos servimos permanentemente de decisiones judiciales. Es habitual encontrar sentencias que citan otras sentencias y escritos forenses que mencionan fallos. Esta práctica arranca desde los inicios de la Organización Nacional. La Corte Suprema, a poco de instalada, comenzó a citar resoluciones propias (y norteamericanas) anteriores.¹ Es el día de hoy que continúa con dicha costumbre.²

A pesar de su antigüedad, esta práctica no se nos enseñó de modo sistemático en la facultad, ni en claustro alguno.³ Creo que no es exagerado afirmar que la ejecutamos a veces intuitivamente, como si fuera algo que nos ha venido dado, observación esta última que no debiera ser minimizada. De hecho, en otros órdenes de nuestra vida familiar, en nuestras relaciones de trabajo o entre las pautas éticas a las que intentamos ajustarnos, es frecuente que sujetemos nuestra conducta presente y futura, a comportamientos anteriores, propios o ajenos. En efecto, en muchas circunstancias, comportarnos hoy, ante un hecho determinado, del mismo modo en que hemos actuado con anterioridad ante una situación similar, es algo sumamente frecuente.

* Agradezco por sus comentarios a los borradores de este artículo a Hernán Gullco, Carlos Vallefin, Susana Calleja, Eduardo Baistrocchi y Santiago Corcuera.

** Abogado 1981, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho 1990, Universidad de Columbia. Profesor de Postgrado, Universidad de Buenos Aires

1. El primer caso en el que la Corte Suprema cita una sentencia suya anterior es el registrado en Fallos: 1: 148, 153, 156 (1864), causa XXIV, "Tomás Tomkinson y compañía y el Fiscal, sobre diferencia de aforo entre 'mantas mezcla' e 'imitación Pampas' ". En dicha oportunidad el juez de sección, Alejandro Heredia, ya se había remitido a lo resuelto por el Alto Tribunal, expresando: "Que además de las consideraciones espuestas, el presente caso se halla decidido por la Suprema Corte de Justicia, pues es enteramente idéntico al de la casa de Thompson y compañía, en el cual se confirmó la resolución de la Junta de Comisos, que condenaba al pago de la diferencia". En su apelación, Tomkinson cuestionó esa identidad de casos aludida por el juez federal y la Corte reiteró que: "*no se deduce que el presente caso sea de distinta naturaleza que el caso de Thompson y Compañía, y deba resolverse por otros principios...*"

2. Esta práctica de citar sentencias anteriores también es seguida por numerosos tribunales de los diversos fueros. En la Capital Federal todos los tribunales de todos los fueros citan sentencias anteriores. Sin embargo, el análisis que sigue estará centrado en la labor de la Corte Suprema. Creo que algunas cosas que describiré o defenderé también son aplicables a los demás estamentos judiciales. Pero este ensayo no aspira a cubrir el fenómeno de las citas de fallos en todo el Poder Judicial.

3. Aquí debo recordar, a modo de excepción, la serie de conferencias que dio Carlos Cossio, por los años cincuenta, y que fueron reunidas en su obra *El Derecho en el Derecho Judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.

Como abogados, muchas veces ejercitamos esta práctica por simple conveniencia, cuando la cita de tal o cual precedente es favorable a los intereses que defendemos o, en el caso de los jueces, a la sentencia que se quiere dictar. En otras oportunidades, sensatamente o por desesperación, nos vemos obligados a distinguir nuestro caso de los precedentes que cita la contraria, cuando el único recurso de que disponemos a favor de la pretensión de nuestro cliente, es distinguir aquellos antecedentes para, de este modo, excluir a nuestra parte de la sanción que éstos contienen. Este motivo bien puede también mover a algunos jueces, a fin de correr los obstáculos que se oponen a la solución a la que ellos desean arribar o a la que corresponde arribar, conforme el derecho vigente.

Lo cierto es que hoy los abogados y los jueces nos servimos constantemente de la jurisprudencia de los tribunales.

Este fenómeno se da con particular relevancia en los tribunales federales. Como recordara Carrió a los jóvenes abogados: “La jurisprudencia de la Corte, excluida la Constitución, es la fuente principal en que el Alto Tribunal funda sus decisiones. La salvedad relativa a la Constitución no tiene en verdad demasiado peso. En los casi ciento treinta años transcurridos desde la sanción de la Ley Fundamental, prácticamente todas las cláusulas de ella con virtualidad para suscitar litigios relativos a su alcance o sentido han quedado recubiertas, por decirlo así, de sucesivas capas de interpretaciones de la Corte, la que ha ido restringiendo o ampliando los concisos textos originales. ... A diferencia de lo que ocurría hace medio siglo hoy ya no se puede litigar en el ámbito de ninguna rama del derecho sin estar al tanto de la jurisprudencia vigente en él. Más concretamente, de la que prevalece en el área jurídica específica del litigio de que se trata. Si eso es verdad en general, lo es de manera preeminente en el campo del Derecho Constitucional, donde gravitan con alcance decisivo los criterios de la Corte Suprema”.⁴

En muchos pasajes de este ensayo, el lector atento advertirá que hay ideas y desarrollos que ya ha leído en otro lugar. En realidad, estará en lo correcto. Su memoria lo estará remitiendo al libro de Genaro R. Carrió *Recurso de Amparo y Técnica Judicial*. Allí, su autor explica muchas cosas de las que aquí me hago cargo. En este sentido, porciones importantes de lo que diré a continuación bien podrían ser acumuladas bajo el rótulo “Variaciones sobre Temas de Genaro R. Carrió”.⁵

Lo que sigue es un modesto intento de describir, de manera introductoria, en qué consiste la práctica del precedente y de citar precedentes, según como lo hacemos en la Argentina. Para ello me valdré prioritariamente de la jurisprudencia de la Corte Suprema. No pretendo agotar el tema; más bien, persigo instalarlo, demostrando el lugar que, casi ignoradamente y a lo largo

4. Carrió, Genaro R., *Cómo fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes.*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, reimpresión 1992, págs. 80-81, 82-83.

5. Tampoco es original esto de las “Variaciones sobre temas...”. El melómano ya habrá advertido que lo he llamado de ese modo teniendo presente la famosa e inolvidable rapsodia de Rachmaninoff (variaciones sobre un tema de Paganini). Obviamente, no creo ser Rachmaninoff. Pero sí creo que la riqueza de la inspirada obra de Carrió merece variaciones sobre alguno de sus temas. En particular, el estudio del precedente. Porque gran parte de sus trabajos de análisis jurisprudencial presuponen o tienen como telón de fondo una teoría del precedente.

de ciento treinta y tres años, se ha ido ganando.⁶ Tampoco aspiro a ofrecer a la crítica un trabajo meramente descriptivo o puramente normativo. En realidad, lo que he intentado de modo prioritario es presentar una forma de comprender qué es lo que tanto jueces como abogados hacemos a diario. Para satisfacer tal objetivo debe partirse necesariamente de la práctica judicial. Sin embargo, y como no todos los jueces o tribunales realizan su labor del mismo modo, es ineludible mostrar los diferentes usos que se hace de los precedentes. En este sentido, este trabajo posee un contenido descriptivo de lo que la Corte hace y de cómo lo hace. Luego, he perseguido responder a otro interrogante ineludible, a saber, porqué hacen lo que hacen. Las respuestas que ofrezco son, sin duda, provisionales. Pero al formularlas -más a modo de sugerencias prácticas que de ucases- he debido presuponer o explicitar un modo correcto de hacerlo. Y, en este sentido, el fruto obtenido participa de algunos rasgos prescriptivos. Sólo espero que el producto final que aquí entrego, entre los juicios adversos que seguramente merecerá, no se haga acreedor al de ser hijo de la improvisación o del pálpito.

II. LA CITA DE CASOS

1. Mirada hacia atrás

La cita de casos anteriores es una actividad que se practica con bastante frecuencia por parte de abogados, jueces y profesores. Obviamente, esas menciones pueden responder a variados propósitos y perseguir distintos fines. Muchas veces los abogados aludimos a decisiones tomadas previamente, en soporte de la posición que estamos defendiendo. Otras, echamos mano a un contrato que hemos redactado en otra oportunidad, a fin de utilizarlo en una transacción similar que exige la confección de un instrumento semejante. También puede ocurrir que, en esa mirada hacia atrás, busquemos evitar la reiteración de lo que juzgamos fue un error. Esta observación retrospectiva, como se dijo al inicio, es también habitual en otros órdenes de nuestra vida. Los padres o madres, ante situaciones similares, generalmente sentimos la obligación de actuar con uno de nuestros hijos del mismo modo que lo hemos hecho anteriormente con el otro, a menos, claro está, que consideremos que nuestra conducta pasada fue injusta o que se engarzaba en otro contexto. Pero aún en este último caso, igual miramos hacia atrás para no repetir acciones que consideramos erradas. Las razones por las cuales solemos proceder de ese modo son diversas y no son necesariamente las mismas. Es más, de acuerdo al objetivo que persigamos con su mención, pueden existir buenas razones para no tratar esas instancias del mismo modo. Sin embargo, lo que los ejemplos recién ofrecidos sí tienen en común es que, previo a ejecutarse la acción que en ellos se persigue, siempre se mira hacia el pasado; se tiene en cuenta la solución

6. Otra explicación puede tener una raíz más psicológica. Estudiando precedentes de la Corte he advertido que, muchas veces, se citan precedentes que tienen demasiado poco que ver con aquella substancia que los hace ser precedentes. Ello me llevó a preguntarme si existía alguna teoría aceptada acerca del precedente. Pues era evidente que yo, conciente o inconcientemente, estaba utilizando una. Y era obvio también que el tribunal estaba utilizando otra.

que se adoptó antes respecto de una situación que se considera parecida, sea para repetirla, sea para no insistir en ella o para diferenciarla del caso actual. Esto también es usual en las sentencias judiciales. Cuando los abogados y los jueces decimos que “*el caso*” que pende de decisión tiene un precedente, es porque, como la palabra lo indica, hay una decisión de un caso como el actual que precede a éste. Veamos cómo funciona en la práctica judicial.

En autos “*Caminos S.A. v. Obras Sanitarias de la Nación*”,⁷ estaba en discusión si se computaba la desvalorización monetaria de una deuda de dinero. Para resolver el punto debían interpretarse las leyes 13.064 (del año 1947) y 21.396 (del año 1976). Existía un precedente donde esta cuestión ya había sido resuelta por la Corte. Dijo entonces el Tribunal:

“1º) Que la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo, Sala 3ª ... dispuso que la condena de autos, más sus accesorios, se reajustara por todo el período de mora anterior a la vigencia de la ley 21.392, de acuerdo a las pautas que indica la norma legal aludida...

2º) Que Obras Sanitarias de la Nación se agravia por la aplicación de la ley 21.392 por el tiempo anterior a su vigencia, sosteniendo que sólo cabía usar la ley 13.064, art. 48, que establece como única compensación por la demora el pago de intereses.

3º) Que el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en *cuestiones análogas a la presente*, entre otros, en el caso de Fallos: 304: 937⁸ y, consecuentemente, se estimó procedente el reajuste por el lapso anterior a la vigencia de la ley 21.392, sobre la base de efectuar una interpretación integrativa o constructiva de la ley y con sustento en principios de índole constitucional, con miras a salvaguardar la justicia.” (Énfasis agregado)

En estos breves párrafos, luego de reseñar brevemente cuál es la cuestión (de derecho) sometida a recurso, lo que la Corte dice es (a) que este conflicto ya se resolvió con anterioridad en un caso similar; (b) que el fundamento y la solución que ella adopta ahora son los mismos que los que se recogieron en el precedente.⁹

Una metodología análoga empleó la Corte en “*José Emilio Caballero v. C.R.J.P.P.F.*”,¹⁰ en oportunidad de remitirse a lo resuelto en “*René Antonio Verón v. Nación Argentina*”.¹¹

René Antonio Verón gozaba de un retiro militar que le había sido concedido por servicios prestados entre los años 1941-1960. Simultáneamente se había

7. Fallos: 307 (I): 637 (1985).

8. “*Emaco S.A.C.I. e I. y otro v. Banco Hipotecario Nacional*” (1982). La cuestión a resolver en esta causa consistía en que, al momento de la mora (año 1972) en el pago de una suma de dinero originada en los mayores costos por trabajos adicionales, regía una ley sancionada en el año 1947 (13.064) que no proveía dicha posibilidad sino que aludía exclusivamente al cómputo de intereses compensatorios (art. 48). Pero en el año 1976 se sancionó la ley 21.396 que estatúa pautas para considerar dicha desvalorización. El punto clave era si correspondía reconocer carácter retroactivo a la norma sancionada en 1976 y, consecuentemente, permitir la actualización de la deuda desde entonces, a pesar de que esa ley no regía y de que la vigente sólo reconocía intereses. La Corte, por unanimidad -y conforme las pautas que proporcionó-, resolvió que la ley 21.396 era aplicable al período anterior a su sanción.

9. *Ver* en igual sentido, entre muchos otros, Fallos: 307 (I): 1102, 1107 (1985), “*Clara Pereyra Iraola de Achával v. María S. Pittaluga de Iriondo*”.

10. Fallos: 307 (I): 240, 243 (1985).

11. Fallos: 304 (II): 1865 (1982).

desempeñado en actividades privadas y había aportado a la Caja de Jubilaciones de Autónomos durante los años 1951-1965. Posteriormente se acogió al beneficio de la jubilación voluntaria para la Policía Federal, donde se desempeñaba. Para el cómputo de los años de servicio y de aportes pidió que se tuvieran en cuenta los años de contribución a la Caja de Autónomos. Pero el artículo 1° del decreto-ley 6277/58 disponía que los militares retirados podían adquirir beneficios jubilatorios en el orden civil, “excepto cuando los servicios civiles invocados se hubieran prestado simultáneamente con los de carácter militar.” Su solicitud fracasó en sede administrativa pero la Cámara Federal revocó esa decisión y, a pesar del tenor literal de la norma, falló en su favor. Llegado el caso a la Corte, ésta, por mayoría (3-2) y por remisión al dictamen del Procurador General, revocó la sentencia apelada.

Años más tarde la Corte Suprema debió resolver “*Caballero*”, donde, nuevamente, un militar retirado aspiraba a obtener igual beneficio que el del caso anterior. La Cámara había acordado el beneficio. Dijo entonces el Tribunal:

“1°) Que ... la Cámara ... Federal dejó sin efecto la resolución de la Caja ... de la Policía Federal que no había hecho lugar al pedido de jubilación voluntaria efectuado por el actor, y resolvió que a los efectos del beneficio pedido debían tenerse por válidos los años de servicios prestados en el orden civil por el interesado como trabajador autónomo en forma simultánea con los servicios de carácter militar que sirvieron para obtener su retiro como suboficial principal de la Marina de Guerra. Contra aquel pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario, que fue concedido parcialmente.

3°) Que en su actual integración, el Tribunal comparte la doctrina de Fallos: 304: 1865, a la que cabe remitirse por razones de brevedad, en atención a la substancial similitud que se advierte entre el *sub lite* y las cuestiones planteadas y resueltas en tal ocasión. En efecto, toda vez que el criterio del a quo se aparta de lo que expresamente establece el art. 1° del decreto-ley 6277/58 -norma ... que dispone que los militares retirados pueden adquirir beneficios jubilatorios en el orden civil, excepto cuando los servicios civiles fueron computados para el otorgamiento del retiro, o cuando, como en el caso, aquéllos fueron prestados simultáneamente con los de carácter militar, corresponde revocar el fallo impugnado.”¹²

Este caso y el anterior ejemplifican una conducta muchas veces repetida por el Tribunal. En ambos está presente la mirada hacia atrás, hacia lo que la Corte había dicho en situaciones análogas pasadas y a la reiteración de la solución adoptada entonces.

La redacción que adopta la Corte en estos supuestos suele variar de caso en caso. No existe una única forma para remitirse a soluciones antecedentes. Pero, en algunas ocasiones, en esta mirada retrospectiva la Corte suele usar también fórmulas mucho más abreviadas. Un ejemplo típico y simple de este supuesto es el de la sentencia recaída en la causa “*Aranda Camacho, Carlos v. Dirección Nacional de Vialidad s/expropiación irregular*”, del 7 de abril de 1992.

En esa sentencia y como todo fundamento, dijo la mayoría de la Corte Suprema:

12. Fallos: 307: 240, 243, considerando 3°.

“Que la cuestión debatida en el *sub examine* es substancialmente análoga a la resuelta en la causa B. 133, XX, “Bianchi, Héctor A. y otro c/Dirección Provincial de Vialidad”, de fecha 12 de diciembre de 1985, a cuyos argumentos cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello ... se declara la inconstitucionalidad del art. 56 de la ley 21.499.”¹³

Este caso -más allá de lo suscito- ofrece una peculiaridad. Él es un buen ejemplo de lo que no se debe hacer cuando se dice citar una cuestión substancialmente análoga. Su brevedad extrema suprime aspectos que pueden ser considerados importantes al momento de establecer similitudes. Si se logra leer el precedente “*Bianchi*” al cual remite (y para lo cual lo más expeditivo es dirigirse a la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema, pues no está publicado en la Colección Oficial), se advertirá que en él la norma declarada inconstitucional era el artículo 36 de la ley 6394 de la provincia de Córdoba y no el 56 de la ley nacional de expropiación. Es evidente entonces que la Corte debió haber expresado, como mínimo, que el texto de dicho artículo de la ley local y el del 56 de la ley nacional eran similares y aludían a la misma conducta, en materia de prescripción de la acción de expropiación inversa.¹⁴ Sin duda hubiera sido pertinente que el Tribunal explicara cuáles eran los antecedentes del caso, el contenido de las normas en juego y porqué la cuestión debatida era substancialmente análoga. Mucho más cuando se trataba de leyes diferentes, emanadas de órganos diferentes.

Cuando la Corte emite este tipo de pronunciamientos, no describe porqué el caso (o la cuestión debatida) es substancialmente parecido al del anterior. Simplemente, afirma dicha similitud o analogía. Si ello se realiza en casos como el recién transcrito, parece obvio que nos encontramos con una mala práctica. La afirmación de la Corte acerca de la analogía con el otro caso y la consecuente adopción de igual solución carecen de justificación explícita. Esto es lo que en doctrina elaborada por la Corte se denomina “afirmación dogmática” y suele dar sustento a la descalificación de sentencias emanadas de tribunales inferiores que padecen de ese vicio.¹⁵

2. *Mirada hacia adelante*

El recién descrito es sólo un aspecto -en parte defectuoso- de cualquier sistema en que se citen casos anteriores, cuando dichos casos existen.

Cuando el conflicto a resolver hoy es novedoso porque carece de precedentes, es evidente que el caso de hoy también se transformará en precedente para futuros casos del mañana. Nuestro hoy será el ayer del mañana, por el mero transcurso del tiempo. Quien hoy debe resolver un conflicto de este tipo debe prever que su

13. Fallos: 315: 596 (1992). El caso al que remite (“*Bianchi*”), no está publicado en la Colección Oficial.

14. Esto lo destaca el ministro Barra en la disidencia que emitió en el caso “*Bianchi*”.

15. La Corte Suprema ha descalificado innumerables pronunciamientos judiciales por contener afirmaciones dogmáticas. Al respecto puede consultarse: Carrió, Genaro R., *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª ed. actualizada, 1983, pág. 229 y sgtes. y sus citas. Este vicio no es característico de la práctica del precedente. Más bien, él integra una de las reglas del arte de sentenciar.

decisión se transformará en precedente de casos futuros. Por un lado, el órgano decisor se encuentra en un estado de mayor libertad que si existiera un precedente. Eventualmente, no necesita decir siquiera que piensa distinto que el tribunal o la integración del tribunal que lo precedió. Pero dicha mayor libertad tiene su contracara. El tribunal deberá tomar una decisión que puede comprometer el futuro. Si es responsable (característica necesaria pero no siempre observada) debe centrarse en describir puntiliosamente los hechos del caso. De este modo clarificará a tribunales subsiguientes, a los abogados y a la opinión pública, cuál es el contexto que rodea a la decisión que adopta. Debe imaginar más de una solución posible. Debe evaluar los pro y los contra de una y otra determinación, aun cuando estas cavilaciones no queden plasmadas en el texto de su sentencia. Su argumentación debe convencer. Debe pensar, inclusive, que algún otro tribunal o juez, por mera imitación, por exceso de trabajo o por ahorrarse la fatiga de pensar, puede adoptar la solución que él hoy elige, ya porque existe un precedente y coincide con la solución arribada en él, ya porque le da pereza o no tiene tiempo para estudiarlo con detenimiento, ya porque ese precedente emana de un órgano superior y se siente obligado a seguirlo. Consecuentemente, estas parecen ser buenas y suficientes razones para que una sentencia que resuelve un caso sin precedentes sea dictada con seriedad y conciencia de su futura trascendencia.

III. LOS HECHOS DEL CASO: NO HAY DOS CASOS IDÉNTICOS

1. Identidad vs. similitud substancial

Es casi una verdad de Perogrullo el afirmar que no hay dos casos idénticos o iguales. Sin embargo, se debe circunscribir dentro de qué contexto se afirma tal cosa.

Por un lado, puede ocurrir que, en varios sentidos, un caso sea idéntico a otro fallado previamente. Por ejemplo, si un actor deduce la misma demanda que había iniciado con anterioridad y que había motivado una sentencia judicial firme, es evidente que se está sometiendo nuevamente a decisión el mismo caso. Para evitar esta posibilidad, los ordenamientos jurídicos han recibido desde tiempos muy remotos la institución de la cosa juzgada.¹⁶ Si, en el sentido indicado, se juzga que el caso es idéntico, que ha sido litigado entre las mismas partes y que ya ha sido resuelto en forma definitiva, no existe posibilidad de que se discuta y adopte una nueva decisión. El ordenamiento jurídico vigente no lo permite.

Por otro lado, si una causa en trámite ante un tribunal no ha sido aún resuelta y, por ejemplo, el demandado pretendiera coetáneamente ventilar el mismo tipo de cuestiones contra la misma contraparte ante otro juez, existe la excepción de litispendencia cuyo objeto es, precisamente, evitar que haya dos litigios y dos sentencias (eventualmente contradictorias) sobre un mismo conflicto.¹⁷

16. El art. 347, inciso 6° del C.P.N. define bajo qué circunstancias puede hablarse de cosa juzgada y cómo puede hacérsela valer en un juicio. Dice esa norma que para “que sea procedente esta excepción, el examen integral de las dos contiendas debe demostrar que *se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial*, o que por existir continencia, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve.

17. Otro supuesto es el de la estafa procesal (Fallos: 254: 320; 279: 54).

Desde otro punto de vista -y fuera de supuestos como los señalados-, debe reconocerse que no existe posibilidad de que concurren dos casos judiciales idénticos. Siempre existirá alguna diferencia entre el caso resuelto con anterioridad y el presente. Dicha diferencia puede fincar, básicamente, en sus protagonistas, en los hechos, en el tiempo, modo o circunstancias en que ellos ocurrieron, en las teorías o argumentos expuestos por las partes como fundamento de su posición y en muchos otros factores que están contenidos dentro de lo que general y vagamente denominamos “el caso” o, como dice el artículo 347 inciso 6° aludido *supra*, el “asunto”. Por ejemplo, aun cuando el caso a resolver hoy, descrito en la sentencia, parezca idéntico al caso que se resolvió ayer, puede ocurrir que las partes no sean las mismas. Puede ocurrir, también, que todas las circunstancias que rodearon al o a los eventos relatados en la sentencia no se hayan reiterado de modo idéntico en ambos casos.¹⁸ Para ver estos aspectos desde un panorama más concreto, imaginemos un juicio de repetición de impuestos donde no existen hechos controvertidos (v.gr., no se discute si se efectuó o no su pago, si el contribuyente desarrolla o no la actividad gravada con el impuesto, etc.) y lo único que hay que resolver es si el impuesto es constitucional. Supongamos, además, que existe un precedente donde se juzgó que otra ley anterior de impuestos de la misma provincia -de igual articulado que la presente- fue declarada inconstitucional. Una primera reacción podría conducir a afirmar que los dos casos son idénticos. Sin embargo, no lo serían en función de las leyes por las cuales se hicieron los pagos. En un supuesto se tratará, digamos, de la ley “A” y en el otro, de la ley “B”. También serán distintos los ejercicios fiscales por los cuales se ha abonado el importe en uno y otro caso y podrán ser diferentes los capitales reclamados y los intereses devengados. Por otra parte, sería factible que, aun tratándose de la misma ley impositiva, en el antecedente invocado no se hubiera cuestionado la constitucionalidad del tributo sino simplemente su legalidad o viceversa.

Ante ejemplos tales la afirmación inicial es aprehendida en el sentido en que se la suele expresar. No hay ni puede haber dos casos idénticos porque siempre habrá diferencias, quizá mínimas, que harán que un asunto no sea absolutamente igual a otro.

Sin embargo, cualquiera que se haya detenido, aun brevemente, en el fenómeno de las citas de precedentes, habrá advertido que ni los jueces ni los abogados aspiran a esa identidad. Se buscan y citan casos que se designan como semejantes, análogos o relativamente iguales. Muchas veces se descartan las diferencias y en otras circunstancias se destaca la relevancia de ciertos hechos comunes.

Tanto jueces como abogados muchas veces pensamos que la posición que asumamos (sea para resolver un caso o para defenderlo) adquiere mayor

18. Intencionalmente me he referido a los hechos relatados en la sentencia y no en la demanda o en su contestación. Ello merece una breve explicación. Cuando un tribunal de apelación revisa una sentencia dictada por un órgano inferior, tiene oportunidad de ver y hacer su propia interpretación del relato de los hechos contenidos en la demanda o en su contestación. Por el contrario, cuando un tribunal cita una sentencia anterior, no tiene esa oportunidad. Debe atenerse al relato que de los hechos se hace en la resolución. Como es obvio, al hacerlo, el juez ya ha hecho una selección de ellos. Sería atípico hallar una sentencia que transcribe el relato de los hechos según como viene efectuado en el escrito de demanda y en su contestación.

fuerza si en su apoyo hallamos precedentes en sentido concordante.¹⁹ Una de las razones por las cuales actuamos de esta manera se funda en que en el pensamiento jurídico contemporáneo se encuentra acuñado un viejo principio que manda tratar los casos iguales o semejantes del mismo modo. La vitalidad de tal principio está claramente presupuesta en el fallo de la Corte Suprema, citado en la nota 1, cuando sostuvo que “*no se deduce que el presente caso sea de distinta naturaleza que el caso de Thompson y Compañía, y deba resolverse por otros principios...*”. En oportunidad más reciente se ha hecho alusión expresa a ello. En consonancia con lo anterior se ha dicho que “la aplicación al caso del citado precedente no depende de que las circunstancias fácticas en uno u otro sean idénticas, pues la relevancia del precedente aparece precisamente cuando, aunque los hechos de aquél difieran de alguna forma de los hechos que están en estudio, tal diferencia no demuestra que quepa apartarse del *principio general* sentado”.²⁰

Por otro lado, todos sabemos que los principios abstractos que se acaban de presentar no resuelven *per se* y de modo incontrovertible los casos concretos. Determinar las similitudes y las diferencias suele ser una tarea compleja, siempre amenazada por dos tendencias contradictorias: no advertir desigualdades cruciales o destacar distinciones irrelevantes.

También es complejo el proceso de decidir si dichas similitudes y diferencias son relevantes y justifican aplicar, al caso bajo examen, la misma solución que la del antecedente u otra distinta. A continuación se ejemplificarán estas situaciones recurriendo a algunos precedentes de la Corte. El objeto perseguido es, solamente, ilustrar dicho fenómeno a partir de casos concretos en los cuales ello ha sido destacado por la Corte, al margen del acierto o error de su discriminación.

2. Asimilaciones improcedentes

Cuando en una sentencia se cita otra anterior en apoyo de la decisión que se adopta, puede cometerse una variada gama de errores. Lo mismo puede ocurrir, por cierto, cuando dicha actividad es desarrollada por los abogados en sus escritos.

Un error puede consistir en no advertir que la situación de hecho que sirve de marco al precedente no es análoga, en sus circunstancias relevantes, a la del caso a resolver. Si bien el proceso de establecer dicha similitud suele ser bastante complejo, en algunas ocasiones, él constituye una de las actividades centrales al momento de invocar una decisión anterior. Acudamos nuevamente a un caso concreto. Como los expertos en Derecho Constitucional recordarán, en el afamado precedente “*Horta v. Harguindeguy*”,²¹ la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 1º de la ley 11.157, que prohibía cobrar un precio mayor al que se pagaba

19. En autos “*Gaggiomo, Héctor J.C. c. Provincia de Santa Fe*”, Fallos: 314 (II): 1477 (1991), L.L. 1992-D, pág. 481, 483, considerandos 7, 9 y 10, la Corte Suprema valoró expresamente la antigüedad y reiteración de los precedentes que cita y de los que la Corte se había apartado.

20. Fallos: 310 (III): 2845, 2905-2906 (1987), Luis Magín Suárez (disidencia de Petracchi y Bacqué)

21. Fallos: 137: 47 (1922). Firman el fallo los Ministros Palacio, Figueroa Alcorta y Méndez. Bermejo, votó en disidencia..

por las locaciones de inmuebles destinados a habitación, comercio o industria, al 1º de enero de 1920. Dicha prohibición tenía una extensión de dos años. Cuatro meses antes, el mismo Tribunal había declarado la constitucionalidad -según la manera en que había sido aplicado- de idéntico artículo de esa ley, en la causa “Ercolano v. Lanteri de Renshaw”²² y en otras análogas. De acuerdo a lo expresado por la mayoría de la Corte, existían diferencias relevantes entre los hechos de uno y otro caso que justificaban un distinto tratamiento. En efecto:

“En esas causas [“Ercolano” y sus progenie] el pronunciamiento judicial debió ceñirse a las cuestiones propuestas por los litigantes y a las modalidades de cada juicio, sin anticipar soluciones para otros casos posibles, desde que no es dado a los jueces hacer declaraciones generales o resolver problemas jurídicos abstractos...

En aquellos juicios se impugnó la constitucionalidad de la ley 11.157, *con relación a locaciones sin término*, y los fallos pronunciados por este Tribunal reconocieron la validez del acto legislativo en su aplicación especial a esos casos. (Énfasis agregado)

En la especie *sub lite la reglamentación del alquiler se ha hecho efectiva en un caso en que las partes se hallaban vinculadas por un contrato de término definido, celebrado con anterioridad a la promulgación de la ley cuestionada*, y la aplicación de ésta ha tenido por consecuencia inmediata disminuir el derecho contractual del locador, pues la sentencia traída a revisión declara cumplidas las obligaciones del locatario mediante el pago de un precio inferior al estipulado. (Énfasis agregado).²³

Aquí no se trata, como en los casos anteriormente juzgados, de la reglamentación de nuevas facultades, inherentes al derecho de propiedad, con relación a su ejercicio futuro, sino de la privación, sin compensación alguna, de un bien adquirido en virtud del uso legítimo de esas mismas facultades, antes de hallarse reglamentadas.”²⁴

Como ha quedado expuesto, para la mayoría del Tribunal la prohibición contenida en la ley 11.157 era válida para los supuestos en que existía locación, pero no existía contrato escrito ni plazo predeterminado. Si se había suscripto un convenio, las estipulaciones en él contenidas en cuanto al precio no podían ser alcanzadas por la dicha prohibición durante el plazo de duración de aquél. La disidencia del ministro Bermejo -quien ya había emitido una disidencia de fundamentos en “Ercolano”- no participaba de tal distingo. Para él, una y otra situación debían correr igual suerte.

La incorrecta asimilación de un caso con otro puede reconocer otras causas. Otro de los defectos que se puede cometer consiste, por ejemplo, en no advertir que en el precedente no se probó algo -v.gr., un hecho alegado- que sí se acreditó en el *sub-examine* y que era un extremo esencial (o una circunstancia relevante) (a) para distinguir uno del otro y (b) para excluirlo de la sanción establecida por la ley que se había aplicado en el fallo invocado.

22. Fallos: 136: 161 (1922). Los firmantes de la sentencia fueron los mismos que los del caso anterior. Bermejo también votó en disidencia.

23. *Idem*, pág. 60.

24. *Idem*, pág. 62.

En la causa “*Albion House*”, por ejemplo, se había condenado a la mencionada empresa por haber infringido el artículo 36 de la ley 3764.²⁵ Existían sentencias anteriores de la Corte donde se había aplicado la pena dispuesta por esa norma, pero en ninguna de ellas el infractor había probado que su conducta estaba exenta de dolo. Al mismo tiempo, el apelante sostenía que la sanción contenida en la referida norma exigía una conducta dolosa de su parte y que la presunción legal contenida en ella era *iuris tantum*, de donde se seguía que, probada la ausencia de dolo, la sanción legislativa -y los precedentes invocados- no era aplicable. La Cámara, no obstante, la condenó al pago de la multa prevista en ese artículo. Dijo la Corte:

“Que el fallo apelado es incompatible con las precedentes consideraciones en cuanto adopta los fundamentos del dictamen fiscal, que a su vez sostiene que la sola falta de los comprobantes de pago del gravamen basta para la aplicación de la penalidad prevista en el artículo 36 de la ley N° 3764.

Que la mención en la sentencia recurrida de “lo resuelto por el Tribunal entre otros casos en el de “*Buzaglo y Cía.*” no puede significar la adición de fundamentos de hecho al pronunciamiento, ni la revisión de las conclusiones que en materia de prueba contiene el fallo de primera instancia -*el caso que cita la Cámara difería del presente por haberse entonces omitido la prueba, traída en estos autos-* como por lo demás resulta suficientemente del hecho de haberse concedido el recurso extraordinario -a fs. 139 vta.- que de otro modo no debió otorgarse”.²⁶ (Énfasis agregado)

Posteriormente, en “*Goldstein*”, con base en “*Albion House*” y otros antecedentes, se formuló el siguiente principio o proposición general:

“Que esta Corte ha tenido oportunidad de entender en casos similares al de autos, *sentando entonces principios* de no dudosa aplicación al presente que el laconismo del pronunciamiento de fs. 101 hace conveniente recordar -v. Fallos: 182, 349; 184, 530; 186, 274; 187, 662 y los allí citados.

Que así ha decidido a) *que la cita en el fallo apelado de un expediente resuelto por razones de hecho, no basta para fundar la sentencia en las mismas, cuando media entre ambos casos la diferencia capital, de que en el último se ha producido la prueba que en el primero se declaró faltar*”.²⁷ (Énfasis agregado)

El defecto destacado por la Corte la determinó a descalificar el pronunciamiento apelado. Dicho error había conducido a *a quo* a aplicar una sanción legal prevista para supuestos de hecho diferentes y que no merecían ser tratados del mismo modo.

En afín orden de ideas, a los abogados también se nos ha reprochado igual error, v.gr., incurrir en asimilaciones improcedentes. Así, en la causa “*Agosti*”,²⁸

25. Dice dicho artículo:

“Cualquier falsa declaración, acto u omisión *que tenga por mira defraudar los impuestos internos* será penada con una multa de 10 tantos de la suma que se ha pretendido defraudar, pudiendo además aplicarse por los tribunales la pena de arresto al autor por un término que no baje de 3 meses ni exceda de un año, en caso de grave defraudación, de reincidencia general o concurso de infracciones.” (Énfasis agregado)

26. Fallos: 187: 662, 665 (1940), “*Albion House v. Impuestos Internos*”. El caso “*Buzaglo y Cía.*”, aludido en el párrafo transcrito, no parece estar publicado. La Corte no cita el volumen en el que se hallaría y pese a que intenté hallarlo, la investigación fue infructuosa.

27. Fallos: 189: 193, 195 (1941), “*Goldstein Hnos. v. Impuestos Internos*”.

28. Fallos: 306 (I): 892 (1984).

el imputado había objetado el trámite sumario que el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas había impreso a su juzgamiento. Dicha objeción llegó a la Corte por recurso extraordinario. Como la revisión de decisiones como la indicada no suelen constituir sentencias definitivas que pongan fin al pleito -característica esta que debe reunir, en principio, toda resolución impugnada por esa clase de recurso-, el apelante invocó ciertos fallos que, según su opinión, permitían sortear dicho obstáculo legal.²⁹ En efecto, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, si la sentencia recurrida no pone fin al pleito pero genera agravios de imposible o difícil reparación ulterior, el recurso extraordinario es procedente.³⁰ La cuestión que se debía resolver, en este aspecto, consistía en determinar si los casos citados eran semejantes al presente. Si lo eran, las remisiones efectuadas habían sido correctas y, por lo tanto, la solución a arribar -se proponía- debía ser la misma. Al respecto, dijo el Procurador General:

“Cita en abono de su tesis los antecedentes de Fallos: 300: 1273; 300: 417 y 257: 132, *los cuales a mi entender no pueden equipararse al presente*. Así, en el primero de ellos, la parte recurría a fin de no verse sometida a un proceso por el mismo hecho que, según sostenía, motivara una pena que ya le había sido aplicada. Lo que se hallaba en juego en esa ocasión era la garantía contra el doble juzgamiento que veda ... no sólo la nueva aplicación de una pena por el mismo hecho sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso (conf. Fallos: 299: 221). El agravio que entonces se trajo a esta Corte era definitivo ‘pues no se disiparía ni aun con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria’ (del dictamen del entonces Procurador Fiscal ante la Corte en la causa citada por el recurrente).

En Fallos: 300: 417 por un exceso ritual manifiesto la resolución impugnada había declarado la nulidad de lo actuado en el proceso, mientras que en el antecedente de Fallos: 257: 132 la Corte decidió que procedía el recurso, aun cuando la materia del pronunciamiento sea de carácter procesal, pues lo resuelto revestía interés institucional, ello por cuanto, tal como lo destaca el dictamen del entonces Procurador General, se hallaba en cuestión la eficacia y objetividad de la justicia, comprometidas a raíz de la forma en que se había resuelto la recusación del juez de la causa.

Como vemos, en ambos casos, la naturaleza de las cuestiones que se plantearon motivó la intervención del Tribunal destinada a evitar perjuicios graves y concretos ya sea al procesado como a la administración de justicia.

Ahora, en cambio, pese a que el recurrente también alega que concurren esas circunstancias de excepción, tal afirmación no aparece suficientemente demostrada. En efecto, el planteo no excede el marco estrictamente procesal al limitarse a la discusión sobre el procedimiento a seguir, carece de entidad como para considerar que se halla en juego un interés institucional y los agravios esgrimidos resultan meramente hipotéticos y, de concretarse, podrán ser

29. Los artículos 14 de la ley 48 y 6° de la ley 4055 habilitan la interposición del recurso extraordinario respecto de las sentencias definitivas dictadas por los superiores tribunales de provincia, en el primer caso, y por las cámaras federales, en el segundo.

30. Ver, entre muchos otros, Fallos: 257: 301; 267: 363; 305: 1701; 306: 1014 y 1817.

solucionados en la etapa procesal correspondiente ya sea por el tribunal a que se refiere el art. 7º de la ley 23.049 o por ésta.”³¹

3. Distinciones improcedentes

Doce años después de fallados “Horta” y “Ercolano”, mencionados en el párrafo anterior, la Corte decidió la causa “Avico v. de la Pesa”.³² En esta oportunidad estaba en discusión la constitucionalidad de la ley 11.741, que concedía una moratoria hipotecaria y reducía los intereses pactados en los contratos de préstamo celebrados con aquella garantía. La Corte, con una integración diferente, vuelve sobre el distingo que ella misma había considerado relevante en “Ercolano”. Referido ahora a la reducción de los intereses pactados contractualmente con anterioridad a la vigencia de la ley 11.741 y a la postergación por tres años del pago del capital de los préstamos otorgados con garantía hipotecaria, en el caso, la mayoría del Tribunal sostuvo:

“Es indudable que la ley 11.741 que reduce el interés y proroga el plazo para el pago del capital del préstamo para los deudores hipotecarios es, desde el punto de vista constitucional, idéntica a la ley 11.157 que reducía el alquiler de las casas y prorrogaba el término de su ocupación a favor de los inquilinos (existiera o no contrato escrito como lo sostuvo en su disidencia el doctor Bermejo).

Un largo y meditado estudio de los fallos dictados por esta Corte con motivo de la impugnación hecha a la ley número 11.157 sobre alquileres, ... nos decide a mantener la jurisprudencia establecida en los casos Ercolano y otros análogos ... pues *la existencia o inexistencia de contrato escrito no cambiaba en lo más mínimo la situación del propietario cuya propiedad podía continuar ocupada por el inquilino por todo el término de la ley, y cuyo alquiler o renta se le restringía del mismo modo.*

31. *Idem*, pág. 895. La Corte, por su parte, sostuvo:

“4º) Que en punto a los precedentes jurisprudenciales de esta Corte que el apelante cita y considera análogos al *sub lite*, en los cuales se abrió el recurso al equiparar a sentencias definitivas aquellas otras cuya índole y efectos podían llegar a afectar el derecho federal invocado, es dable señalar, como lo hace el señor Procurador General en su dictamen con fundamentos que este Tribunal comparte, que en los mentados supuestos la naturaleza de las cuestiones que se plantearon motivó la intervención del Tribunal destinada a evitar perjuicios graves y concretos, ya sea al procesado como a la administración de justicia. En el caso, por el contrario, el planteo no excede el marco estrictamente procesal al limitarse a la discusión sobre el procedimiento a seguir, lo que carece de entidad como para considerar que se halle en juego un interés institucional (‘Lombardo, Juan J.’, considerando 8º *in fine*, ya citada).” En la causa “Lombardo” (Fallos: 306: 224, 237) El Tribunal había sostenido que “respecto de la decisión de aplicar a las actuaciones el procedimiento del juicio sumario en tiempo de paz, cabe recordar que las resoluciones que fijan el trámite que correspondiese imprimir a las causas no constituyen sentencias definitivas en los términos del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 302: 189 y sus citas).”

En sentido análogo puede consultarse, entre muchos otros, el precedente de Fallos: 178: 443, 451, “Sánchez Fernández, José v. Provincia de San Juan”. Este tipo de análisis y las discrepancias acerca del alcance de los precedentes también puede ser hallada en los votos en disidencia. Cuando éstas existen, es frecuente que el disidente cuestione la interpretación que de los precedentes efectúa la mayoría. Ver, por ejemplo, Fallos: 312: 1725, 1801, “Compañía Azucarera Tucumana S.A. v. Nación Argentina”, disidencia del ministro Belluscio (considerando 15).

32. Fallos: 172: 21, 37 (1934), resuelto por los Ministros R. Repetto (en disidencia parcial), A. Sagarna, J. V. Pera (con ampliación de fundamentos), L. Linares y B. A. Nazar Anchorena.

La regulación o restricción de los derechos del propietario de la ley 11.157 en cuanto a la prórroga del plazo y al máximo del alquiler que podía cobrarse, es, pues, exactamente la misma; y si ella puede regularse en un caso, también puede serlo en el otro".³³ (Énfasis agregado).

Es decir que, a juicio de la propia Corte Suprema -pero con nuevos integrantes- el distingo que en su oportunidad el Tribunal había hecho en "Horta" para diferenciarlo de "Ercolano", no era válido. Ambas situaciones de hecho debían tratarse de igual manera, a pesar de las semejanzas que la propia Corte, conforme su anterior composición, había destacado antes.

IV. CUATRO ADVERTENCIAS

Antes de continuar con el estudio de casos concretos quizá convenga tener presente cuatro advertencias importantes, fruto de la práctica del manejo de casos.

PRIMERA. A diferencia de las leyes -que, en general, estatuyen para más de un supuesto específico y para el futuro-, las sentencias resuelven concretamente un caso o controversia,³⁴ constituido por un grupo de hechos y circunstancias acaecidos en el pasado. Estos hechos o circunstancias, junto con lo pedido por las partes, es lo que define el caso a resolver y delimita la competencia del Tribunal. Éste no puede resolver ni más ni menos de lo que los litigantes oportuna y válidamente le solicitaron. En caso contrario, lesionaría el derecho de defensa de alguna de las partes del proceso.³⁵ Tampoco juzgan sobre cuestiones teóricas o que han devenido abstractas.³⁶

SEGUNDA. Hay sentencias que deben elaborar la solución que corresponde adoptar.³⁷ Ella no viene dada de antemano, explícitamente, por una norma jurídica (*stricto sensu*). En otros casos, dichas sentencias también crean pautas o *standards* de interpretación que no están establecidos en las leyes (*lato sensu*) que deben interpretar. Cuando esta labor se realiza para resolver el primer caso en su tipo, debe hacérselo a la luz de los hechos alegados y probados (o no). De aquí que, cuando procuramos establecer qué se *decidió* en un caso -en

33. Fallos: 172: 21, 68. Ver también, sobre el mismo tema de la contradicción de reglas o principios jurisprudenciales, Fallos: 306: 516, 519, 523 (1984), "Transportes Vidal S.A. v. Provincia de Mendoza"; Garay, Alberto F., *La igualdad ante la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot 1989, págs. 60-63 (en cuanto a la contradicción de reglas jurisprudenciales en punto a la garantía de la igualdad ante la ley y las resoluciones administrativas contradictorias).

34. Artículo 116 de la Constitución Nacional; artículo 2 de la ley 27.

35. Ver, entre muchos otros, Fallos: 307: 1487, 2031 y 2445 (1985).

36. Fallos: 5: 316 (1868), "Agustín Vedia v. Poder Ejecutivo Nacional"; 65: 304 (1896), "Eduardo Zimmermann"; 155: 248 (1929), "Ricardo Bonevo"; 193: 260 (1942), "Guido Schwartz"; entre muchos otros. Aun si resolvieren una cuestión teórica o abstracta, difícilmente podrían obtener la ejecución de su sentencia. Pues, ¿qué ejecutarían si no existe conflicto? Esta observación, sin embargo, no debe ser tomada en un sentido absolutamente derogatorio. Puede ocurrir que, excepcionalmente, el Tribunal sienta la necesidad de expresar su opinión sobre el conflicto que ha devenido abstracto. En estos casos, obviamente, no resuelve el conflicto. Pero sus palabras pueden servir como advertencia para casos futuros. (ver Fallos: 310 (I): 819 (1987), "Antonio Jesús Ríos", y sus citas).

37. Este distingo tiene presente una ley típica, que contenga no sólo el tipo de conductas que abraza sino también la sanción que se debe aplicar si se verifica alguna violación a las conductas que prohíbe. Como todo abogado sabe, sin embargo, no todas las leyes prevén expresamente sanciones para el caso de incumplimiento.

el primer caso-, debemos guardar apego a sus hechos y, en principio, ceñir la solución a esos hechos. Pues la sentencia tiene como antecedente ineludible e inescapable los hechos del caso. De lo contrario, si el intérprete prescinde de éstos o si los reformula de un modo demasiado genérico, estaría interpretando la sentencia “como si” fuera una ley, abstrayéndola de las específicas circunstancias que motivaron ese primer pronunciamiento. Esto sería un error grave.³⁸ Pues los jueces no pueden desentenderse de los hechos. Y si lo hacen, se están atribuyendo una competencia de la que carecen.

Estas observaciones precisan una breve aclaración. Hemos visto antes que no hay dos casos estrictamente iguales o idénticos. He dicho también que cuando se alude a la existencia de un precedente, quien lo hace tiene en mente un caso substancialmente análogo, similar o relativamente igual. Del mismo modo, cuando un juez resuelve un caso, tiene (o debería tener) razonablemente presente ese caso y otros substancialmente similares. La solución que él crea es (o debería ser) empleada, al menos teóricamente, para resolver ése y todos los casos substancialmente análogos a ése, que se le presenten en el futuro. Pues, como dijimos al comienzo, los asuntos substancialmente semejantes deben ser resueltos por los mismos principios.³⁹ Precisamente porque no existen dos situaciones idénticas o iguales, el juez, conciente o inconcientemente, lo exprese o no en la sentencia, tiene en cuenta el tipo genérico de hechos del cual “el caso” es un ejemplo. Además, y dada nuestra formación universitaria, en todos nosotros anida una fuerte tendencia a lo general. Hemos sido educados, fundamentalmente, en el manejo de normas generales, abstractas, y no en la resolución de conflictos individuales concretos. Dicha formación, como veremos más adelante, tiene su contracara negativa. Pues muchas veces nos lleva a formular generalizaciones excesivas e inadecuadas. Creo que hasta aquí existe consenso.

Por otro lado, creo también que en nuestra comunidad jurídica se vive como algo repugnante al ordenamiento jurídico vigente que se dicten sentencias *ad hoc* -sin que se tenga en cuenta que esa solución también será aplicada a los demás casos similares que se presenten- pues ello vendría a establecer una jurisprudencia para los amigos (o socios, accidentales o no; influyentes; jefes o caudillos de turno) y otra u otras para los que no gozan de esa gracia.

TERCERA. Sólo después de que se han acumulado una serie de casos considerados análogos y que fueron resueltos del mismo modo, podemos arriesgar la elaboración de una regla, un principio o proposición general (o varias) que abarque dentro de una misma categoría o clase a los diversos supuestos de hecho relevantes contenidos en todos ellos. Mas, cuidado. Aun cuando hayamos llegado a este punto, la cautela siempre será buena compañera.

38. Este error, sin embargo, es bastante frecuente en nuestro medio. Él fue destacado hace muchos años -pero desoído por la mayoría de los abogados y de los jueces- por Genaro R. Carrió en *Recurso de Amparo y Técnica Judicial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, segunda edición aumentada, 1987, págs. 174-179, 125 (primera edición, año 1959) y “Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del Derecho”, *Lecciones y Ensayos*, N° 6, pág. 27. Si el lector tiene por costumbre leer solamente los sumarios de las sentencias, fácilmente podrá experimentar la advertencia formulada en el texto. Si se acude a los propios sumarios del caso “Siri” de la Colección de Fallos, por ejemplo, se advertirá que ellos no permiten destacar que quien cometía la violación constitucional era un Comisario provincial.

39. *Ver supra*, Capítulos II y III.

Ese principio, regla o proposición general estará en continua formación -estará vivo-, expandiéndose y restringiéndose. Su vitalidad necesitará ser probada nuevamente. En nuestro nuevo caso o en el de otro.

CUARTA. Muchas veces encontraremos sentencias que dan como fundamento expreso pautas o principios generales (creados en esas decisiones) de excesiva latitud y que, por lo tanto, abarcan supuestos demasiado genéricos o excesiva o inconvenientemente alejados de los que el caso a resolver presenta. Este es un vicio bastante frecuente, como veremos más adelante, y contra el cual debemos estar prevenidos. Como abogados, no advertirlo puede conducirnos a formarnos falsas expectativas. Nuestro asesoramiento puede resultar en un fiasco. Y nuestro cliente puede sufrir pérdidas de todo tipo. Entre ellas, la de su confianza en nosotros. Como jueces, puede conducirlos a tratar del mismo modo casos diferentes o viceversa. Es decir que pueden dictar sentencias arbitrarias. Y que un juez sea arbitrario es grave.

V. QUÉ SE RESOLVIÓ EN EL PRECEDENTE: REGLA GENERAL Y *OBITER DICTUM*

1. Introducción

Como todos sabemos, en la mayoría de las sentencias los jueces no resuelven una cuestión sino una nutrida gama de ellas. Por de pronto ellos resuelven todas aquellas cuestiones (de hecho y de derecho) que se han controvertido entre las partes.⁴⁰ Deben analizar la demanda y su contestación, concentrarse en lo que ambas partes han pedido; valorar la prueba producida, resolver incidencias que hayan sido postergadas para el momento de dictar sentencia, etc. Si se trata de un tribunal de apelación, deben agregar a su lectura los diversos recursos deducidos.

Para arribar a la decisión en sí misma (la parte resolutive) no sólo deben relatar los hechos y el derecho alegado sino también expresar los fundamentos (justificativos) por los cuales se inclinan.⁴¹ Así, según la Corte Suprema, “la

40. Si un juez resuelve una cuestión que no integra la litis incurre en exceso de jurisdicción (Fallos: 310: 236, 999, 1371 y 1697 -año 1987-; 311: 696, 1189 y 1829 -año 1988-; 312: 741 y 1985 -año 1989-.)

41. Artículo 163, inciso 6° del Código Procesal Nacional. La parte resolutive o dispositiva de una sentencia suele contener la decisión del caso (v.gr., la condena al demandado a hacer, no hacer o dar algo, el rechazo de la demanda, la absolución del procesado, la inscripción en un registro, etc.). No faltaron casos en que los litigantes apelaran una sentencia que, si bien les era favorable, contenía en los considerandos pasajes que se consideraban desfavorables. Así, en Fallos: 28: 129, 130 (1885), “Urraco v. Santa Fe”, se dijo: “Que no es necesario decir, que la parte dispositiva de una sentencia, es la que constituye por sí sola el fallo”. En Fallos: 91: 368 (1901), “Tomás R. Sánchez”, se reiteró: “Que las declaraciones que puedan contenerse en los considerandos de ese auto no constituyen en sí una resolución y sólo importan establecer los antecedentes o razones que se han tenido en vista para motivar el pronunciamiento, por lo que no puede interponerse contra ellas recurso de apelación”. En sentido concordante, ver Fallos: 111: 339, 365 (1909), “Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto La Ensenada v. Gobierno Nacional” (“Que el ministerio fiscal no estaba habilitado para apelar de los *considerandos* que juzgara desfavorables, contenidos en dicha sentencia y que ningún agravio podían causar legalmente en sí mismos, dado que es la parte dispositiva de ella lo que constituye el fallo”); Fallos: 132: 308: 311 (1920), “Provincia de Buenos Aires v. Otto

sentencia viene a constituir un todo indivisible en cuanto a la recíproca integración de su parte dispositiva con los fundamentos que la sustentan”.⁴²

Pero como todos hemos podido experimentar, en las sentencias se dicen cosas que son directamente aplicables a los hechos del caso o al derecho que los rige y otras que sólo guardan una relación indirecta y/o remota, ya con los hechos ya con el derecho. Unas veces se las expone ordenadamente y, otras, de modo enmarañado. En tales supuestos -que son bastante frecuentes- es evidente que, por un lado, debe precisarse *cuáles* eran los *hechos relevantes* del caso y, por el otro, *qué se resolvió y porqué*. Para ello es inevitable acudir a lo que el tribunal dijo en el fallo, a sus palabras. En tal investigación observaremos que una cosa es citar lo que se *resolvió* en un precedente. Otra distinta es citar lo que se *dijo* en él.

Acudamos a un ejemplo célebre: “*Siri*”.⁴³ Este caso es el primero en su tipo, razón por la cual deberemos tener presente las advertencias formuladas en el Capítulo anterior.

2. El caso “*Siri*”, sus hechos y la sentencia

En cumplimiento de una orden recibida de la Dirección de Seguridad de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, el Comisario de la ciudad de Mercedes dispuso la clausura del diario homónimo, propiedad del Sr. Ángel Siri. Éste se presentó ante los tribunales locales denunciando el hecho, expresando que ello constituía una violación a la libertad de imprenta y de trabajo y solicitando que “se proveyera lo que correspondía, conforme a derecho y a las cláusulas constitucionales citadas”.⁴⁴ Esta vaguedad del petitorio seguramente obedeció a que el letrado de Siri era conciente de que el tipo de acción a través de la cual canalizaba su pretensión -al estilo de un *habeas corpus*- no estaba instrumentada en texto legal alguno.⁴⁵ El juez interviniente solicitó informes acerca de la

Franke” (“...ya se trate de sentencias dictadas por los tribunales permanentes o de laudos arbitrales, los considerandos no pueden dar lugar a recursos”).

El principio que emana de estos precedentes fue reformulado por el Procurador General Andrés J. D’Alessio del siguiente modo: “En cuanto a los demás recursos, los apoyan sus firmantes, a pesar del fallo favorable en la afirmación de que “este pronunciamiento tiene considerandos que implican una objetiva amenaza a la libertad de prensa” ... Basta tal circunstancia, a mi juicio para descartar la procedencia del recurso sobre la base de la jurisprudencia establecida por el Tribunal desde antiguo y mantenida invariablemente hasta el presente (Fallos: 28, 129; 91: 368; 111: 330; 247: 111; 253: 463, sentencia del 10 de mayo de 1988 *in re* Giuliani, Juan Carlos ..., en el sentido de que no es recurrible el contenido de los considerandos mientras de él no se derive una resolución que cause un *gravamen actual y concreto*” (Énfasis agregado) (Fallos: 312 (I): 916, 926, año 1989).

42. Fallos: 311 (II): 2120, 2124 (1988), “Bartolomé Martín v. Fundación Universitaria Belgrano”; 311 (I): 509, 511 (1988), “Eloísa Martínez v. Provincia de Córdoba” (“Que ... cabe hacer notar que no resulta suficiente sostener que el fallo impugnado debe ser considerado ‘por lo que dice y no por lo que hace’, pues una sentencia judicial constituye un todo indivisible en cuanto a la recíproca integración de su parte dispositiva con los fundamentos que lo sustentan”). Ver también sentencias del 6 de abril de 1993, “Mario Abel Amaya”; 9 de agosto de 1992, “Fuertes v. Banco Español del Río de la Plata.”

43. Fallos: 239: 459 (1957); L.L. 89-531; J.A., 1958-II-476.

44. *Idem*, Considerando primero.

45. Ver *infra* nota 53.

clausura al Jefe de Policía, a la Comisión Investigadora Nacional y al Ministro de Gobierno de la Provincia. Estos órganos respondieron ignorar las causas de la clausura. Seguidamente el magistrado rechazó la petición del quejoso “por no tratarse de un recurso de habeas corpus, el cual sólo protege la libertad física o corporal de las personas”.⁴⁶

Éstos eran, básicamente, los hechos y antecedentes que integraban el caso a resolver.

Luego, la Cámara confirmó la decisión del inferior y el asunto llegó a la Corte.⁴⁷

El Alto Tribunal *resolvió* “revocar la sentencia...Y vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que haga saber a la autoridad policial que debe hacer cesar la restricción impuesta al solicitante en su calidad de director-propietario del diario clausurado”. Por lo tanto, lo recién transcrito constituye *lo resuelto o decidido* por la Corte.

De los párrafos precedentes surge la descripción de cuáles eran los hechos y demás antecedentes del caso y qué decidió la Corte a su respecto. Pero, obviamente, esto no nos alcanza. Sabemos (parcialmente) qué dijo la Corte que había pasado y qué resolvió a su respecto. Pero no sabemos por qué ella llegó a esa decisión. Tampoco sabemos por qué la Corte admitió una petición de carácter sumárisimo como la de Siri, cuando no existía ley alguna que hubiera creado esa acción para tal propósito.

3. Los fundamentos del fallo

Para establecer por qué la Corte decidió resolver el caso de esa manera debemos acudir a los *fundamentos* expresados por ella. Éstos son variados. Los enumeraré a continuación, según su orden de aparición en la sentencia:

Primer Fundamento. “Que según resulta de los antecedentes antes relacionados, no existe constancia cierta de cuál sea la autoridad que ha dispuesto la clausura del diario ni cuáles sean, tampoco, los motivos determinantes de ella. En estas condiciones es manifiesto que el derecho que invoca el solicitante de publicar y administrar el diario debe ser mantenido.”⁴⁸

Segundo Fundamento. “El escrito de fs. 1 sólo ha invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional, la que, en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción.”⁴⁹

Tercer Fundamento. “Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía [*rectius*: derecho] constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías constitucionales existen y protegen a

46. *Id.*, Considerando Tercero, pág. 462.

47. En lo que va dicho, ya he aplicado cierto tamiz a las circunstancias que rodearon al caso. Mi relato de los hechos y de los episodios judiciales no es idéntico al que hizo la Corte en su sentencia.

48. *Id.*, Considerando séptimo, pág. 463.

49. *Id.*, Considerando octavo.

los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer ‘en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación’, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: ‘No son, como puede creerse, las <<declaraciones, derechos y garantías>>, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que la Constitución tiene poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina’⁵⁰

Ahora, luego de las transcripciones precedentes, ya contamos con (i) los hechos y demás antecedentes del caso, según como los relató el Alto Tribunal; (ii) qué decidió la Corte a su respecto; y (iii) porqué arribó a tal decisión. Con la reunión de todos estos datos ya conocemos el contenido de la sentencia pronunciada en el caso “Siri”. Pero, por ahora, sólo poseemos eso.

Si queremos determinar cuál es la *regla general* o el *principio* que está implícito en la sentencia debemos continuar su análisis y explicitarlo.⁵¹

Esta tarea, conviene advertirlo, es una de las más complejas. Se trata de una actividad que solemos realizar aun sin darnos cuenta. Es una suerte de síntesis o conclusión del fallo. Y así como cuando leemos un libro no retenemos

50. *Id.*, Considerando noveno. En esta transcripción he suprimido el considerando donde la Corte anuncia que se aparta de la jurisprudencia vigente hasta ese momento.

51. La Corte Suprema no utiliza la expresión “regla general”. De ordinario alude a la “doctrina” del o de los fallos que cita. He preferido emplear la primera porque en los fallos citados *infra* no es unívoco el uso que del vocablo “doctrina” hace la Corte. A veces se refiere a un fallo y otras a varios. En oportunidades cita entre comillas y en otras no. Por último, en algunos de esos precedentes, la expresión “doctrina” podría reemplazarse por la de “regla general” o “principio”, según como los vengo empleando. Pero en otros no, pues se refiere a *dicta*. Ver, entre otros, Fallos: 178: 58, 62 (1937), “Frohman, Adolfo v. Grossi, Octavio”, 5º párrafo; Fallos: 178: 98, 101-102 (1937), “Consejo Nacional de Educación v. Rodríguez, Herminio”, 5º párrafo; Fallos: 178: 231, 241 (1937), “Bodegas y Viñedos Santiago Graffigna Ltda. S.A. v. Provincia de San Juan”; Fallos: 306: 779, 782, “Emilia Irma Frieboes de Bencich”, considerando 3º; Fallos: 306: 838, 841, “Marcos Seeber v. I.S.S.J.P.”, considerando 3º; Fallos: 306: 879, 881, “León Patlis”, considerando 2º; Fallos: 306: 908, 910, “Domitila Tadea Herrera”, considerando 3º; Fallos: 306: 928, 932, “Héctor Enrique Firpo v. Martha Haydeé Espeche”, considerando 2º; Fallos: 306: 1017, 1019, “Alfredo Moreno y otro”, considerando 2º; Fallos: 312: 1580, 1586, “Romina Paola Siciliano”, considerando 7º; Fallos: 312: 1656, 1664-65, “Tejedurías Magallanes S.A. v. A.N.A.”, considerando 10º; Fallos: 312: 1865, 1867, “Hugo Messina y otra v. B.C.R.A.”, considerando 4º; Fallos: 313: 507-508, “Carlos Eduardo Rosas y otro”, considerando 4º.

En Fallos: 313: 532, 537, “Provincia del Neuquén v. Y.P.F.”, considerando 12º, la Corte aludió a “una de las reglas jurisprudenciales ... que se definió en el caso ‘Saguir y Dib’ (Fallos: 302: 1284). Se dijo allí que los jueces, al tiempo de dictar sus sentencias, deben ponderar las consecuencias posibles de sus decisiones y -mientras la ley lo consienta- han de prescindir de aquéllas que verosíblemente sean notoriamente disvaliosas (considerandos 5º *in fine* y 12)”. Sin embargo, lo que la Corte denomina “regla” jurisprudencial dista del sentido con que ese término es usado en el texto principal. Lo que la Corte denomina en este caso “regla” tiene mayor parentesco con un standard.

todo su contenido sino lo que a nuestro juicio es lo más importante, del mismo modo solemos actuar cuando de lo que se trata es de una sentencia. Pues cuando decimos que en un caso un tribunal resolvió tal o cual cosa, conciente o inconcientemente estamos tamizando innumerables cuestiones y argumentos que se debatieron en la sentencia y postulamos una síntesis de ella. Lo importante es hacerlo bien. Y lo complicado de esta tarea es que, en general, no existen reglas específicas para ello. En este derrotero sólo se pueden formular advertencias o sugerencias. Y una de ellas es, como ya se anunció, estar prevenidos respecto de la fuerte tendencia que -por formación- poseemos y que nos lleva a generalizar, a veces, con exageración. Ello se debe a que, como se sostuvo al comienzo, gran parte de nuestra educación universitaria se ha basado en el estudio de códigos, leyes y autores que se refieren a esos cuerpos legales de modo extremadamente genérico. Rara vez, o sólo excepcionalmente, se nos ha ejercitado en analizar sentencias judiciales. Es obvio entonces que nuestro arsenal universitario se adecua sólo en parte a esta misión.

4. Explicitación de la regla general contenida en el fallo

Una de las primeras pautas que debemos tener presente es que este caso fue el primero en su género.⁵² En supuestos así, es evidente que la decisión está estrechamente vinculada a los específicos hechos que, según la sentencia, originaron el conflicto y al modo en que la Corte los encaró. A esta altura, téngase presente que en el fallo no se tuvieron en cuenta las condiciones particulares del Comisario (su nombre y apellido; si era soltero o casado, si tenía hijos; la antigüedad que poseía en la repartición; si había sido sancionado con anterioridad, si poseía bienes de fortuna, etc.). Tampoco se merituyó en qué consistía específicamente la clausura, más allá de la presencia de una consigna en la puerta del diario. Tampoco se dijo cuál era el domicilio del diario; si el Director era propietario del local donde aquél funcionaba; si éste era casado o soltero, con o sin hijos, o su edad; si el diario era crítico del gobierno; si su propietario tenía antecedentes penales, etc. Todas estas circunstancias son ignoradas en la sentencia, sea porque no se las tuvo en cuenta en las presentaciones iniciales, sea porque se las suprimió al momento de resolver. Por la razón que fuere, ellas no figuran en el decisorio analizado.

A partir de estas ausencias podemos comprobar que el Tribunal o las partes ya efectuaron su propio tamiz acerca de ciertas circunstancias o hechos que necesariamente se refieren a los personajes involucrados. Por lo tanto, en ese sentido, se está eliminando del caso un sinnúmero de características que hacían a su unicidad y que no fueron consideradas relevantes. Con tal proceder, el Tribunal ya estaba generalizando los específicos hechos del caso hacia una categoría más abarcadora.

En el mismo proceso de generalización, la sentencia ya no se refería a una “clausura” (que era la conducta concreta cuestionada) sino a una “restricción”. Una clausura bien puede ser vista como una restricción. Mas una restricción puede consistir en una clausura y en otras conductas que pueden

52. Además, en él la Corte Suprema se apartó expresamente de la jurisprudencia vigente hasta ese momento, que negaba la posibilidad de acudir o a una adecuación del recurso de hábeas corpus o a un supuesto recurso o acción de amparo, instrumento que no había sido sancionado legislativamente.

asimilarse o no a una clausura. Es poco debatible que el alcance del término restricción tiene una extensión mayor que el de lo que entendemos por una clausura.

Hechas estas advertencias, una buena pauta para comenzar a deshilvanar el ovillo es intentando precisar qué conflictos planteaba el recurso.

Uno de los temas que se debía resolver consistía en la vía intentada por Siri. Ninguna ley, como se dijo, instauraba este tipo de presentación sumaria. Los hechos del caso permitían encuadrarlo en diversas normas de derecho común. Pero ninguna de ellas establecía un procedimiento expeditivo, breve, como el deducido, al estilo del hábeas corpus. Fue por dicha causa que las instancias inferiores habían rechazado la pretensión del peticionante.⁵³

La Corte, por su parte, consideró que dicha ausencia legislativa no era obstáculo válido para proteger el derecho conculcado. Pues, cuando “*en las condiciones acreditadas en la causa*”, se restringe la libertad de imprenta y de trabajo “*no puede alegarse la inexistencia de una ley que la reglamente* [a esa libertad]: “*las garantías constitucionales*” involucradas (arts. 14, 17 y 18 de la Constitución) “*existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias*”.

El otro problema resuelto por la Corte fue el de la validez de la clausura. Un Comisario, se dijo, “*sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción*”, no puede clausurar un diario. Ello configura una evidente restricción a las referidas libertades de imprenta y de trabajo.

Básicamente, éstas son las dos cuestiones centrales que resolvió la Corte y el sustento que les adjudicó. Y ellas son centrales puesto que, de acuerdo a como venía planteado el caso, para arribar a la decisión *necesariamente* debía resolver esas dos cuestiones. Si, a mérito de lo expuesto, intentáramos ansiosamente extraer la *regla general* o el *principio* jurisprudencial que emana del pronunciamiento -el que no está explícitamente formulado- es obvio que deberíamos ceñirnos muy prudentemente a los hechos del caso y a lo resuelto en él, a pesar de que mucho de lo dicho por el Tribunal permite formular una regla que trasciende los referidos hechos del caso. La existencia de un sólo precedente no es guía segura ni suficiente para generalizar conductas. A mi modo de ver, y provisionalmente, no podríamos excedernos de las siguientes formulaciones:

1º) La vía excepcional del amparo es procedente cuando (a) un Comisario provincial, sin orden de autoridad competente ni expresión de causa que la justifique, dispone la clausura de un diario y (b) no existe otro remedio sumarísimo para conjurar la restricción de derechos constitucionales.

2º) Constituye una violación a las libertades consagradas en los artículos 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional la clausura de un diario dispuesta por un Comisario provincial sin orden de autoridad competente ni expresión de causa que la justifique.

53. En la causa “Bertotto” (Fallos: 168: 15) la Corte había sostenido que “el recurso de amparo de la libertad o de habeas corpus se otorga en favor de toda persona detenida o arrestada sin orden escrita de autoridad competente ... nunca se entendió que él alcanzara a la protección de todos los derechos y garantías ... Ni en la letra ni en el espíritu, ni en la tradición constitucional del habeas corpus, se encuentran fundamentos para aplicarlo a la libertad de la propiedad, del comercio, de la industria ... contra los abusos e infracciones de particulares y funcionarios respecto de esos derechos, las leyes y la jurisprudencia consagran remedios administrativos y judiciales que contemplan las respectivas situaciones ...”

5. Expresiones generales: Obiter dicta

Como ya habrá advertido el lector, el Tribunal no dijo textual y solamente lo que se destacó en las dos reglas generales precedentemente diseñadas. También sostuvo, como se transcribió más arriba en el llamado Tercer Fundamento, que los derechos constitucionales no son simples fórmulas teóricas. El solo hecho de estar consagrados en la Constitución evidencia su existencia y su cualidad protectora. Las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos independientemente de las leyes reglamentarias. Cada uno de los artículos y cláusulas que la Constitución tiene poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Esto también fue dicho por el Tribunal. Dichas expresiones, podría preguntarse, ¿no integran la sentencia?

Es evidente que dichas expresiones integran materialmente, físicamente, el fallo. Están escritas y forman parte integrante de él. No obstante, ellas no se refieren de modo especial y exclusivo a las circunstancias del caso (insisto, el primero en su género). Su generalidad es tal que en su literalidad quedan abrazados todos y “*cada uno de los artículos y cláusulas*” que la Constitución posee. Tanto excede los hechos del caso que incorpora, como sujeto pasivo de la mentada obligatoriedad, a los particulares. Y, como se recordará, en “*Siri*” el sujeto pasivo de la conducta reprochada era un Comisario de la Policía de la Provincia. Igual exceso se advierte cuando alude a que “*las*” garantías constitucionales protegen a los individuos “*independientemente*” de las leyes reglamentarias. Esta afirmación general parece exagerada a la luz de un solo caso que, obviamente, no involucraba a todas las garantías o derechos individuales sino a algunos de ellos. También, como se dijo más arriba, se habla de una restricción y no, específicamente, de una clausura de un diario.

Expresiones generales como las analizadas deben ser tomadas con mucha cautela. Esos dichos del Tribunal, si bien integran la sentencia, no constituyen en sí mismas *lo decidido*, ni el *principio* o la *regla general* que emana del pronunciamiento. Si bien pueden ser vistas, de hecho, como si fueran la premisa mayor de un silogismo, ellas *no son un presupuesto necesario* para arribar a la solución arbitrada. Y no lo son, porque no era necesario proceder a expresiones tan genéricas, cuando los hechos del caso “*Siri*” eran mucho más específicos. Más bien, esas manifestaciones constituyen una proposición apriorística (o varias) que -más allá de que se pueda coincidir con ella(s) o no- carece(n) de justificación expresa en el fallo a la luz de los hechos que debía juzgar. Pues, es conveniente reiterarlo, el caso no involucraba la violación de *todos* los derechos individuales a través de *todas* las “restricciones” imaginables, por parte de la Autoridad y de los particulares.

Además, como se dijo, tal generalización tampoco era *necesaria* para llegar al resultado al que se llegó. No era *necesario* referirse a “*los particulares*” ni “*a cada uno de los artículos y cláusulas de la Constitución*”.⁵⁴ Pues en nuestro caso teníamos la conducta de un Comisario (no la de un particular)

54. “[D]igamos que la afirmación de que las libertades constitucionales son oponibles a los individuos es claramente *dictum*, si se la formula al fundar la decisión de un caso en que se ventila un ataque a las mismas cometido por las autoridades” (Carrió, Genaro R., op. cit. *supra* nota 38, pág. 50 nota (1)).

que había procedido a la clausura un diario (y no a una genérica restricción), en alegada infracción a los artículos 14, 17, y 18 de la Ley Fundamental (y no de todos sus artículos y cláusulas).

Por último, no puede olvidarse lo dicho al comienzo del Capítulo III en cuanto a la competencia de los jueces. Éstos no resuelven todos los casos imaginables a partir de los hechos de un sólo caso. Resuelven, y solamente están autorizados a resolver, “el” caso o conflicto sometido a decisión. Y parece claro que ese asunto no versaba sobre la conducta inconstitucional de un particular ni involucraba a cada uno de los artículos y cláusulas de la Constitución. Estos temas no integraban los hechos controvertidos en el presente.

Consecuentemente, si se sostuviera que esas expresiones generales forman parte de *lo decidido* en “Siri” se estaría proponiendo o presuponiendo, necesariamente, que los jueces pueden ejercer su jurisdicción mucho más allá de la competencia que el ordenamiento jurídico vigente les ha reconocido.⁵⁵

Estas razones explican, creo que de modo aceptable, el lugar que corresponde adjudicar a estas expresiones generales. Como dijo la Corte en el año 1888 en el caso “Elortondo” -cuando una de las partes invocaba ciertos pasajes expresados en otros precedentes y que juzgaba aplicables al caso que tenía que resolver-:

Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, *ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó*, siendo, como es, una máxima de derecho que *las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan el juicio del tribunal para los casos subsiguientes* (Énfasis agregado).⁵⁶

Este tipo de expresiones generales -que pueden adquirir diversas modalidades que luego veremos- es conocido con el nombre de *obiter dicta* (*obiter dictum*, en singular) o, simplemente *dicta* u *obiter*. Tal denominación ha sido empleada frecuente e indistintamente por la Corte Suprema, en oportunidad de ceñir o circunscribir el alcance de lo expresado en fallos anteriores.⁵⁷ En ciertas

55. Ver *supra* Capítulo IV.

56. Fallos: 33: 162, 196, “Municipalidad de la Capital v. Elortondo”, considerando 26 (1888). En este mismo considerando, antes del párrafo recién transcrito, dijo la Corte:

“Que no puede deducirse un argumento serio contra estas conclusiones de la decisión anterior de este Tribunal en los casos del Procurador Fiscal de la Sección de Santa Fe contra los señores Señorans y Rosas y contra don Francisco Ferré, invocados por el procurador municipal en estos autos. Primero: porque en el caso de esos fallos, dictados con motivo de las expropiaciones que fue necesario realizar para hacer efectiva la entrega de una legua de tierras al costado de la vía del Ferrocarril Central Argentino, estipulada en el contrato de construcción de dicha vía, *mediaba una circunstancia que no media en el presente y que hace desaparecer toda paridad entre ellos*, a saber: que la concesión de aquellas tierras fue hecha teniéndose en mira y fijándose como condición de ello, su población y colonización para proporcionar tráfico y vida a la vía proyectada, objetos en sí de verdadero e indisputable interés público, que justificaban legalmente la autorización conferida al Gobierno para expropiarlas ...” (Énfasis agregado)

57. Ver “Abaco, Compañía Financiera S.A.”, del 24 de marzo de 1992; “Santiago Omar Riveros y otros”, del 11 de diciembre de 1990, considerando 18 (voto de Petracchi y Oyhanarte); Fallos: 312 (I): 916, 930 (1989), considerando 5º, “Horacio Verbitzky y otros”; 311 (I): 460, 471 (1988), Raul Osvaldo Bruno (considerando 19, 5º párrafo); 306: 980 (1984), “Alberto L. Imposti v. María Cristina Peralta”; 305: 1694, 1697 (1983), “Eduardo Manuel Boccaccio”; 242: 280, 299 (1958), “Carlos Juan Madariaga Anchorena”; 219: 583, 591 (1951).

oportunidades ellas suelen ser muy útiles, o respetables, como dijo la Corte en “*Elortondo*”. Pero, en otras ocasiones pueden ser notablemente perturbadoras. Pueden alentar la creencia en que *lo decidido* se extiende mucho más allá de los hechos del caso.

Pero insisto una vez más que si lo que se pretende es establecer cuál es la *regla general* o el *principio* jurisprudencial que emana de un caso, en particular, del primero en su género, esas expresiones deben ser aisladas. Si se quiere, ellas pueden ser empleadas en citas posteriores, pero debe hacerse teniendo presente que sería inconveniente adoptarlas como si integraran la *regla general* o el *principio* jurisprudencial en base al cual se había decidido ese caso. Por hipótesis, ellas podrían ser útiles si, en un conflicto posterior, el abogado o el juez se enfrentaran a un supuesto de hecho análogo pero donde el infractor no es un policía sino un particular. En tal caso, gran parte de *lo dicho* por la Corte puede ser de utilidad para defender -con apoyo en *lo dicho* en un precedente- la extensión de *lo resuelto* en “*Siri*” a esa nueva causa.

Pero si, por ejemplo, el juez o el abogado pretendieran que lo que la Corte *decidió* en “*Siri*” fue que la Autoridad (en vez de un Comisario) no puede imponer restricciones (en vez de una clausura) a un diario, sin orden de autoridad competente ni causa que la justifique, estarían doblemente equivocados.

Por una parte, esto, como quedó expuesto más arriba (y como se acaba de destacar entre paréntesis), no fue lo que la Corte *decidió* en aquella causa. Por la otra, y dado lo abarcador del término Autoridad, podría llegar a incluirse dentro de ese vocablo al legislador y a los jueces. Y, dentro del vocablo restricción, podría llegar a comprenderse, genéricamente, a las leyes laborales y previsionales y las disposiciones municipales en materia de habilitación de locales. Creo que todos coincidiremos en que el caso “*Siri*” no consiente estas extensiones. Y una de las razones por las cuales existiría tal coincidencia es, precisamente, por la lejanía en que tales extensiones se hallan respecto de los hechos del caso “*Siri*”.

6. *Recapitulación*

A lo largo del presente Capítulo he intentado precisar de modo provisional qué fue lo que se resolvió en el caso “*Siri*”, porqué se adoptó tal decisión y cuáles expresiones constituyeron lo que se denomina *obiter dicta*. He insistido también en que al ser el primer caso de su género, lo resuelto está estrechamente ligado a sus hechos relevantes. Esa caracterización liminar, sin embargo, omitió el tratamiento de varias cosas importantes.

En dicho caso, la Corte Suprema abrió el surco de lo que hoy conocemos como la acción de amparo. Sin embargo, muchas cosas quedaban por resolver. Una de ellas, por ejemplo, era las características de la acción en sí misma. En vano se recorrerá el texto del fallo buscando pautas generales que pudieran ser de utilidad para resolver casos futuros. Ellas no se expresaron siquiera al pasar. Ante este silencio, todo lo que se extrae del fallo es que el Tribunal no objetó que este tipo de acción fuera deducida ante un juez penal local y que éste, y la propia Corte, solicitaran informes sobre los hechos a las autoridades policiales de la jurisdicción. También destacó el Tribunal las excepcionales circunstancias que se verificaban en la emergencia.

Por otro lado, como vimos en el Capítulo tercero, no existe un caso absolutamente igual (idéntico) a otro ya resuelto. Y si existiera, los jueces no podrían volver a fallarlo. Sin embargo, esta observación no nos es de mucha ayuda. Pues cuando los jueces y los abogados citan otros casos en apoyo de su decisión o del interés que defienden, no creen ni se proponen percibir identidades sino lo que de un modo bastante impreciso denominan semejanzas relevantes o ciertas analogías, similitudes o igualdades relativas en cuanto a los hechos o al tipo de cuestiones que allí se ventilaron.

La cita o remisión al caso precedente se puede hacer con el propósito de mencionar un ejemplo de lo que *se resolvió* en un supuesto semejante o relativamente igual al presente. Para ello, será necesario extraer del caso la *regla general* o el *principio* jurisprudencial que está implícito en él. Como el presente supuesto es esencialmente parecido o similar al anterior, la solución a adoptar debe ser la misma. Pues, como dijimos al inicio, los casos substancialmente análogos deben ser tratados del mismo modo.⁵⁸

Parejamente, si lo que se proponen es distinguir el o los precedentes del caso actual, destacarán las diferencias relevantes de aquéllos con éste. Quizá se proponga citar lo que se dijo (*dictum*) en el precedente, como cosa distinta de lo resuelto en él y que no constituye la *regla general* o el *principio* que de él emana.

Quien tiene que realizar esta tarea, que guarda semejanzas con la que he desarrollado en los capítulos anteriores, es, de modo ineludible, el tribunal que debe resolver un nuevo caso; o el autor que estudia esa decisión (o esas decisiones) en un ensayo o el abogado que necesita saber cuál es el derecho vigente.

Reconstruir este proceso es bastante complejo, pues está estrechamente vinculado a cada sentencia y, como sabemos, así como no hay dos casos iguales tampoco existen dos sentencias iguales.

Por lo general, cuando un juez encara esta tarea se enfrenta a diversos problemas.⁵⁹ Puede ocurrir que el relato de los hechos efectuado en la sentencia precedente sea muy escueto, demasiado genérico o muy específico. La sentencia precedente, por ejemplo, puede considerar expresamente como relevantes hechos que para el juez que debe decidir ahora no lo son. Es posible también que los fundamentos expresados en la sentencia sean muy nutridos.

Si acudimos al caso “*Siri*” veremos que, si bien los fundamentos no son muchos, en ellos se alude al artículo 14, al 17 y al 18 de la Constitución. Sin duda que la conducta policial interfería, por ejemplo, con la libertad de trabajo y con el derecho de propiedad del Sr. Siri. Pero en principio y tratándose del primer caso, parece más cercano, más ajustado a los hechos de la causa, el concentrarse en la libertad de imprenta y de publicación de las ideas sin censura

58. El lector quizá ya se haya preguntado qué sucede cuando el precedente, a juicio del tribunal que debe resolver un caso análogo, está mal resuelto. Pues bien, si los precedentes no son considerados obligatorios, es probable que el juez adopte sin más otra solución. Pero, a veces y por una multiplicidad de motivos, un tribunal siente cierta reticencia en apartarse abiertamente del precedente y lo que procura hacer es distinguir la situación de hecho de uno u otro. Otra estrategia puede consistir en ceñir al máximo el alcance de la norma contenida en el precedente, ajustándola estrictamente a los hechos del caso allí resuelto.

59. En términos generales, estos problemas también los enfrentan los abogados.

previa, dado que lo clausurado era, precisamente, un diario.⁶⁰ Estas libertades (de imprenta y de publicar las ideas sin censura) tienen una relación más directa con los hechos de ese caso.

Por otro lado, puede suceder que una sentencia, entre los numerosos fundamentos que contiene, posea uno que parezca condensar a todos. De modo más categórico, es posible que el fallo contenga la explicitación de una proposición general -su *regla general* o el *principio* jurisprudencial sentado-elaborada por el sentenciante que contenga a la norma individual del caso pero que, precisamente por su generalidad, abarque más casos que el resuelto. Si volvemos a la situación de Siri, es evidente que una norma general que realza el ataque a la libertad de imprenta y de publicación de las ideas (con lo cual ya quedarían incluidos un local donde se imprime, redacta o compone un periódico -diario, semanario, quincenal, mensual-, una revista -jurídica, cómica, política, etc.-) tendría un ámbito de aplicación más estrecho que una que se basara en la libertad de trabajo o en la propiedad.

Ante tales variantes, es evidente que el tribunal que tiene que resolver, hoy, un nuevo caso, debe *decidir* muchas cosas. Esta tarea evidencia uno de los momentos claves en lo que podríamos denominar “el arte de la cita”. La mayor o menor sofisticación que se emplee, la buena fe o la ausencia de ella y la capacidad de convicción que haya desarrollado el Tribunal en la sentencia permitirán analizarla críticamente.

VI. LA TAREA DE DISTINGUIR UN PRECEDENTE DEL CASO A RESOLVER

1. Introducción

En el capítulo anterior, hemos analizado, fundamentalmente, cuál es la regla general o el principio jurisprudencial que emana de un pronunciamiento judicial y cuáles expresiones pueden ser tomadas como *obiter dicta*. Ahora abordaré otra fase del manejo de los precedentes. Ésta consiste en distinguir el caso a resolver del precedente que se invoca.

Básicamente, existen dos formas de hacerlo. Una de ellas versa fundamentalmente sobre los hechos. En estos casos, lo que se busca es resaltar ciertos hechos del precedente que, comparados con los del caso sometido a decisión, se consideran (o deben considerarse) substancialmente diferentes.

60. Obsérvese cómo Carrió formula qué hechos eran relevantes en “Siri” y porqué:

“Tal como estaban planteadas las cosas, dejar librada la suerte del diario al éxito de los procedimientos legales ordinarios *hubiera significado condenarlo al silencio durante un largo tiempo, quizás años*. El *ataque a la libertad de prensa* era directo: el local del diario estaba clausurado con una consigna en la puerta. No se sabía quién había dispuesto la medida ni cuáles eran sus fundamentos. En esas condiciones, la actitud oficial equivalía, lisa y llanamente, al empleo absolutamente injustificado de vías de hecho.

Por otra parte, *estaba de por medio una libertad esencial*, íntimamente vinculada a nuestra estructura política. *La forma habitual de compensar los actos ilícitos -el pago de una suma de dinero- no resulta compensación suficiente para una lesión a la libertad de prensa*. Aunque en definitiva se hubiese llegado a declarar, en un proceso común, la responsabilidad del funcionario interviniente, y aun la indirecta del Estado, la lesión causada por *la clausura del diario habría tenido, en enorme medida, carácter irreparable.*” (Énfasis agregado). (op. cit., *supra* nota 38, págs. 151-152).

Ello proporcionará el sustento para que, dado que los casos no son esencialmente análogos, lo decidido en el precedente se aplique, en principio, a casos semejantes a éste y sólo a ellos. A partir de aquí, si el tribunal desea aplicar un principio jurisprudencial distinto deberá justificarlo, pero estará en mayor libertad que si el caso hubiera sido juzgado análogo al anterior.

La otra forma de distinguir el precedente del presente supuesto, es aislar el principio o la regla jurisprudencial explicitable del precedente de otras expresiones que son consideradas *obiter* y, por lo tanto, innecesarias a la luz del *thema decidiendi*. En estos supuestos los hechos del caso no suelen estar controvertidos ni jugar un papel preponderante. Más que discutirse cuestiones de hecho, se lo hace sobre lo que podríamos denominar, en lenguaje corriente pero no exento de ambigüedad, “cuestiones de puro derecho”.

2. Distinción entre los hechos del precedente y los del caso a resolver

a) El caso “Bazterrica”

El 29 de agosto de 1986, la Corte Suprema resolvió la famosa causa “Bazterrica”.⁶¹ El nombrado había sido condenado por violación del artículo 6º de la ley 20.771, que reprimía con prisión y multa al “que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal.” Bazterrica había sido sorprendido con 3,6 grs. de marihuana y 0,06 grs. de cloridrato de cocaína en su poder.⁶² La Corte, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad del artículo 6º, por violentar el artículo 19 de la Constitución Nacional. Pero “Bazterrica”, primer caso en que se declaraba la inconstitucionalidad de esa norma, era un mal precedente por varias razones de orden técnico.

En primer lugar, el voto mayoritario estaba fragmentado. Si bien tres ministros declaraban la inconstitucionalidad del art. 6º, no había unidad de fundamentos. Belluscio y Bacqué, coincidieron en el soporte argumental que llevaba a la no convalidación constitucional, en tanto que Petracchi lo hizo según su voto. En casos así, el valor de una sentencia como precedente queda muy debilitado. Pues es muy difícil explicitar un principio jurisprudencial que abarque la sustancia de los dos pronunciamientos sin incurrir en generalizaciones o simplificaciones excesivas.

En segundo término, lo dicho en ambos votos difiere en un aspecto trascendente. El énfasis de Belluscio y Bacqué está depositado en la interpretación que hacen del artículo 19 de la Constitución, el que impone “límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como *aquellas que no ofendan al orden o a la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.*”

Luego, refiriéndose en concreto al artículo 6º, sostuvieron que la norma no distingue entre “las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a

61. Fallos: 308 (I): 1392 (1986).

62. Estas referencias surgen del voto del ministro Petracchi (*Id.*, pág. 1421).

un tercero, de aquéllas que pertenecen al campo estrictamente individual”. Por lo tanto “no castiga daños concretos a terceros y a la comunidad”. Finalmente declararon la inconstitucionalidad “*en cuanto incrimina la simple tenencia para uso personal*”.

El voto de Petracchi, en términos generales coincidente con lo recién expuesto, añade expresamente un elemento al momento de proponer la inconstitucionalidad, a saber: “se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en tanto incrimina la tenencia de estupefacientes *para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros*”.

El “*que se realicen en condiciones tales*” es la clave del asunto. Y tan clave era que, en el caso, quedó sin develar. Pues ninguno de los votos describió cuáles eran las circunstancias de hecho (o “condiciones tales”) bajo las que se produjo el hallazgo y secuestro de las drogas que poseía Bazterrica.

La sentencia (el voto plural y el individual) proporciona argumentos ostensibles y explícitos encaminados a justificar su desacuerdo global con la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Pero en ningún momento subsume los hechos del caso en sus declaraciones genéricas. Es más, de la lectura del fallo es imposible conocerlos. Ante tal ausencia de precisión es imposible determinar qué hechos fueron considerados relevantes por la mayoría. Por un lado, el voto plural admite ser interpretado como invalidando la norma -con sustento en el artículo 19 de la Ley Fundamental- por incriminar toda simple tenencia para uso personal. Pero por otro, pareciera que del juego del artículo 19 con el 18 de igual texto, la tenencia constitucionalmente válida de drogas para uso personal debiera ser ejercida solamente “en la intimidad”. El voto de Petracchi, según como lo he sintetizado más arriba, es más claro en este aspecto. Pero tampoco subsume los hechos del caso en las expresiones generales que enuncia. Consecuentemente, “*Bazterrica*” era un precedente demasiado frágil. Inclusive es cuestionable su valor como precedente. Es cierto que aun ante estas fragilidades podría elaborarse una regla general. Mas esa regla o principio serían una guía demasiado incierta y vaga. Es evidente que la mayoría de la Corte consideraba inconstitucional la tenencia de drogas para consumo personal. Pero como no se conocen las circunstancias bajo las cuales pudo establecerse que Bazterrica tenía droga, el precedente ofrecía un vacío que sólo los casos posteriores podrían llenar.

Todo ello, como era de prever, debió ser resuelto y reformulado con posterioridad. Era claro que la Corte había declarado la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 20.771. No surgía con claridad, sin embargo, cuál era el principio jurisprudencial ni los hechos del caso.

b) Cuatro casos posteriores

En los cuatro casos que se relatarán a continuación, dictados en los dos años subsiguientes a “*Bazterrica*”, la Corte precisó el principio jurisprudencial que regía los supuestos de tenencia de drogas para consumo personal en los siguientes términos. Dijo en “*Von Wernich*”:

“Que, como lo destaca el Sr. Procurador Fiscal, corresponde concluir en la improcedencia del remedio federal intentado, pues la recurrente no ha rebatido los argumentos sustanciales del sentenciante, referentes a que *no se habría*

vulnerado el ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución, habida cuenta de que *el acusado fue sorprendido fumando marihuana en un sitio público -la plaza San Martín- y a que existió peligro cierto y concreto en la acción prohibida, pues conforme a las declaraciones indagatorias de von Wernich y del coprocesado Isidoro Julio Félix Martínez Platis, aquél indujo a éste a consumir marihuana en los instantes previos a su detención; a lo que se debe agregar que no resulta aplicable al caso la doctrina establecida por la mayoría de esta Corte en las causas ... "Bazterrica" ... y ... "Capalbo" ... falladas el 29 de agosto de 1986, pues el hecho imputado no puede ser considerado como restringido a la esfera de intimidad preservada por la norma constitucional antes mencionada.*"⁶³ (Énfasis agregado)

En "*García*", agregó:

"5º) Que respecto al fondo del asunto, el Tribunal ha resuelto declarar la inconstitucionalidad de la norma citada en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice *en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros (causa "Bazterrica" ...)* por lo que la doctrina enunciada no resulta aplicable al caso. Ello es así, por cuanto *el condenado fue sorprendido en la tenencia de marihuana en oportunidad en que transitaba por la vía pública en un vehículo, con tres acompañantes, a quienes no sólo había invitado a consumir la droga, sino que además había logrado que al menos uno de ellos aceptara el convite, situación que pudo ser observada por el personal policial, lo que motivó el procedimiento. En consecuencia, el hecho imputado no puede ser considerado como restringido a la esfera de la intimidad preservada por el art. 19 de la Constitución Nacional (causa "Von Wernich" ...).*"⁶⁴ (Énfasis agregado)

De la lectura de ambos pronunciamientos surge con mayor claridad cuál era el principio jurisprudencial aplicable y cuáles sus límites externos.

Por un lado, es evidente que el Tribunal debió precisar la doctrina de "*Bazterrica*". A tal fin, la mayoría, ahora unificada (Belluscio, Petracchi y Bacqué) adoptaba la formulación de Petracchi ("*tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros*").

Por otro lado, se iban diseñando los límites externos del principio jurisprudencial al caracterizar la tenencia y consumo en una plaza y en un automóvil como ámbitos excluidos de su protección. Esos lugares estaban fuera de la esfera de su intimidad.

Unos meses después, en "*Gerstein*", la Corte, por unanimidad, ciñó aun más el alcance del principio:

"3º) Que según se desprende de las actuaciones, en el domicilio de la procesada se secuestró *cannabis sativa* ("*marihuana*"), que fue hallada en el interior de dos bolsos y en distintas cajas de fósforos en las que el vegetal se encontraba preparado en forma de cigarrillos. Además, Gerstein -en concordancia con Gabriel Pereyra-, quien ocasionalmente cohabitaba con ella- no sólo reconoce la posesión del estupefaciente sino que admite también que,

63. Fallos: 310 (III): 2836, 2839 (1987), "Gustavo Adolfo Von Wernich".

64. Fallos: 311 (II): 2228, 2231 (1988), "Alejandro Marcelo García".

parte de éste fue consumido en su departamento por distintas personas quienes, incluso, armaron algunos de los cigarrillos secuestrados.

4º) Que las circunstancias apuntadas hacen inaplicable la doctrina invocada por la recurrente toda vez que, tal como lo señala el a quo, *no se ha menoscabado el ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional en tanto la conducta que se le reprocha a aquélla ha trascendido la esfera protegida por dicha norma*”.⁶⁵ (Énfasis agregado)

Es evidente que la “esfera de protección” del artículo 19 poseía contornos cada vez más precisos y era más pequeña, mucho más pequeña que la masa un poco informe que había protegido a Bazterrica.

Posteriormente, la Corte restringió aun más el alcance del principio jurisprudencial. Así, en “*Dicapua*”, sostuvo:

“2º) Que ... el condenado fue detenido en oportunidad en que *se presentó en una dependencia policial para visitar a un amigo allí alojado, y al efectuársele la requisita de rigor se le secuestraron dos cigarrillos de “marihuana”*. Según expresa la misma defensa, *Dicapua portaba estos elementos para concurrir a una fiesta en el ‘Monumento a la Bandera’ (día de la primavera) con el evidente propósito de autoconsumo*”.

3º) Que la tenencia de la droga con el aludido propósito de ser consumida en un lugar público en el que se realiza un festejo juvenil, *constituye una situación de hecho diferente a la contemplada en el caso de Fallos: 308: 1392, por lo que su invocación como fundamento para impugnar el fallo apelado resulta insuficiente*.”⁶⁶ (Énfasis agregado)

Quizá, una de las mayores curiosidades de este caso -al margen de su brevedad y lenguaje críptico- consiste en la remisión a “*Bazterrica*”, omitiendo los casos posteriores a él. Creo que de las transcripciones realizadas surge claramente que fueron estos últimos los que rediseñaron con mayor precisión el principio. La Corte no podía decir, lacónicamente, que el presente constituye una situación de hecho diferente de aquél, porque (a) en “*Bazterrica*” no se describieron los hechos y (b) que los hechos difirieran no produce la exclusión automática de la solución adoptada en el precedente.

En la precisión de los alcances del caso “*Bazterrica*”, los hechos relevantes de cada caso y la realidad social fueron nutriendo al Tribunal. “*Bazterrica*” y su exagerada e imprecisa generalidad (a pesar de la seriedad de sus fundamentos jurídicos y filosóficos) había alimentado muchas resistencias. Gran parte de éstas, tan exageradas como la propia generalidad de “*Bazterrica*”. Éste, en varios pasajes, es un gran *obiter* y su evolución e impacto político muestran los inconvenientes de formular expresiones tan generales. Otros tribunales, la prensa, algunos autores y políticos lo consideraban un error. En septiembre de 1989 el Congreso de la Nación sancionó una nueva norma (ley 23.737) que hizo caso omiso de toda la elaboración jurisprudencial referida. La penalización de la tenencia de droga para uso personal, aun en la intimidad, volvía a recibir la bendición legislativa.

Al margen de estas consideraciones, creo que los casos reseñados son buen ejemplo de la modalidad que deseaba ilustrar. Por muy seguro que se esté, en abstracto, acerca de ciertos principios e ideas, otros factores aleccionan

65. Fallos 311 (III): 2721, 2724 (1988), “Myriam Noemí Gerstein”.

66. Fallos: 312: 1892, 1894-1895 (1989), “Sergio Héctor Dicapua”.

al Tribunal. Y si el Tribunal es permeable y conciente de su misión constitucional debe escucharlos y, eventualmente, rebatirlos. No hay dos casos iguales, decía al comienzo de esta monografía. El derrotero seguido por la Corte en los precedentes recién estudiados es ilustrativo de tal aserto.

3. Deslinde entre la regla o el principio y las expresiones generales

a) El caso “Esquivillón”

En el año 1957 la Corte Suprema resolvió la causa “*Esquivillón*”.⁶⁷ El asunto llegaba al Tribunal por recurso ordinario de apelación deducido por la Dirección General Impositiva. En él se discutía el alcance atribuible al decreto 14.342/46 que establecía el impuesto a las ganancias eventuales. La Cámara Federal había resuelto que en el presente caso no correspondía la aplicación de dicho gravamen sobre la diferencia existente entre la valuación fiscal de un inmueble y el monto de la expropiación del mismo. La D.G.I. defendía su pertinencia. Es importante destacar, como se dijo al inicio, que se trataba de un recurso ordinario y no de uno extraordinario. En el primero, a diferencia del segundo, la competencia del Tribunal es más extensa, pues no necesita que exista una cuestión federal. En casos como el presente, se trata de revisar si la interpretación de la norma federal efectuada por el tribunal inferior es correcta.

Luego de transcribir y analizar los artículos de ese decreto en los cuales se identificaban diversos hechos imponible, dijo la Corte:

“De la confrontación de este texto [artículo 3] con el anterior [artículo 2] aparece manifiesta la correlación de los enunciados beneficios del art. 2º⁶⁸ con la clasificación de las actividades (actos o hechos) productores de beneficio y enriquecimiento que se formula en el art. 3º.⁶⁹ Refiriéndose a las primeras ‘los beneficios obtenidos en la venta y permuta de bienes muebles e inmuebles’, y comprendidos en las segundas ‘los premios de lotería, juegos de azar y, en general, toda clase de enriquecimiento que no esté expresamente exceptuado’.

Que fijados estos presupuestos legales debe concluirse que *la indemnización que se acuerda al expropiado no corresponde a ninguna de las situaciones contempladas en ellos, desde que la expropiación en ningún caso puede ser causa de lucro para el expropiante o para el expropiado ni constituye una ganancia proveniente de actividades a que se refiere el art. 3º del decreto.*⁷⁰ Y ello debe ser así porque la expropiación es el ejercicio de una potestad

67. Fallos: 238: 335 (1957), “Matilde Leonie Juana Esquivillón de Igón y Elena Rita Igón de Almeyra v. Nación Argentina”.

68. Artículo 2º, decreto 14.342/46 (ratificado por ley 12.922):

“Están comprendidos dentro del presente gravamen, en cuanto no fueran alcanzados por la ley del impuesto a los réditos, los beneficios obtenidos en la venta y permuta de bienes muebles e inmuebles, premios de lotería, juegos de azar y, en general, toda clase de enriquecimiento que no esté expresamente exceptuado.” (*Id.*, pág. 350).

69. De acuerdo a la Corte Suprema: “Según el art. 3º se consideran beneficios derivados de fuente argentina: a) los que provienen ‘de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República’; b) los que provienen ‘de la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios, o de hechos ocurridos dentro de los límites de la misma.’ (*Id.*).

70. Obsérvese que ninguno de los artículos transcritos en las notas anteriores aluden a “ganancias”. Mentan “beneficios”, “enriquecimientos” y “hechos ocurridos dentro de” la Nación.

irrenunciable del Estado, en el cual el expropiado no realiza ninguna actividad. Además, porque de acuerdo con [la ley de expropiación], la indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños y perjuicios que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación.”⁷¹ (Énfasis agregado)

Hasta aquí, la Corte sostenía la improcedencia del tributo, a la luz del lenguaje empleado en los artículos del decreto que se alegaban como aplicables. No obstante, sus argumentos se asemejan más a una conclusión que a una justificación de porqué se llega a tal resultado. La D.G.I. también había alegado que la expropiación es un acto de enajenación asimilable a la venta y, por tanto, el contribuyente estaba sujeto al impuesto. A ello la Corte replicó:

“Sería éste un argumento de mayor entidad que los ya examinados, como quiera que, en el concepto clásico -hoy superado- la expropiación es una enajenación forzosa por contraposición a la compraventa que es una enajenación voluntaria Aubry y Rau, 4 ed., t.4, p. 343, párr. 350).

Es verdad que este concepto *civilista* parece inspirado en el art. 1324 del Código Civil, que establece que nadie puede ser *obligado a vender* sino cuando se encuentra sometido a una necesidad jurídica de hacerlo y que ello puede ocurrir, entre otros supuestos, “cuando hay derecho en el comprador de comprar la cosa por expropiación por causa de utilidad pública”. Pero, desde luego, es indubitable la impropiedad de la terminología empleada, denominando comprador al expropiante y calificando de compra al acto expropiatorio. Es de advertir que el codificador argentino ... dejó aclarado que la ley especial fijará todas las condiciones de la expropiación para determinar y pagar el precio, como también lo que ha de expropiarse. Por lo demás, siempre en el país, en el orden nacional, la expropiación se ha regido por ley especial, desde la 189, anterior a la sanción del Código Civil ... y en el orden provincial por sus leyes locales, prescindiendo de las normas del Código Civil.

Es de señalar, a este respecto, que en la Ley Fundamental no exista disposición alguna que atribuya al Congreso la potestad de reglamentar la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, que sólo mediante la indemnización previa y por causa de utilidad pública, puede extinguirse para su titular, reglamentación que en mérito de tal silencio ha quedado reservada a las provincias. Como lo tiene declarado esta Corte (Fallos: 93: 219; 97: 408), la expropiación no es materia regida por el Código Civil y las leyes que la regulan no están comprendidas en la atribución concedida al Congreso para sancionar los Códigos, pudiendo las provincias dictar las leyes que reglamenten el instituto expropiatorio.

Que la expropiación como institución de derecho público está regida por principios propios, y no por los de compraventa, figura jurídica exclusiva de derecho privado y a la cual se ha referido el decreto 14.342/46.”⁷²

71. *Id.*, págs. 350-351. A renglón seguido, la Corte agregó:

“A *mayor abundamiento*, la naturaleza jurídica del instituto expropiatorio quedaría desnaturalizada si se admitiese que el expropiado obtiene con la indemnización una ganancia ... El expropiado tiene derecho a una reparación integral, esto es, a un equilibrio de valores entre el valor del bien ... y de los daños y perjuicios emergentes de la desposesión y la indemnización. La ruptura de ese equilibrio en detrimento del expropiado significaría en algún modo entrar en el ámbito prohibido de la confiscación por parte del expropiante.”

72. *Id.*, pág. 352.

A continuación, la Corte definió las diferencias entre la compraventa y la expropiación, caracterizando a ésta como acto unilateral, por el cual el expropiante adquiere el bien a título originario, previo pago de una indemnización que no se identifica con las características del precio de una compraventa. A ello agregó:

“Que basta lo expuesto para poner de relieve la diferencia jurídica sustancial entre la expropiación y el acto voluntario de la venta que es el tenido en vista por el decreto 14.342/46 ... a estar a la letra de sus arts. 2 y 5⁷³, para gravar con el impuesto a las ganancias eventuales, la que resulta del mayor precio obtenido por el vendedor con relación al que obtuvo como comprador del bien vendido.

Y por ser notoria esta diferencia no es presumible que el legislador haya omitido la mención de la expropiación en la letra de la ley, de haber entrado en sus designios tenerla por comprendida entre los actos productores del ‘hecho imponible’; ni cabría en el caso la interpretación extensiva del art. 2 del decreto citado porque en él se hubiese dicho menos de lo que se quiso decir, pues las diferencias sustanciales entre las figuras de la compraventa y la expropiación, que quedan señaladas, no permitirían esa inteligencia.⁷⁴ (Énfasis agregado)

b) Explicitación provisional del principio jurisprudencial

Para proceder a la explicitación del principio que emana del precedente, me guiaré por las pautas que se establecieron al hacer lo propio en el caso “Siri”.⁷⁵ Dentro de las circunstancias del caso, las relevantes parecen ser las siguientes:

(i) Se trataba de un recurso ordinario de apelación, caso en el cual - como se dijo con anterioridad- la Corte interviene como tribunal de tercera instancia federal. A diferencia del recurso extraordinario, en el ordinario no es necesario que se cuestione la constitucionalidad de una norma.

(ii) Estaba en discusión el alcance de los artículos 2, 3 y 5 de un decreto nacional que establecía el impuesto a las ganancias eventuales respecto de la compraventa de inmuebles.

(iii) La D.G.I., con apoyo en esas normas, y considerando que la expropiación era una venta o, como mínimo, un acto de enajenación asimilable a ella, pretendía gravar con dicho impuesto parte de la indemnización obtenida por una expropiación del gobierno nacional.

La Corte, como vimos, *decidió* que conforme lo establecido en los artículos 2, 3 y 5 del decreto de marras, “la indemnización que se acuerda al expropiado no corresponde a ninguna de las situaciones contempladas en ellos, desde que la expropiación ... [no] constituye una ganancia proveniente de actividades a que se refiere el art. 3 del decreto”. Más adelante concluyó en que existía una “diferencia jurídica sustancial entre la expropiación y el acto voluntario de la

73. Según la Corte, el art. 5 establecía: “El beneficio neto obtenido en la venta de bienes se determinará deduciendo del precio de venta, el precio de compra, el importe de las mejoras efectuadas para conservar o aumentar su valor y el de los gastos necesarios ... Tratándose de inmuebles adquiridos con anterioridad al 1 de enero de 1946, se tomará como valor de costo (incluido mejoras) el de la valuación fiscal a esa misma fecha; sin embargo, si ésta fuere inferior al costo real se admitirá este último.” (*Id.*, pág. 349-350).

74. *Id.*, pág. 353.

75. Ver *supra*, Capítulo V.

venta que es el tenido en vista por el decreto 14.342/46 ... a estar a la letra de sus arts. 2 y 5, para gravar con el impuesto a las ganancias eventuales”.

Pero el presente caso -en este sentido, igual a “Siri”- era el primero que resolvía el Tribunal. Es evidente que éste dijo muchas más cosas que las destacadas en bastardilla. Mas la prudencia nos aconseja ceñirlo a sus específicas circunstancias. Si queremos establecer qué es lo que se *decidió* en él, como cosa distinta de qué es lo que se dijo, es evidente que deberíamos resaltar las circunstancias tenidas en cuenta anteriormente.

El principio jurisprudencial que podríamos extraer (tarea siempre provisional por ser el primer caso) dice que el impuesto a las ganancias eventuales establecido en los artículos 2, 3 y 5 de ese decreto nacional no recae sobre la indemnización obtenida por una expropiación nacional por causa de utilidad pública. Esto es, sin duda, lo que *se resolvió* en este caso. Como dijo la Corte, refiriéndose a ese decreto, “*a estar a la letra de sus arts. 2 y 5*” el impuesto no recae sobre la indemnización de la expropiación. “Y por ser notoria esta diferencia [entre la compraventa y la expropiación] *no es presumible que el legislador haya omitido la mención de la expropiación en la letra de la ley*, de haber entrado en sus designios tenerla por comprendida entre los actos productores del ‘hecho imponible’; *ni cabría en el caso la interpretación extensiva del art. 2 del decreto citado* porque en él se hubiese dicho menos de lo que se quiso decir, *pues las diferencias sustanciales entre las figuras de la compraventa y la expropiación, que quedan señaladas, no permitirían esa inteligencia.*” Los fundamentos que se expresaron deben ser ceñidos a este caso y a todo aquello que se circunscriba a sus circunstancias. Lo demás, es *dicta*. Y como tal, *puede* ser muy respetable (o no), nos *puede* estar anticipando el pensamiento de los ministros para futuros casos (o no), pero no hacen *necesariamente* a lo *decidido*.

Entre estos *obiter* he incluido aquella porción de la sentencia donde la Corte dice que “*la expropiación en ningún caso puede ser causa de lucro para el expropiante*”. La razón de tal exclusión, creo, es obvia. La Corte no podía referirse a que en “ningún caso” la expropiación puede ser causa de lucro. Esto consiste en una generalización innecesaria. Ella estaba resolviendo un supuesto en que el texto de la ley podía incluir o excluir a la expropiación dentro de sus términos, según cómo se lo interpretara. Para concluir en la exclusión no era ineludible expresar tal proposición general. El caso no hacía necesario llegar tan lejos. No se discutía de modo central si la Nación o las provincias pueden gravar las indemnizaciones obtenidas como consecuencia de una expropiación. El punto a dilucidar era si el impuesto creado por ese decreto incorporaba a la expropiación dentro de las descripciones del hecho imponible que contenía en su articulado.

c) El caso “Degó”

Al año siguiente, la Corte debió fallar el caso “Degó”.⁷⁶ En esta oportunidad, el conflicto venía por recurso extraordinario. Los integrantes de la Corte -a excepción de dos- habían variado, con motivo de la asunción del gobierno del Presidente Frondizi.

Ahora se discutía la *constitucionalidad* del artículo 44 de la ley provincial 5141 que disponía “en los casos de expropiación de inmuebles se retendrá de la

76. Fallos: 242: 73 (1958), “Félix Antonio Degó”.

indemnización el importe de los impuestos que deba satisfacer el vendedor conforme a la legislación vigente”.⁷⁷ ¿Era aplicable al presente caso *lo decidido* en “*Esquivillón*”?

Si nos guiamos por el *principio jurisprudencial* que de él he extraído, la respuesta es negativa. En aquel caso no se había *decidido* que esta ley provincial era inconstitucional. Tampoco se había *decidido* que el decreto nacional interpretado en esa sentencia era constitucionalmente válido o contrario a la Ley Fundamental. Además, el decreto referido no aludía -como en este caso- a la expropiación.

No obstante, esto no significa que no se pudiera declarar, por alguna causa, la inconstitucionalidad pedida. Lo que no se podía hacer era buscar la aplicación automática del principio extraído del primer caso.

Si, por el contrario, tomamos algunas expresiones (*dicta*) vertidas en ese fallo, es evidente que ellas nos pueden ser útiles como base o sustento para proponer la inconstitucionalidad del artículo 44 citado. Nos serviríamos de ellas para fundamentar nuestra posición, fundamentación que siempre adquiere mayor seriedad o fuerza cuando se invocan dichos de la propia Corte. Pero en tales casos debemos estar alertas al tipo de argumentaciones de las que deseamos servirnos. Por ejemplo, si vemos que lo dicho por la Corte en materia de reparación integral, del equilibrio de valores y de su ruptura sustenta la posición que vamos a defender o justificar, debemos tomarlas con conciencia de que fueron expresadas “a mayor abundamiento”.⁷⁸ Cuando una argumentación o fundamentación es precedida de tal expresión, es candidata a ser tratada como *obiter*.

d) Distinción entre lo decidido y lo dicho en el precedente

La causa fue resuelta por mayoría. Los tres ministros nuevos (Aráoz de Lamadrid, Boffi Boggero y Oyhanarte) se inclinaron por la constitucionalidad de la norma. Los dos restantes (Orgaz y Villegas Basavilbaso) -que habían fallado “*Esquivillón*”- propusieron su inconstitucionalidad. Luego de referenciar los hechos del caso, dijo la mayoría:

“Que, como se desprende de lo expuesto, la cuestión debatida difiere sustancialmente de la que motivara el caso “*Matilde Leonie Juana Esquivillón de Igón y Elena Rita Igón de Almeyra v. Nación Argentina*” (Fallos: 238: 335) en que esta Corte intervino como tribunal de tercera instancia y *se redujo a pronunciarse sobre la inteligencia de los arts. 1º, 2º, 3º y 5º del decreto-ley 14.342/46, ratificado por la ley 12.922. Su decisión no fue más allá de este punto aunque haya formulado apreciaciones que lo excedieron*. En la presente causa, en cambio, corresponde resolver si el art. 44 de la precitada ley 5141, al disponer que las indemnizaciones percibidas en los juicios expropiatorios están sujetas a gravámenes, infringe o no la Ley Fundamental. El planteado en autos es pues un problema de estricto derecho constitucional y no de mero derecho tributario.”⁷⁹ (Énfasis agregado)

Como se ve, la mayoría distinguió el presente caso del invocado precedente. Para ello se valió de las herramientas que se anticiparon al comienzo de este

77. *Id.*, pág. 86.

78. Ver transcripción, *supra* nota 71.

79. *Id.*, pág. 82 (3er. considerando).

parágrafo.⁸⁰ El derrotero seguido por la mayoría estaba en línea con lo sostenido en “*Elortondo*” -a pesar de que no lo cita-, en el sentido que “las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan al juicio del tribunal para los casos futuros”.⁸¹ La minoría, por su parte, sostuvo lo siguiente:

“Por aplicación de análoga doctrina, esta Corte declaró recientemente que la indemnización a recibir por el expropiado no estaba sujeta al impuesto al mayor valor o a las ganancias eventuales (Fallos: 238: 335) y aunque tal decisión fue adoptada en oportunidad de un recurso ordinario de apelación e interpretando el decreto ley 14.342/46 (ley 12.922), *los fundamentos entonces expuestos tuvieron también en vista el aspecto constitucional*. Se dijo allí: ‘*El expropiado tiene derecho a una reparación integral, esto es, a un equilibrio de valores entre el valor del bien objeto de la expropiación y de los daños y perjuicios emergentes de las disposiciones y la indemnización. La ruptura de ese equilibrio en detrimento del expropiado significaría en algún modo entrar en el ámbito prohibido de la confiscación por parte del expropiante*’ (p. 351).⁸² Y ‘si la expropiación es un acto de imperio del Estado expropiante *no sería justo ni razonable* que el fisco se prevalga del ejercicio de esa potestad, extraña a la voluntad del expropiado, para cobrarle un impuesto que vendría a incidir sobre la indemnización que debe pagar al expropiado, mermada así en su provecho’ (p. 353 *in fine*).

Estos fundamentos son literal y sustancialmente aplicables a la situación de la presente causa en que, por un lado, aparece el Estado provincial como obligado a abonar, por sentencia firme, una determinada suma de dinero ... y, por otro, el mismo Estado disminuyendo su obligación pecuniaria en perjuicio del expropiado por la vía de un impuesto que se hace recaer sobre la indemnización en esta expresa calidad”.⁸³ (Énfasis agregado)

De esta transcripción surge con claridad cómo la minoría se aferra a los *obiter* del pronunciamiento anterior y los aplica en éste porque, según dice, tales “fundamentos son literal y sustancialmente aplicables a la presente causa”.

A mi modo de ver, no es dudoso que los fundamentos aludidos -algunos expresados “a mayor abundamiento”- podían ser aplicables al caso “*Degó*”. Pero tal posibilidad no surgía del hecho que eso se hubiera *decidido* en el precedente. Pues, creo también indudable que *lo decidido* en este último no consistía en el debate y declaración de inconstitucionalidad de la norma entonces cuestionada. Además, el decreto cuya inteligencia estaba controvertida en “*Esquivillón*” no decía textualmente -como sí establecía el artículo 44 de la ley provincial sub examine en “*Degó*”- que la indemnización expropiatoria estaba sujeta a todos los tributos vigentes.

Es evidente que los integrantes de la mayoría y de la minoría participaban de ideas antagónicas. Si ambos hubieran visto el problema conforme un ideario

80. Este principio fue luego reiterado en Fallos: 242: 280, 299 (1958), “Carlos Juan Madariaga Anchorena”, en los siguientes términos:

“Que con respecto al tercer agravio, sobre las consideraciones formuladas *obiter dictum* en Fallos: 238: 335, debe prevalecer *la decisión expresa* del precitado caso ‘Degó, Félix Antonio’, del 20-10-58.”

81. Fallos: 33: 162, 196 (1888), citado *supra* nota 56.

82. Esta proposición integra el párrafo expresado “a mayor abundamiento” y destacado *supra* nota 71.

83. *Id.*, pág. 89.

común, la solución habría sido la propuesta por los disidentes. Pero tal solución, a no dudarlo, no hubiera venido predeterminada por *lo decidido* en el precedente. Sino por su coincidencia con expresiones generales (*dicta*) vertidas en él.

Estos dos casos son ilustrativos, además, de la flexibilidad que posee todo sistema que tenga en cuenta lo decidido en casos anteriores, como aspecto diferente lo dicho en ellos. Los principios jurisprudenciales y los *obiter* se van moldeando y explicitando de caso en caso, según los hechos y circunstancias que los configuran. En ello, el tribunal que debe resolver el nuevo asunto juega un rol preponderante.

VII. EFECTOS DEL ABANDONO DEL PRECEDENTE

1. Introducción

De los casos analizados hasta aquí y de los demás mencionados en las notas de pie de página antecedentes, surge con bastante claridad que la Corte Suprema, de modo habitual, tiene en cuenta sus propios precedentes, se apoya en ellos para justificar sus sentencias, distingue o asimila las situaciones de hecho contenidas en ellos y, frecuentemente, deslinda lo resuelto en el o los antecedentes, de otras expresiones generales vertidas en ellos.

Ahora estudiaremos qué puede ocurrir cuando, ante un caso dado, el Tribunal decide apartarse de la jurisprudencia vigente hasta ese momento y cuáles son los efectos de ese apartamiento sobre los casos análogos subsiguientes. Este abandono o apartamiento de la jurisprudencia y su reemplazo por una nueva línea decisoria que generalmente posee un sentido opuesto a la anterior, es un fenómeno que se ha repetido con cierta frecuencia en los últimos años. Es difícil afirmar, fundadamente, si la Corte Suprema ha variado su jurisprudencia con mayor asiduidad en los últimos seis años que en períodos anteriores. En mi opinión, la razón fundamental a la que obedece esta dificultad estriba en que, en términos generales, los autores contemporáneos de trabajos de Derecho Constitucional realizan un seguimiento mucho mayor y mucho más preciso de la jurisprudencia de la Corte si se los compara con el que se ha hecho en períodos anteriores. Además, y debido a esa ausencia anterior, es muy difícil poder determinar seriamente qué ocurrió en el pasado. Debido a nuestra formación, era muy poco frecuente que se hiciera hincapié en el hecho del cambio de jurisprudencia y en su estudio sistemático. Por último, con apoyo en los frecuentes gobiernos de facto ocurridos a partir del año 1930 y los cambios de integrantes de la Corte Suprema de un solo golpe, podría especularse que este fenómeno de los cambios de jurisprudencia se ha repetido más de lo que generalmente se cree. Sin embargo -y a pesar de que participo de esta creencia-, considero que ella debería ser fundamentada en un estudio serio, profundo, completo y sistemático que, al día de hoy, hasta donde conozco, no se ha hecho. En el análisis que sigue no he pretendido llevar adelante esa tarea ni abarcar todos los matices que presenta este nuevo aspecto. Simplemente, como en los capítulos anteriores, me propongo resaltar algunos casos recientes en los que la Corte Suprema ha debido lidiar con este complejo problema.

2. El caso “Strada”

El 8 de abril de 1986, el Alto Tribunal dictó sentencia en la causa “Strada”.⁸⁴ Los antecedentes de la cuestión eran los siguientes: la Sala Primera de la Cámara de Paz Letrada de Rosario (provincia de Santa Fe), había modificado el fallo de primera instancia favorable a la demanda de desalojo promovida por Juan Luis Strada. Contra dicho pronunciamiento, éste dedujo, por un lado, recurso local de inconstitucionalidad y, por el otro, recurso extraordinario federal. La Cámara rechazó ambas apelaciones. En cuanto al extraordinario federal, ella basó su rechazo en que el tribunal superior de la causa, a los efectos de la interposición del recurso extraordinario, era la Suprema Corte provincial y no ella. Esto motivó que la actora acudiera a la Corte Suprema Nacional por recurso de hecho. Como consecuencia del rechazo del recurso local de inconstitucionalidad -cuya motivación no viene al caso-, la accionante acudió en queja ante la corte suprema provincial, tribunal este que, en definitiva, desestimó la queja. Contra este pronunciamiento, la actora también dedujo recurso extraordinario federal el que, denegado por la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe por considerar, entre otras razones, que los agravios expresados respecto de la sentencia de cámara podían encontrar adecuado remedio a través del recurso federal intentado respecto de esa decisión, motivó un nuevo recurso de hecho ante el Alto Tribunal Federal.

Hasta aquí, la apelante había seguido el camino más seguro que debía recorrerse en sede provincial para no perder el derecho de deducir apropiadamente el recurso extraordinario federal. El destino final de este periplo era, obviamente, acceder a la Corte Suprema Nacional. Para ello, el recurrente se había visto en la necesidad de deducir dos recursos de queja ante el tribunal federal. Como se infiere de lo expuesto, la cuestión central por la cual aquél se había visto en la necesidad de interponer esas dos presentaciones directas radicaba en cuál era el tribunal superior de la causa, a los efectos del artículo 14, primer párrafo, de la ley 48.⁸⁵ Si el recurso de inconstitucionalidad local era interpretado como incluyendo solamente determinadas cuestiones locales (y, consecuentemente, excluyendo las federales), el tribunal superior de la causa -a los efectos del extraordinario federal- era la Cámara de Apelaciones y no la Corte Suprema provincial.⁸⁶ Por su parte, la Corte Suprema Nacional entendía, generalmente, que en casos como el

84. “Juan Luis Strada v. Ocupantes del Perímetro Ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen”, Fallos: 308 (I): 490 (1986); E.D., 117-587; L.L., 1986-B, 474. El análisis que sigue, referido a los casos “Strada” y “Tellez”, es una versión abreviada y, en parte, corregida, del artículo publicado bajo el título: “Efectos ‘ex Nunc’ de un Cambio de Jurisprudencia: El Caso ‘María Esther Tellez c. Bagala S.A.’”, E.D., Tº 146, pág. 967 (1992).

85. Dice el primer párrafo del art. 14 de la ley 48:

“Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes”.

86. En los últimos años, la cuestión del “tribunal superior” había motivado algunos pronunciamientos del Alto Tribunal que generaron ciertas dudas. Para una reseña de la jurisprudencia clásica, ver: Imaz, Esteban y Rey, Ricardo E., *El Recurso Extraordinario*, 2ª ed. actualizada por Ricardo E. Rey y Lino E. Palacio, Nerva 1962, 216; para su evolución posterior y enfoque global del tema, ver la serie de artículos publicados por: Lugones, Narciso Juan y Dugo, Sergio O., op. cit. supra nota 4, “El recurso extraordinario entre la Constitución y la ley. Primeros resultados de un diálogo: tribunales de justicia y tribunales administrativos”, L.L. 1990-E, 688 y “Tribunales superiores de la causa en el ámbito provincial. (Bases para una conclusión todavía no alcanzada como segundo resultado de la interpretación dialógica)”, L.L.

presente el tribunal superior de la causa era la Cámara. Pero, si además del federal se había interpuesto recurso ante la Corte provincial, lo que la Corte Nacional solía hacer era suspender el trámite del remedio federal hasta tanto se expidiera el Superior Tribunal provincial.

El abogado del Sr. Strada había sido extremadamente previsor, puesto que, como vimos, había deducido recurso extraordinario tanto respecto de la sentencia de cámara cuanto de la del superior tribunal santafecino. Con este proceder, los intereses de su cliente habían quedado bien protegidos, fuera lo que en definitiva resolviese el Alto Tribunal.

A través de una extensa sentencia, la Corte Suprema Nacional resolvió que el tribunal superior de la causa, a los efectos del artículo 14 de la ley 48, “*es el órgano judicial erigido como supremo por la constitución de la provincia, salvo que sea incompetente en el caso, circunstancia que no podrá extraerse del carácter constitucional federal de la materia que aquél suscite*”.⁸⁷

Como consecuencia de la declaración precedente, la Corte Suprema hizo lugar a la queja deducida por “*Strada*” contra el pronunciamiento del Superior Tribunal de la provincia de Santa Fe y rechazó la que había sido introducida contra la sentencia de la Cámara. Por lo tanto y merced a la diligencia del abogado del Sr. Strada, la jurisprudencia sentada en su caso, si bien modificaba la vigente hasta entonces, no repercutía desfavorablemente en su situación a los efectos de la correcta interposición del recurso extraordinario ante el tribunal superior de la causa.

3. El caso “*Tellez*”

El 15 de abril de 1986, siete días después de haber decidido “*Strada*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en los autos “*María Esther Tellez v. Bagala S.A.*”⁸⁸

La situación procesal en el caso “*Tellez*”, también vinculada a la cuestión del tribunal superior, ofrecía un matiz diferente. En este caso el abogado de la actora, siguiendo la jurisprudencia de la Corte vigente a ese momento, había interpuesto recurso extraordinario contra la sentencia del Juzgado Laboral de Primera y Única instancia de la Provincia de Buenos Aires y no había deducido recurso alguno ante la Suprema Corte de esa provincia (ello así en tanto, en el orden local, se consideraba que tal vía no era procedente). Dicho recurso, a diferencia de los deducidos en el supuesto anterior, había sido concedido.

Si la Corte aplicaba lisa y llanamente en “*Tellez*” los nuevos principios establecidos siete días antes en “*Strada*”, el recurso deducido en el primer caso debía ser declarado improcedente. Ello así en tanto el remedio federal intentado en “*Tellez*” -deducido contra la sentencia definitiva dictada por el juzgado laboral de primera y única instancia- se ajustaba, precisamente, a los principios jurisdiccionales dejados de lado en “*Strada*”. Sin embargo, la Corte no resolvió eso.

1991-A, 699; Morales Bustamante, María, “El Superior Tribunal de Provincia en la Corte Actual”, J.A., 1989-IV-1039; Vanossi, Jorge Reynaldo, *Recurso Extradinario Federal. Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ed. Universidad 1984, 276.

87. Fallos: 308 (I): 490, 510, consid. 10. Este precedente debe ser complementado con “*Di Mascio*”, del 1º de diciembre de 1988, J.A., 1988-IV, 682; L.L. 1989-B, 417.

88. Fallos: 308: 552 (1986).

El Tribunal decidió que “*las nuevas pautas jurisprudenciales contenidas in re: “Strada”, sólo habrán de ser puestas en juego respecto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese precedente*”.

Es decir que la Corte Suprema decidió no aplicar, en el caso, la nueva regla jurisprudencial que había inaugurado siete días antes. Además, anunció, con carácter general, que las “nuevas pautas jurisprudenciales” emergentes de ese fallo (vgr., “*Strada*”) serían aplicadas a todos aquellos casos en los cuales la sentencia apelada hubiera sido notificada con posterioridad a la fecha del fallo recaído en “*Strada*” (8 de abril de 1986).

El principio jurisprudencial, o regla general, establecido en la sentencia bajo comentario fue, sin duda, novedoso para el derecho judicial constitucional argentino. Más enfáticamente, puede afirmarse que la regla sentada en “*Tellez*” modifica la mecánica tradicional o clásica relacionada con los cambios de jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional.⁸⁹

4. Exposición y análisis de los fundamentos de la decisión

a) Exposición.

Según expresó la Corte, la doctrina enunciada en la sentencia dictada en el caso “*Strada*” “*no es aplicable en el sub examine*”, y, refiriéndose a aquélla, aclaró que “*tendió al afianzamiento de la seguridad jurídica, y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales*”.⁹⁰ Continuó diciendo el Alto Tribunal:

“Empero, no escapa al juicio del Tribunal, que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios asentados, ha de ser presidida con una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance.

En mérito de ello, es necesario fijar la “línea divisoria” que bosquejaba Benjamín N. Cardozo, para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, de utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia (Cardozo, Benjamin N., *The nature of the judicial process*, Universidad de Yale, 1937, p. 148 y sig.).

Tal necesidad entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar (Roubier, Paul, *Les conflits des lois dans le temps*, Recueil Sirey, Paris 1929, 1, pp. 27 y 28).

En este sentido se exhiben como puntos de referencia orientadores, las reflexiones formuladas por la Corte Suprema en casos vinculados con el tema en estudio.

El seguimiento de ellas conduce a afirmar, primeramente, que no puede soslayarse la situación a la que se verían reducidos los litigantes que apelaron por el art. 14 cit. con anterioridad a que se consagrara la doctrina del caso “*Strada*”, y a quienes, la actuación de ésta llevaría a verse impedidos de obtener la revisión de sentencias que, a su entender, irrogan agravios de naturaleza constitucional.

89. Sobre el caso “*Tellez*” puede consultarse: Martínez Ruiz, Roberto, “Jurisprudencia Jurídica”, *L.L.*, 1986-C, 167. Una mención al caso “*Tellez*” también fue hecha por Lugones, Narciso J. y Dugo, Sergio O., “Tribunal superior de la causa. Hacia una interpretación literal de su regulación legal (Artículos 14 de la ley 48 y 6° de la ley 4055)”, *L.L.*, 1991-C, 639, 658 nota 74; y Morello, Augusto M., “Posiciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (II). Perpetuación de la doctrina Strada-Di Mascio acerca del superior tribunal de la causa”, *J.A.*, 1990 -IV-, 61, nota 4.

90. Fallos: 308 (I): 552, 555, considerando 2°.

En efecto, la aplicación inmediata de dicha doctrina impediría la apertura de la instancia extraordinaria, en un momento en que el acceso ante los tribunales provinciales se encontraría clausurado por preclusión de la etapa pertinente.”

Acto seguido, la Corte apoya su conducta en la cita de dos casos:

“El descripto *mutatis mutandi*, no es un supuesto ajeno al examinado en el pronunciamiento que se registra en Fallos: 281: 95, según el cual no cabía reconocer carácter operativo a la ley 18.499, pues, de lo contrario, se hubiese producido la pérdida de la vía de impugnación ya empleada y que esa norma sustituía por otra, cuando tampoco era factible la utilización de la instituida por ésta.

De tal suerte es apropiado, en segundo término, reiterar el rumbo trazado por el Tribunal, de acuerdo con el cual, dada la naturaleza de la materia de que se trata, la autoridad institucional del precedente ‘Strada’, deberá comenzar a regir para el futuro (Fallos: 293: 531, considerando 9º).”

b) Análisis de las autoridades citadas en apoyo del nuevo rumbo

Como sostuvimos al inicio, el principio establecido por la Corte Suprema, relativo a los efectos *ex nunc* de las reglas contenidas en un precedente que cambia la jurisprudencia vigente a ese momento, es novedoso. Prueba de ello es que el Alto Tribunal debió acudir a la cita de dos autores extranjeros, de la cual la única realmente relevante es la de Cardozo, y (“*mutatis mutandi*”) a dos fallos, de los cuales sólo uno guarda cierto parecido (pero, a la postre es diferente) con el supuesto jurisprudencial *sub examine*.⁹¹

En efecto, en cuanto a los precedentes, en “Spika v. M.C.B.A.”,⁹² caso que había llegado a la Corte como conflicto de competencia, se discutió el momento a partir del cual debía considerarse que la ley 18.499 había entrado en vigencia. Dicha ley había modificado la competencia y el régimen aplicable a la impugnación judicial de los actos del Intendente de la Capital Federal en materia previsional. Si se juzgaba que la nueva ley era inmediatamente operativa, la demanda en sede

91. Sobre fines de la década del cuarenta, la Corte Suprema resolvió una serie de casos que se relacionan de modo directo con el tema bajo análisis. En esos casos la Corte Suprema resolvió que los acuerdos arribados extra-judicialmente, que se ajustaban a la interpretación judicial de las leyes aplicables, eran inmodificables posteriormente, aun cuando la interpretación judicial de iguales leyes hubiera cambiado y a pesar de que se trataba de leyes de orden público. (Ver, Fallos: 211: 1278 [1948], “Victorio Guarducci v. Instituto Biológico Argentino S.A.”, L.L. 51, pág. 186 y Fallos: 213: 34 [1949], “Luis Pesci v. The Patent Knitting Co. S.A.”, L.L. 54, pág. 351). Estos y otros fallos subsiguientes, de la Corte y de tribunales inferiores, dieron ocasión a una olvidada pero brillante serie de artículos y polémicas entre diversos autores y notables sentencias de Cámaras de Apelaciones. Al respecto, ver Martínez Ruiz, Roberto, “Amparo Constitucional del Efecto Liberatorio del Pago. Función de la jurisprudencia como fuente del derecho positivo”, L.L. 51, pág. 186 (1949); Rayces, Federico, “La Jurisprudencia Plenaria: Esfera de su Obligatoriedad. Efectos en el Tiempo”, J.A. 1943-IV, pág. 501 y “Otra Vez sobre los Efectos de los Cambios de Jurisprudencia con Relación a los Actos Cumplidos en el Interin”, J.A. 1952-I, pág. 257; E.F.G., “Efectos de los Cambios de Jurisprudencia sobre las Obligaciones Derivadas de Relaciones Laborales”, L.L. 57, pág. 335 (1950); Imaz, Esteban, *Esencia de la Cosa Juzgada y otros ensayos*, Ed. Arayú 1954, Cap. VI; Dassen, Julio, “Alcance de los Fallos Plenarios”, J.A. 1946-III, pág. 333. Ninguno de estos antecedentes, a pesar de que algunos de ellos emanaban de la propia Corte Suprema, fueron mencionados por ésta en la decisión recaída en el caso “Tellez”. Ellos parecen haber sido olvidado por el Alto Tribunal e inclusive, por el propio Martínez Ruiz, quien, en su comentario a “Tellez”, no los cita.

92. Fallos: 281: 95 (1971).

civil deducida por Spika debía ser rechazada, porque el nuevo régimen había reemplazado la demanda civil por un recurso ante la Cámara de Apelaciones del Trabajo. Pero rechazar la demanda también hubiera implicado la pérdida de la nueva vía recursiva, dado que a ese momento había vencido el plazo para ejercer ese derecho ante la Cámara del Trabajo. La Corte, por remisión a los fundamentos del dictamen del Procurador General, declaró que no era aplicable al caso la ley 18.499.

En “*Ferrum v. C.A.P.E.A.*”,⁹³ la Corte entendía en la causa por segunda vez. En su primera sentencia,⁹⁴ dictada por los jueces nombrados por un gobierno de facto anterior, el Alto Tribunal había resuelto en favor del recurrente en función de una interpretación del artículo 167 del Código Procesal. Cuando el expediente volvió a la Cámara Federal para dictar nuevo pronunciamiento pero antes de que ello ocurriera, la Corte, compuesta por nuevos Ministros, decidió, en otra causa, cambiar la interpretación vigente de la norma procesal citada. La Cámara, al fallar nuevamente “*Ferrum*”, aplicó el nuevo criterio jurisprudencial (lo que implicaba prescindir del fallo de la Corte que había dispuesto, precisamente, que se dictara un nuevo pronunciamiento), volvió a rechazar la pretensión del recurrente y éste volvió a apelar al Alto Tribunal. En el considerando 6º, la Corte sostuvo criteriosamente que “*en virtud de los principios de preclusión y cosa juzgada es inadmisibile que se modifique una decisión judicial firme en virtud de un cambio de jurisprudencia posterior, aun cuando provenga de esta misma Corte, siendo por otra parte irrelevante alegar el origen de la composición del Tribunal cuando se dictó el fallo, pues el advenimiento de un régimen de derecho debe desecharse como fundamento de la prescindencia del valor definitivo de las sentencias firmes*”. Esta porción, a mi modo de ver, constituye la *ratio decidendi* del caso. El presente caso era un supuesto que involucraba, fundamentalmente, el principio de la cosa juzgada. Y, en este sentido, se distanciaba del caso “*Tellez*” donde, obviamente, no estaba en juego aquel principio. Si bien es cierto que en el considerando 9º de “*Ferrum*”, que es el citado por la Corte en “*Tellez*”, se sostiene que “*la autoridad institucional del precedente (Fallos: 9: 53; 183: 409; 192: 414) por la naturaleza de la materia de que trata, comienza a regir para el futuro*”, dicha afirmación no guarda relación alguna con los tres precedentes que allí se citan. Es más, en los dos últimos casos (Fallos: 183: 409 y 192: 414) la Corte había aplicado retroactivamente la nueva jurisprudencia.⁹⁵

En cuanto a las páginas citadas de Roubier, ellas se ocupan de la problemática del cambio de jurisprudencia y de la retroactividad de los nuevos principios en los Estados Unidos, pero haciendo la salvedad de que ello no era posible en Francia, donde no existe la doctrina del precedente.⁹⁶

Queda, por último, hacer mención a la referencia al ex Juez de la Corte Suprema norteamericana.

En 1921, Benjamin Cardozo pronunció una influyente serie de conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. A pesar de su extensión, me ha parecido apropiado recurrir a sus palabras:

93. Fallos: 293: 531 (1975).

94. Fallos: 285: 358 (1973).

95. El caso citado por Martínez Ruiz, op. cit. supra nota 89, págs. 171/172, “*de la Fuente v. FF.CC. del Estado*”, Fallos: 181: 138 (1938); L.L., t. 11, p. 228, aun cuando era un conflicto de competencia, guarda mayor relación con el tema en debate que los dos anteriores.

96. Roubier, Pual, *Les Conflits des Lois dans le Temps*, Recueil Sirey, 1929, 1, págs. 26-28.

“Digo, en consecuencia, que en la gran mayoría de los casos el efecto retrospectivo del Derecho Judicial (judge-made law) se siente porque no contiene ninguna injusticia, o porque contiene solamente aquellas injusticias que son inevitables cuando no hay ninguna norma establecida. Pienso que es importante observar que cuando se tiene la sensación de que la injusticia es demasiado grande, o innecesaria, ese efecto retrospectivo se detiene. Tomen los casos en que un tribunal de última instancia ha declarado nula una ley, y luego, volviendo sobre sus pasos, declara que esa ley es válida. Las transacciones realizadas en el tiempo que ha mediado entre ambas sentencias han sido regidas por la primera de ellas. ¿Qué se dirá sobre la validez de tales transacciones cuando la sentencia es derogada? Casi todos los tribunales, en una actitud realista, han sostenido que la vigencia de la ley ha sido suspendida en el intervalo. Puede resultar difícil conciliar tal manera de normar, con dogmas y definiciones abstractos. Cuando todo lo demás que hace un tribunal lo hace con efecto retroactivo, ¿porqué trazar la línea aquí? La respuesta es, según pienso, que la línea se traza aquí porque la injusticia y opresión que nacerían de rehusar trazarla, serían tan grandes que resultarían intolerables. Nosotros no vamos a socorrer al hombre que se ha confiado a la sentencia de algún tribunal inferior. En su caso la posibilidad de error es sentida como un riesgo normal en el juego de la vida, no diferente en grado, del riesgo de cualquier otro error en la concepción de los derechos o deberes. Él sabe que ha corrido un riesgo que la cautela podría haber aconsejado evitar. Se tiene la sensación de que la sentencia de un tribunal de última instancia se apoya en bases diferentes. No estoy seguro de que se pueda establecer ninguna distinción acertada entre el cambio de jurisprudencia con respecto al sentido o vigencia de una ley, o aun con respecto al sentido o vigencia del common law. No voy a hacer la tentativa de afirmar dónde se va a ubicar algún día la línea divisoria. Estoy seguro, sin embargo, que su ubicación, donde quiera que llegue a estar, va a ser regida, no por concepciones metafísicas sobre la naturaleza del Derecho Judicial ni por un fetiche o dogma inflexible: tal como el de la división de los poderes gubernamentales, sino por consideraciones de conveniencia, de utilidad y de los más profundos sentimientos de justicia.”⁹⁷

La preocupación de Cardozo era reflejo no sólo de su punto de vista.⁹⁸ Varios autores ya habían manifestado su opinión sobre el punto y existían

97. Cardozo, Benjamin N., *La Naturaleza de la Función Judicial*, traducido por Eduardo Ponssa, ed. Arayú 1955, págs. 119-121.

98. Cuenta Beryl Harold Levy que el “*interés recurrente de Cardozo sobre este problema puede ser explicado probablemente (según como me ha sugerido Edmond Cahn) por la injusticia que sufrió cuando era estudiante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia. Luego de haberse embarcado en los estudios de la carrera de abogacía conforme el plan vigente en ese momento que era de dos años, las autoridades decidieron que los requisitos debían ser extendidos a tres años de cursos. Cardozo no se sometería al nuevo régimen -y jamás obtuvo su título de abogado!*” (“*Realist jurisprudence and prospective overruling*”, *109 University of Pennsylvania Law Review* 1, 10 (1960), nota 31). Esta afirmación acerca de la no graduación de Cardozo contrasta con otra afirmación, pero de sentido exactamente opuesto, de Carlos Cossio, quien afirma que el nombrado se graduó en la Universidad de Columbia (ver op. cit. supra nota 14, xiv). E. Allan Farnsworth también afirma que Cardozo se graduó en Columbia (ver *An Introduction to the Legal System of the United States*, ed. Oceana Publications, inc., 2ª edición 1983, 46, nota 14). Tal contradicción me llevó a averiguar si Cardozo, finalmente, se había graduado o no. Autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia me confirmaron que, efectivamente, nunca se había graduado.

sentencias de superiores tribunales estatales y de la propia Corte Suprema que se habían referido al tema.⁹⁹ Sin embargo, en el orden federal y a pesar de algunas esporádicas alusiones previas, estas ideas recién comenzaron a afincarse tiempo después, tarea a la que no fue ajena el propio Cardozo.¹⁰⁰

a) Las razones dadas por la Corte Suprema

Al margen de las citas recién comentadas, el Alto Tribunal ofreció como razón explícita de su proceder, que “*la aplicación inmediata de dicha doctrina impediría la apertura de la instancia extraordinaria, en un momento que el acceso ante los tribunales provinciales se encontraría clausurado por preclusión de la etapa pertinente*”.¹⁰¹ Esta aparece como la razón decisiva que inclina a la Corte a no aplicar la doctrina del precedente “*Strada*” en el presente caso.¹⁰²

El argumento expuesto, pese a su simpleza descriptiva, presenta algunas complicaciones.

Veamos, por ejemplo, lo que la Corte no dijo. La Corte no dijo explícitamente que la aplicación inmediata de su nueva doctrina colocaría al recurrente en estado de indefensión (artículo 18 de la Constitución Nacional), al resolver su caso en función del principio jurisprudencial contrario al que estaba vigente al momento de apelar.¹⁰³ Tampoco expresa que el recurrente tendría un derecho adquirido (artículo 17, *idem*) a apelar extraordinariamente contra la sentencia del tribunal de primera y única instancia impugnada, derecho que se apoyaba en el régimen anterior. Ni mención se hace al debido proceso (doctrina de los artículos 17, 18, 28 y 33, *idem*) o a la igualdad ante la ley (artículo 16, *idem*). Consecuentemente no puede sostenerse que la nueva doctrina, a la luz de esta sentencia de la Corte, tenga fundamento directo y explícito en la Ley Fundamental.

Sin embargo parece incontrovertible el estado de manifiesta indefensión (aun cuando no se la haya considerado explícitamente con base en la

99. Ver los casos jurisprudenciales y los trabajos de Canfield, Freeman y Wigmore citados por Beryl, op. cit. supra, nota 10. El propio Cardozo, en el párrafo transcrito, p. 120, citaba a Wigmore y a Freeman.

100. En *Great No. Ry. v. Sunburst Oil & Ref. Co.*, 287 U.S. 358 (1932) El juez Cardozo redactó la opinión unánime de la Corte Suprema, a través de la cual se convalidó una decisión estatal por la cual, si bien se resolvía ese caso conforme la jurisprudencia vigente hasta ese momento, al mismo tiempo se anunciaba que esos principios serían dejados de lado en lo sucesivo. Esta decisión del tribunal estatal es similar a la adoptada por la Corte argentina en “*Tellez*”.

101. Este problema fue advertido por Morello, en oportunidad de comentar “*Strada*” y cuando, aparentemente, aun no tenía conocimiento de la decisión en el caso “*Tellez*”. Ver Morello, Augusto M., “El fin de una incertidumbre: cuál es el tribunal superior de la causa”, en *J.A.*, 1986 -II-, 106, 107.

102. El caso “*Tellez*” sirve también como testimonio de que, en algunos casos, la Corte se ha sentido obligada por la doctrina que emana de sus propios precedentes. Obligación que la lleva a justificar aquellos supuestos en los que considera plausible hacer una excepción. Sobre el punto del la obligatoriedad de los precedentes de la Corte puede consultarse: Garay, Alberto F., “La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso “Montalvo””, *J.A.*, 1991-II-870.

103. En opinión de Martínez Ruiz, el criterio adoptado por la Corte persigue “*dejar incólume la garantía constitucional de defensa*”. Op. cit. supra nota 89, p. 171, 170 y 172. Este fue el sustento que, en casos posteriores, la Corte Suprema hizo explícito.

Constitución) en el que la Corte habría colocado al recurrente, en el caso que hubiera aplicado de modo inmediato su nueva regla. Tan incuestionable era ello, como que la descripción que el Alto Tribunal hace de la situación del apelante parece definir, precisamente, un supuesto de indefensión. En el caso y a estar a los dichos del Tribunal, el apelante no podía prever, razonablemente, que la Corte iba a cambiar su jurisprudencia, de modo de poder ajustar de antemano su conducta a dicho evento.¹⁰⁴ Si a lo dicho añadimos que el Tribunal, expresamente, aludió a su tarea interpretativa como estando presidida por una especial prudencia a fin de que los logros propuestos en “*Strada*” no se vean malogrados, vgr., “*afianzamiento de la seguridad jurídica*” y “*evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales*”,¹⁰⁵ podría ser válido argumentar que, implícitamente, la Corte Suprema asentó su decisión en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Esta ausencia de explicitación del fundamento normativo concreto es uno de los aspectos más destacables de la sentencia bajo análisis. La Corte parece haber sido consciente de que ingresaba en una zona conflictiva e inexplorada del derecho judicial constitucional argentino. Apoyar en una cláusula expresa de la Constitución su decisión de reconocerle efecto prospectivo a lo resuelto en “*Strada*” era prematuro e innecesario. Decidirse por la retroactividad o por la prospectividad era una opción que podía ser resuelta a través de un juicio estimativo que balanceara los pros y los contras de una y otra solución. El Alto Tribunal optó por esta vía. Evaluó el propósito perseguido por la nueva jurisprudencia, el impacto que su aplicación automática podía producir sobre las apelaciones deducidas al amparo de la jurisprudencia anterior, y consultó su jurisprudencia en punto a casos que consideró que guardaban algún parecido. El balance final resultó, en el caso, favorable al efecto prospectivo. La sentencia se redactó en términos tales que señalan el camino sin delinear con precisión sus contornos. Fue una decisión prudente y, si se me permite el giro, con arte. El arte que es necesario para crear un remedio adecuado a las circunstancias del caso y, al mismo tiempo, justificar esa decisión con prudente firmeza y fuerza de convicción.

b) Contexto y características de las normas creadas por la Corte

Como destaca Martínez Ruiz,¹⁰⁶ en el presente caso, la Corte Suprema ha creado una norma. O, más precisamente, ha creado dos normas. Ninguna ley (en sentido estricto) establece (a) el efecto prospectivo de los precedentes de la Corte que modifican la jurisprudencia vigente hasta entonces, ni tampoco (b) admitida la prospectividad, el momento a partir del cuál dichos principios cobrarán operatividad. Ninguna ley dispone tampoco, y dicho sea de paso para quienes creen que los jueces ni crean ni deben crear normas (posición que, en términos generales, no comparto por considerarla equivocada -en sentido descriptivo y prescriptivo-, pero en cuyo debate no ingresaré aquí),

104. Este párrafo presupone que en la contestación del traslado del recurso extraordinario deducido por la Sra. de Tellez, la contraria no defendió la tesis que la Corte había implementado en el caso “*Strada*”.

105. Fallos: 308 (I): 552, 555, considerando 2º, segundo párrafo.

106. Op. cit. supra nota 89, págs. 167-168, 172.

que las reglas y principios que emanan de un precedente deben aplicarse siempre retroactivamente.¹⁰⁷ Esta ha sido y es, sin duda, la práctica judicial tradicional. Pero nada clausura la posibilidad de que, en ciertos casos, esa práctica tradicional pueda cambiar justificadamente.

Consecuentemente y dado que se trata del primer caso expreso sobre el punto, conforme hemos visto en capítulos anteriores, conviene atenerse al contexto dentro del cual se operó.

c) Ley Federal y recaudo jurisdiccional

En primer término, dicho acto de creación normativa ha tenido lugar en ocasión de interpretarse los alcances de una ley federal, estatuto este que regula su jurisdicción y competencia: el párrafo primero del artículo 14 de la ley 48.

Destacar este aspecto, en apariencia trivial, responde a un propósito clave tratándose de la interpretación de una sentencia de la Corte Suprema. Como hemos visto a lo largo de estas páginas, sea por formación o por deformación, muchos de nosotros nos sentiríamos inclinados a no reconocerle relevancia al distinguido efectuado precedentemente. Probablemente podríamos caer en el error de no advertir *ab initio* que existen ingentes pautas jurisprudenciales interpretativas de las normas, según sea la materia que traten (constitucional, laboral, impositiva, civil y comercial, administrativa, etc.) y la jerarquía que ocupen dentro del ordenamiento jurídico (constitución, ley federal, nacional o provincial, decreto, ordenanza municipal, derecho judicial, etc.). Más de uno podría tomar este antecedente “al bulto” o “al por mayor” y pretender (defensiva u ofensivamente) que los principios que de él emanan son aplicables, sin más, a todo caso en el cual la Corte cambie su jurisprudencia referida a todo tipo de normas y materias.¹⁰⁸

Tal proceder, en mi opinión, sería erróneo por una razón muy simple: nada de lo expresado en la sentencia bajo análisis -a la luz de las circunstancias

107. Sobre el debate acerca de si los jueces crean o no derecho, la polémica Soler-Carrió adquiere la talla de un clásico. Ver Carrió, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tercera ed. aumentada 1985, pag. 105-115, 133-168; ver también la posición de Martínez Ruiz y bibliografía citada, op. cit. supra nota 89.

108. Esta visión desaprensiva nos es bastante familiar. Hace ya varios años fue destacada por Genaro R. Carrió, en “‘La interpretación de la ley’ como tópico de la teoría general del derecho”, *Separata de la Revista Jurídica JUS N° 15*, 35 (1970).

La advertencia del texto principal se ajusta a lo decidido años después de “*Tellez*”, en la causa “Juan C. Albornoz”, Fallos: 315 (I): 276 (1992), L.L. 1992-E, 98. En dicha causa, el imputado había sido sorprendido por la Policía en posesión de escasa cantidad de clorhidrato de cocaína. Al momento de la detención la jurisprudencia de la Corte consideraba, por aplicación de los principios que emanaban del precedente “*Bazterrica*” y su progenie (analizados en el Capítulo anterior), que la sanción de la tenencia de droga para consumo personal era inconstitucional. Albornoz fue absuelto en primera instancia. Cuando el asunto llegó a la Cámara, la Corte había abandonado la jurisprudencia mencionada, a partir del caso “*Montalvo*” (Fallos: 313: 1333 [1990]; L.L. 1991-C, pág. 80). No obstante, la Cámara volvió a dictar sentencia absolutoria, con fundamento en la jurisprudencia sentada a partir del caso “*Bazterrica*” y asimilándola a la noción de ley más benigna. Llegado el caso a la Corte, ésta, por mayoría, decidió condenar a Montalvo, prescindiendo del análisis que se había efectuado en “*Tellez*”, a pesar de que ese y otro caso fueron invocados expresamente por la disidencia. Ver: GARAY, Alberto F., “Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la aplicación retroactiva de los nuevos criterios en materia penal”, L.L. 1993-A, pág. 786.

del caso- hace suponer que la Corte Suprema haya tenido en mira cubrir semejante generalidad. Esta conclusión, obviamente, no conduce a rechazar un planteo similar de prospectividad pero referido a otra jerarquía normativa y a otra materia. Pero, si eso es lo que se busca o postula, pues entonces habrá que justificar que una determinada situación -aun cuando en el caso contenga hechos diferentes- merece análoga solución.

En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, cuadra destacar que ello ha ocurrido respecto de un requisito jurisdiccional, vgr.: la determinación del tribunal superior de la causa, a los efectos de la interposición del recurso extraordinario federal. Desde este punto de vista, lo decidido por la Corte también adquiere relevancia, porque la regla general jurisprudencial en materia de cambios legales sobre la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, salvo disposición expresa en contrario, ha sido la aplicación inmediata de las nuevas normas.¹⁰⁹

d) Propósito perseguido por la nueva jurisprudencia y su impacto sobre las apelaciones ya deducidas. Retroactividad en “Strada” y prospectividad en los casos siguientes

Si se vuelve al caso “*Strada*” se recordará que la Corte estableció que el tribunal superior de la causa era, en el caso, la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe. Además, y en consonancia con lo anterior, resolvió dejar sin efecto el pronunciamiento emitido por ésta, a la que le devolvió la causa para que dictara uno nuevo.

El relato precedente pone de manifiesto otro de los aspectos conflictivos de esta temática. La Corte Suprema, en el caso “*Strada*”, sí aplicó la nueva doctrina, la misma que luego no aplicaría en “*Tellez*” ni en aquellas causas notificadas con anterioridad a la fecha del caso “*Strada*”.

Este proceder, a primera vista incongruente, no es explícitamente justificado ni en “*Strada*” ni en “*Tellez*”. Más concretamente, la Corte no explicó porqué en el caso “*Strada*” aplicó la nueva regla.

Una primer justificación puede ser la siguiente. La Corte advirtió que, aplicando en “*Strada*” la nueva jurisprudencia -es decir, reconociéndole a ésta su tradicional carácter retroactivo-, no comprometía el derecho de defensa del apelante. En efecto, como el recurrente había deducido recurso extraordinario federal contra la sentencia de cámara y la de la suprema corte de la provincia, fuera cual fuese el concepto de tribunal superior de la causa que se empleara, alguno de sus recursos siempre iba a ser considerado correctamente interpuesto. En consecuencia, aunque en su caso se aplicara la nueva regla jurisprudencial, no se le privaba a Strada de acceder a la última instancia federal. Además, tal línea argumental sería congruente tanto con el propósito perseguido -vgr., afianzamiento de la seguridad jurídica y evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales-, cuanto con la razón central esgrimida por el Alto Tribunal en “*Tellez*”, desde que -a la inversa de lo que ocurría en este último supuesto- la aplicación inmediata de

109. Excepción a esta regla la constituyó, por ejemplo, el caso de Fallos: 281:95 (1971), citado en la nota 92.

dicha doctrina no impedía la apertura de la instancia extraordinaria. Por último, esta hipótesis, en el caso, tampoco tenía efectos nocivos ni perjudiciales para la contraria. En conclusión, “*Strada*” presentaba el caso ideal para cambiar de jurisprudencia y aplicar los nuevos principios sin perjudicar al apelante.

No obstante lo expuesto, el razonamiento antecedente debe ser recibido con ciertas prevenciones. No debe olvidarse que esa línea argumental sólo contempla el asunto desde la perspectiva del recurrente y, en algunos casos, igual posición podría comprometer el derecho de la parte contraria. Obsérvese que la Corte no menciona, por ejemplo, si al contestarse el traslado del recurso extraordinario, la recurrida hizo alguna referencia sobre el particular. En el caso, es válido presuponer el silencio de la demandada sobre el punto, pues, si se hubiera verificado el caso opuesto, el auto del juez provincial que concedió el extraordinario algo hubiera expresado. Pero en tren de hipótesis no podríamos afirmar que uno y otro caso merecen, con igual fundamento, la misma solución.

e) Carácter sorpresivo del cambio jurisprudencial

El carácter “sorpresivo” del cambio jurisprudencial operado en el caso “*Strada*” merece un lugar destacado. En efecto, la doctrina sentada a partir de ese caso no fue consecuencia de un desarrollo jurisprudencial previo que, caso a caso, hubiera ido erosionando el principio general en cuanto a cuál era el tribunal superior de la causa y que sugiriera un previsible cambio de rumbo. Si bien habían existido algunos casos fronterizos,¹¹⁰ la regla general había permanecido inalterada durante más de cincuenta años y, además, representaba la jurisprudencia clásica del Alto Tribunal sobre el punto. Ante tal estado de cosas, es evidente que el giro jurisprudencial operado era sorpresivo.

Por otra parte, este cambio parece haber sido facilitado, entre otras circunstancias, por dos hechos que -si bien trascendentes- no debilitan la cualidad sorpresiva mentada.

El primero consistió en que con el advenimiento de la democracia constitucional en diciembre de 1983, la Corte Suprema pasó a estar integrada por cinco nuevos Ministros. Aun cuando a mi modo de ver no puede seriamente sostenerse que los nuevos magistrados deben sentirse obligados por los precedentes “constitucionales” y “federales” de una Corte Suprema integrada por jueces nombrados por un gobierno de facto, tampoco podría defenderse fundadamente que toda la jurisprudencia “constitucional” y “federal” elaborada durante los períodos de facto está sujeta -por esa única causa- a revisión. En un país donde los gobiernos de facto se transformaron -a despecho de la Constitución- en un mecanismo frecuente de alternancia en el gobierno, proponer la solución sugerida en último término sería algo así como sumirnos en un tembladeral jurídico-institucional. Además, y referido exclusivamente al caso que nos ocupa, la jurisprudencia dejada de lado no había sido establecida en el período cortesano inmediatamente anterior sino que, como quedó dicho, tenía más de cincuenta años de vigencia.

110. Esos casos son destacados por Lugones y Dugo, op. cit. *supra* nota 89, pág. 649-652.

El segundo hecho está constituido por la recarga de tareas por la que atravesaba la Corte y que esta jurisprudencia agravaba.¹¹¹ Como el lector ya habrá imaginado, más allá de la inadmisibilidad sustancial de este argumento, él tampoco serviría para minar la cualidad sorpresiva a que se ha hecho alusión más arriba.

f) Sobre el trazado de la línea divisoria

La Corte hizo suya la preocupación de Cardozo acerca de dónde trazar la línea divisoria que separara la vigencia de la vieja y la nueva jurisprudencia. Dicha tarea, conforme se sostuvo explícitamente, iba a estar apoyada en “razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia”. Estaba en la necesidad de determinar a partir de qué momento operarían los nuevos cambios y resolvió, como surge del párrafo transcrito precedentemente, que los principios establecidos en la causa “*Strada*” se aplicarían a las apelaciones extraordinarias notificadas con posterioridad al 8 de julio de 1986, fecha de ese pronunciamiento.

Al fijar esa fecha como la de entrada en vigencia de las nuevas pautas en cuanto a cuál era el tribunal superior ante el cual debía deducirse la apelación extraordinaria, la Corte “protegió” a los recursos basados en la jurisprudencia anterior. Pero, en realidad, no protegió a *todos* los recursos. La determinación de ese momento reconoce como antecedente el que es el del fallo donde se estableció la nueva interpretación legal. En este sentido, su elección no es caprichosa. Sin embargo, el que no sea caprichosa no hace desaparecer cierta arbitrariedad -en tanto adopción de una solución con preferencia a otra- en su elección. Si bien esa decisión favorecería (como, por otra parte, favoreció) a gran cantidad de apelantes, dejó desprotegidos a otros: todos aquellos que, por ejemplo, ignoraban esa sentencia porque no se publicó en las revistas especializadas sino hasta tiempo después, y que dedujeron sus apelaciones siguiendo los dictados de la jurisprudencia anterior. Esta inadvertencia, producto no necesariamente de la negligencia profesional, sino fundamentalmente de la imprevisión del sistema, tendría por consecuencia la improcedencia formal de esos recursos.¹¹² Por último, la elección de esa fecha y no otra posterior (como pudo haber sido la de la de notificación de las partes,

111. Ver, Lugones y Dugo, op. cit. *supra* nota 89, pág. 658 (“Con la sentencia dictada en el caso “*Strada*” comienza un verdadero programa jurisprudencial de racionalización de la competencia de la Corte ... Tal proceso, ...presentaría indudables ventajas. Por un lado, liberaría a la Corte Suprema de la Nación de un elevado número de causas de escaso interés institucional que obstruyen su adecuado funcionamiento”). En idéntico sentido, ver Fasciolo, Néstor A. y Lugones, Narciso J., “Interrogantes derivados del concepto actual de “tribunal superior” en el recurso extraordinario”, *E.D.*, 125-980, 984 (1988).

112. Hasta donde este autor conoce, no existe en nuestro medio una publicación que dé cuenta con celeridad de las decisiones de la Corte Suprema. En los últimos años ha existido mayor preocupación por parte del periodismo respecto de los fallos del Alto Tribunal. Pero -a nivel federal- no hay ningún medio gráfico que publique las sentencias dentro de un plazo perentorio. En Estados Unidos se cuenta con el *United States Law Week*, publicación privada que edita decisiones de órganos administrativos federales y de los tribunales federales de todo el país. Su tarea la cumple con gran celeridad (48 hs.). Y, en los casos muy importantes, como por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema recaída en la causa sobre la quema de la bandera como acto protegido por la 1ª Enmienda (“*U.S. v. Eichman*”), resuelta el 11 de junio de 1990, fue publicada al día siguiente (58 LW 4744, 12 de junio de 1990). La numeración de las páginas de los boletines semanales es la misma que pertenecerá al volumen donde ellos serán encuadernados, de modo que la cita del boletín responde a la misma página que tendrá en el tomo. Igual mecanismo sigue la *Lawyers Edition* -que también edita los fallos de la Corte Suprema- y que posee boletines de aparición quincenal, conteniendo los últimos pronunciamientos.

o la de la publicidad de la sentencia) puede hallar sustento en una ficción -como tantas otras que nutren al Derecho (vgr., el conocimiento de las leyes, una vez publicadas en el Boletín Oficial, artículos 1 y 2 Del Código Civil)-, a saber: las sentencias de la Corte se presumen conocidas *iuris et de iure* a partir de la fecha de su dictado.

En síntesis, dentro del contexto jurídico-estimativo actual, la solución preferida por la Corte, en cuanto a la fecha de vigencia de su nueva jurisprudencia, es una entre varias. La elegida por la Corte reconoce serias razones y logra amortiguar de modo eficaz el impacto perjudicial del nuevo precedente respecto de aquellos que habían ajustado su conducta al derecho vigente al momento de apelar. Es cierto también que la fecha elegida puede no ser la óptima. Pero también es verdad que, como dijera alguna vez la Corte Suprema norteamericana, para que el sistema pueda funcionar es necesario que exista algún juego en sus engranajes.¹¹³

g) Límite al efecto prospectivo proclamado en “Tellez”

Como quedó dicho en el acápite precedente, la decisión del caso “*Tellez*” tuvo por consecuencia la protección de los recursos deducidos conforme los dictados de la jurisprudencia de la Corte, anterior al caso “*Strada*”. Pero, como también se expresó, este tema tiene muchas aristas diferentes. Estos dos casos cubren de modo directo un grupo de situaciones, mas no todas las que pueden presentarse con motivo de un cambio jurisprudencial. Por ejemplo, qué ocurría con aquellos supuestos en los que el apelante -antes de que se fallaran “*Strada*” y “*Tellez*”- había seguido el derrotero elaborado en el primero, sin deducir recurso extraordinario federal contra la sentencia de la cámara respectiva y agotando, previamente, todas las instancias recursivas locales. Imagínese que el quejoso había procedido de tal modo por considerar que el tribunal superior de la causa era, a los efectos del artículo 14 de la ley 48 y a pesar de la jurisprudencia local y federal vigente a ese entonces, la corte suprema provincial. Luego, una vez dictada sentencia por la corte suprema local, sentencia en la que ésta no se pronunciaba sobre las cuestiones federales planteadas, se deducía recurso extraordinario federal contra ella. Agréguese que, a este momento, la Corte Suprema de la Nación ya había fallado “*Strada*” y “*Tellez*”. Ante una situación tal, la no retroactividad proclamada en “*Tellez*” debía extenderse a este caso o, en atención a las diferentes circunstancias de uno y otro, correspondía distinguirlo. Pues no debe olvidarse que, en definitiva, nuestro recurrente imaginario planteaba anticipadamente la interpretación acogida en “*Strada*”.

El supuesto hipotético recién esbozado es muy similar al que la Corte Suprema debió resolver en autos “*Unión Cañeros Azucarera Ñuñorco Limitada S.A.*”¹¹⁴ En este caso, luego de que la cámara de apelaciones de Tucumán rechazara la pretensión del incidentista, éste dedujo recurso de casación local. Pese a que este tribunal concedió ese remedio, la corte provincial lo declaró formalmente inadmisibile. Contra esta decisión, se dedujo recurso extraordinario, el que la corte local también rechazó. Al respecto dijo la Corte Suprema:

113. Missouri, K. & T. Ry. v. May, 194 U.S. 267, 270 (1904).

114. Fallos: 311(I): 1003 (1988).

“Para así concluir, entendió que a pesar de que su sentencia [la de la corte provincial que declaraba inadmisibile el recurso de casación] había sido notificada con posterioridad al caso “Strada” a fin de no efectuar una aplicación retroactiva de ese precedente vedada por esta Corte en la causa “Tellez”, correspondía examinar la situación al momento de la interposición del recurso de casación. Como en esa época -a juicio del a quo- el criterio imperante determinaba que el Tribunal Superior a los efectos del art. 14 de la ley 48 era el que dirimía el litigio una vez agotados los recursos “ordinarios”, la apelación que ahora intentaba la recurrente resultaba extemporánea, pues debió haber sido oportunamente deducida contra la sentencia de la Cámara interviniente ... Tal resolución motivó la presente queja.”¹¹⁵

“Que, en un diverso pero afín orden de ideas, cabe también advertir que se ha realizado una equivocada interpretación de los alcances de la decisión de este Tribunal en la causa ... “Tellez ...” En efecto, allí se intentó preservar la situación de los litigantes que apelaron por el art. 14 de la ley 48 con anterioridad a que se consagrara la doctrina del caso “Strada”. Mas de ello no se sigue, según pareciera entender el a quo, que aquella doctrina no fuese inmediatamente aplicable en beneficio de los que, precisamente, habían recorrido el camino señalado como correcto en el ya aludido caso “Strada”.¹¹⁶

La solución a la que arribó la corte suprema tucumana era equivocada por varias razones. A mi modo de ver, el yerro más importante cometido por el superior tribunal local consistió en su incapacidad para advertir que los antecedentes del caso que debía resolver -si bien estaban relacionados con el concepto de tribunal superior- eran diferentes, en aspectos relevantes, de los antecedentes constitutivos del caso “Tellez”. El razonamiento provincial, conforme lo sintetizó la Corte Suprema, guarda un estrecho parentesco con esa particular forma de ver los problemas jurídicos “al bulto” o “al por mayor”, sin discriminar hechos, circunstancias relevantes y principios aplicables, a la que se aludiera más arriba.

Ello así, en tanto la aplicación retroactiva de “Strada” vedada en “Tellez”, cubría (y protegía) aquellos casos en los que el camino recorrido por el apelante no era el que ahora exigía la Corte Suprema. Contrariamente a ello, en el caso de la Unión de Cañeros se había respetado celosa pero anticipadamente los pasos anunciados en “Strada”, si bien contrariando -en un tramo de su recorrido procesal- la jurisprudencia vigente. Consecuentemente, el tema a resolver en este nuevo caso consistía en establecer si se aplicaría la regla general clásica, vgr., la retroactividad, o si existían circunstancias que hacían aconsejable aplicar la solución excepcional articulada en el caso “Tellez”. Si la corte provincial hubiera consultado los propósitos que habían guiado a la Corte Suprema tanto en este último precedente cuanto en “Strada”, lo previsible era resolver la cuestión en favor del recurrente y no a la inversa. Pues una de las características más sobresalientes de la variante elaborada por la Corte Suprema, y como ella misma lo destaca, era proteger a los apelantes que habían ajustado su conducta al derecho anterior. Respecto de otras situaciones, en principio, seguía rigiendo la regla general en favor de la retroactividad.

115. *Id.*, Considerando 5.

116. *Id.*, Considerando 7.

Así, lo hizo, criteriosamente, el Alto Tribunal. Pues, en definitiva, no puede pasarse por alto que la regla general sigue siendo el efecto retroactivo y, el prospectivo, la excepción. De lo contrario y de aceptarse la tesis tucumana, menudo favor hubiera hecho el más Alto Tribunal a la evolución del Derecho. Es difícil imaginar que alguien vaya a proponer un cambio jurisprudencial con el cual, al menos en principio, no se verá beneficiado. Sería difícil también sortear los escollos relativos a su legitimación o interés para tal pedido.

5. La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema como presupuesto necesario del efecto prospectivo anunciado en “Tellez”

La admisión implícita por parte de la Corte de la teoría de la obligatoriedad de sus fallos, ha jugado un papel decisivo tanto en “*Strada*” cuanto en “*Tellez*”. En este trabajo no ingresaré en el análisis pormenorizado de la jurisprudencia referida a este tópico. Simplemente señalaré lo siguiente.

Esta teoría tiene fundamentalmente dos ámbitos de influencia. Uno horizontal, esto es, que la Corte Suprema, como regla general, debe sentirse obligada a fallar conforme los principios establecidos en sus precedentes.¹¹⁷ Como principio, parece inconcebible que un tribunal hoy diga una cosa y mañana diga otra. Semejante incongruencia no sería resistida por el ordenamiento jurídico vigente. El otro ámbito en el que opera la obligatoriedad de los precedentes, de sentido vertical, postula igual relación pero respecto de los tribunales inferiores (federales, nacionales y provinciales).¹¹⁸ El criterio que ha privado hasta la fecha ha sido uno laxo y errático. A veces, la Corte ha admitido explícitamente la obligatoriedad;¹¹⁹ en otras oportunidades ha dicho que sus fallos deciden únicamente el caso concreto sometido a su conocimiento y no obligan sino en él;¹²⁰ otras veces y refiriéndose al acatamiento de su jurisprudencia por parte de los demás tribunales, ha sostenido que los jueces tienen la obligación “moral” de conformar sus decisiones a la jurisprudencia del Alto Tribunal.¹²¹

Volviendo a los dos casos bajo análisis, es evidente que la Corte ha presupuesto necesariamente que los principios establecidos en el caso “*Strada*” la obligaban (a ella y a los demás tribunales del país), de allí su necesidad de fallar el caso “*Tellez*” de la forma en que lo hizo. Caso contrario, y como es obvio, hubiera omitido la cita de “*Strada*” y hubiera fallado el caso “*Tellez*” conforme la jurisprudencia anterior.

117. Ver Garay, op. cit. *supra* nota 102.

118. Ver, Garay, Alberto F., “Federalism, the judiciary, and constitutional adjudication in Argentina: A comparison with the U.S. constitutional model”, 22 *Inter-American Law Review* 161, 185-199 (1991); Garro, Alejandro M., “Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las lecciones del derecho comparado”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1989-I, 12-27, 44-60; ver las distintas variantes comentadas por Sagües, Néstor P., *El Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, ed. Depalma 1984, Tº 1, pág. 158 Nº 79 y sgtes.

119. Fallos: 183: 409 (1939), “Baretta v. Provincia de Córdoba”; Fallos: 212: 160 (1948), “Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba”.

120. Ver Fallos: 313 (I) 1010 (1990), “Villada, Juan Carlos y otros”, consid. 7.

121. Fallos: 25: 364 (1883), “Pastorino v. Ronillón”.

Finalmente y abonando lo expuesto, la declaración final que contiene la sentencia que resuelve el caso “*Tellez*” es la prueba más elocuente de la obligatoriedad referida y del impacto de lo resuelto con relación a los recursos extraordinarios futuros. En efecto, dijo entonces la Corte que “*las nuevas pautas jurisprudenciales contenidas in re: “Strada”, sólo habrán de ser puestas en juego respecto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias [de tribunales inferiores] notificadas con posterioridad a ese precedente*”.

6. Extensión de la doctrina de “*Tellez*” en los casos “*Giroldi*” y “*Andrada*”

a) El caso “*Giroldi*”

En la causa “*Giroldi*”, fallada el 7 de abril de 1995, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo 459 inciso 2º del Código Procesal Penal de la Nación.¹²² Giroldi había sido condenado por un tribunal oral de la Capital Federal a la pena de un mes de prisión en suspenso. Dicha sanción fue apelada ante la Cámara Nacional de Casación Penal por la defensora oficial. Desde esta presentación, la defensora cuestionó la constitucionalidad del artículo recién aludido, en la parte que impedía la revisión por la Casación, de las sentencias cuya condena fuera inferior a tres años de prisión. La inconstitucionalidad pedida se basaba en la alegada violación de los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional y 8, inciso 2, apartado h) de la Convención Interamericana aprobada por ley 23.954. Sin perjuicio de esta apelación, la defensora también dedujo recurso extraordinario contra la sentencia del tribunal oral. Éste concedió el recurso ante la alzada pero la Casación lo declaró inadmisible en atención a que la sentencia, dado el monto de la condena, era inapelable ante ella. A su vez, este tribunal defendió la constitucionalidad del artículo 459, inciso 2º del Código de rito, en la medida que consideró que el límite de tres años era razonable. Contra esta decisión, la funcionaria pública interpuso recurso extraordinario. Éste fue denegado y la obligó a acudir en queja a la Corte. Sobre el punto constitucional comentado, dijo la Corte Suprema:

“10) Que lo expuesto determina que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inc. 2º, apartado h) es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 459, inc. 2 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.”

Como consecuencia de la declaración precedente, la Corte devolvió la causa al Tribunal de Casación a fin de que, por la Sala que correspondiera, se dictara un nuevo pronunciamiento.

Los casos “*Giroldi*” y “*Strada*” poseen similitudes y diferencias importantes. En cuanto a las primeras, las características comunes más destacables parecen ser tres, a saber: (i) En ambos casos, lo que la Corte resolvió incidía de modo directo en la noción de tribunal superior de la causa

122. “*Giroldi*, Horacio D. y otro”; L.L. 1995-D, pág. 461, con nota de Palacio, Lino E., “Las limitaciones legales del recurso de casación en el proceso penal y el derecho acordado por el ‘Pacto de San José de Costa Rica’ a la persona inculpada de delito”.

contra cuya sentencia debía interponerse el recurso extraordinario federal. (ii) En los dos casos, los apelantes habían recorrido el camino más seguro para llegar a la Corte. Fuera lo que en definitiva resolviere ésta en cuanto al tribunal superior, sus recursos no podrían ser considerado mal interpuesto. Y (iii) en ambos casos, la nueva jurisprudencia fue aplicada en su caso. Entre las diferencias más importantes, cabe destacar las dos siguientes: (i') En "*Giroldi*" el recurrente pedía la declaración de inconstitucionalidad de un artículo que le impedía gozar del derecho a la doble instancia judicial, cosa que no ocurría en "*Strada*". Y (ii'), en el primero, el fundamento de esa declaración se sostenía en una disposición de la Convención Internacional que aseguraba la doble instancia. En "*Strada*", en cambio, no se solicitaba tal inconstitucionalidad. El apelante había podido recorrer tres instancias y el cambio jurisprudencial surgió de oficio y no por pedido expreso del recurrente.

b) El caso "Andrada"

A poco de resuelto el caso "*Giroldi*", la Corte debió pronunciarse en el caso "*Andrada*" y otros análogos.¹²³ La característica que estos casos tenían en común era que en todos ellos el recurso extraordinario había sido interpuesto contra sentencias de tribunales orales y no se había cuestionado la constitucionalidad del artículo 459, inciso 2º del Código Procesal en lo Penal. Cuadra destacar que, al momento de interponer el remedio federal contra la sentencia del tribunal oral, la Corte aún no había resuelto el caso "*Giroldi*". Dijo entonces el Alto Tribunal:

"2º) Que la apelante se excusó de haber deducido el recurso de casación previsto por el art. 456 y sgtes. del Código Procesal Penal, en razón de que la pena impuesta era inferior al límite establecido por el art. 459, inc. 1º de ese código (fs. 35/36).

3º) Que si bien esta Corte en la causa ...'Giroldi...' fallada el 7 de abril de 1995 declaró la inconstitucionalidad de la limitación establecida en la norma citada en el considerando anterior,¹²⁴ por los fundamentos desarrollados en el precedente de Fallos: 308: 552 -'Tellez'-, corresponde establecer que la autoridad institucional de las pautas jurisprudenciales contenidas respecto al recaudo del tribunal superior de la causa, en el ámbito de la justicia federal, deberá comenzar a regir para las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a esta última decisión.

Lo contrario conduciría a un resultado adverso a aquél que se pretendió lograr ya que se impediría la apertura de la instancia extraordinaria en un momento en que el acceso a la Cámara Nacional de Casación Penal se encuentra clausurado por la preclusión en la etapa pertinente.

Por ello corresponde que este Tribunal se avoque al estudio de la admisibilidad del recurso de hecho deducido en autos."

123. "Andrada, Claudia Angelina", resuelta el 30 de mayo de 1995.

124. En realidad, el inciso declarado inconstitucional en "*Giroldi*" fue el segundo y no el primero. El límite de este último es de seis meses. El del otro, es de tres años. No obstante, en ambos se frustra la posibilidad de la doble instancia. Como salta a la vista, en el presente se vuelve a detectar el mismo error que el señalado en el Capítulo Segundo, al comentar el caso "*Bianchi*". Es cierto que el principio de la doble instancia que asegura la convención citada es tronchado por ambos artículos. Pero no pueden caber dudas de que el inciso primero de ese artículo no fue el declarado inconstitucional en "*Giroldi*".

c) Similitudes y diferencias entre los casos “Andrada” y “Tellez”

En “*Andrada*”, la Corte acude a los fundamentos del caso “*Tellez*”, a fin de no aplicar la nueva jurisprudencia sentada en “*Girolodi*”. Sin embargo, el resultado al que llega es paradójal. En efecto, en “*Tellez*” el empleo de ese recurso benefició al apelante y en “*Andrada*” lo perjudicó.

Si en el caso “*Tellez*” se interpretaba que el tribunal superior de la causa, ante el cual debía interponerse el recurso extraordinario, era la suprema corte provincial -criterio inaugurado siete días antes en “*Strada*”-su apelación habría sido declarada improcedente. Ello así, en tanto la sentencia allí recurrida era la pronunciada por un órgano intermedio, verbigracia, un juzgado laboral de instancia única. Este resultado -vgr., la desestimación del recurso por no provenir del tribunal superior- fue el que la Corte quiso evitar y evitó al declarar que las pautas jurisprudenciales contenidas en “*Strada*” respecto al recaudo del tribunal superior de la causa, recién se aplicarían a los recursos contra sentencias notificadas con posterioridad a esta última decisión. Hasta entonces, se respetaría la jurisprudencia anterior a la luz de la cual el remedio federal intentado por Tellez estaba correctamente deducido. Las razones fundamentales, en virtud de las cuales el Tribunal procedió de este modo, fueron (i) que “la aplicación inmediata de dicha doctrina impediría la apertura de la instancia extraordinaria, en un momento en que el acceso ante los tribunales provinciales se encontraría clausurado por preclusión de la etapa pertinente” y (ii) que ese mecanismo “tendió al afianzamiento de la seguridad jurídica, y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales”.

En cambio, en “*Andrada*” y los demás casos análogos, la aplicación del mecanismo instrumentado en “*Tellez*” fue, a la postre, perjudicial para los apelantes y frustratoria del derecho a la doble instancia. Para ser congruente con los fundamentos de “*Tellez*” y de “*Girolodi*”, la Corte debería haber aplicado el mecanismo inverso al empleado en el primer precedente y actuar, en parte, como había actuado en “*Strada*” y “*Girolodi*”. Repasemos el supuesto concreto.

En “*Girolodi*”, la Corte resolvió que el inciso 2º del artículo 459 del Código de rito era inconstitucional pues impedía la doble instancia en materia criminal, recaudo éste impuesto por el llamado Pacto de San José de Costa Rica. En “*Andrada*” y su progenie, el Tribunal actuó “como si” ese artículo no hubiera sido declarado inconstitucional. Es decir que admitió considerar el recurso extraordinario. No obstante ello, la Corte lo desestimó, porque los agravios planteados remitían “al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, propios de los jueces de la causa y ajenos” al recurso extraordinario.¹²⁵ Y aquí está el problema central. De hecho, lo que la Corte hizo, como se sostuvo más arriba, fue privar a *Andrada* de la doble instancia, posibilidad esta que se le reconoció a *Girolodi*, sin perjuicio del extraordinario posterior al pronunciamiento de la Casación. Pues, al resolver “*Girolodi*” ella misma había dicho que “en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como ‘garantía mínima’ para ‘toda persona inculpada de delito’ (art. 8, párr. 2º, apart. h,

125. Causa citada, considerando 5º).

Convención)”.¹²⁶ Y no constituye un remedio eficaz, entre otras cosas, porque el recurso extraordinario inhibe al Tribunal de entender en cuestiones que sí puede considerar la Casación, vgr., cuestiones de derecho común.¹²⁷

Creo que la sentencia de la Corte no advirtió que entre “*Andrada*” y “*Tellez*” existía una diferencia substancial que exigía un tratamiento distinto. Y pienso que fue por inadvertencia puesto que se aplicó mecánicamente la doctrina emergente del caso “*Tellez*”, sin formular distingo, salvedad o asimilación expresa alguna. El caso “*Tellez*” -que no era penal-, a la luz de “*Strada*”, exigía exclusivamente la determinación relativa al tribunal superior de la causa contra cuya decisión podía interponerse recurso extraordinario. Esto era lo que se había discutido y resuelto en “*Strada*”. Entre el tiempo en que Tellez interpuso este recurso y el que transcurrió hasta que la Corte lo decidió, ella -de oficio, en “*Strada*”- había variado la jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 14, primer párrafo, de la ley 48. Es decir que, según el período jurisprudencial a la luz del cual se juzgara, la apelación de Tellez estaba bien o mal interpuesta. De aquí que la solución diseñada se ajustaba estrictamente a las particulares circunstancias del caso.

La situación de *Andrada*, si bien parecida en algún sentido, era distinta en un aspecto clave. Lo que la Corte había intentado salvaguardar en “*Girolodi*” había sido la doble instancia en materia penal, recaudo este exigido por el Pacto aludido. Esto, demás está decirlo, no estaba en juego en los casos “*Strada*” y “*Tellez*”. Por aquella razón fue que la Corte debió declarar la inconstitucionalidad de la norma que obstaba a la plena vigencia de tal garantía. En “*Andrada*”, igual que en “*Girolodi*”, no había existido posibilidad de que un tribunal intermedio revisara la condena impuesta. Es decir que si lo que la Corte perseguía era afianzar lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica -a lo que, por otra parte, ella misma se consideraba enfáticamente obligada-, la solución debía ser la misma en ambos.¹²⁸

126. *Idem*, considerando 8°).

127. El recurso involucraba el cuestionamiento de la materialidad del hecho imputado, la autoría, la preexistencia de los objetos sustraídos y que éstos hubiesen estado en poder de la acusada al momento de su detención (considerando 5°). En el considerando 9°) del fallo bajo comentario la Corte agregó lo siguiente:

“Que, asimismo, las reformas introducidas por las leyes 23.984 y 24.050 respecto de los distintos órganos judiciales que conforman los ‘tribunales inferiores’ de la justicia nacional (art. 75, inc. 20, Ley Fundamental), incluyeron la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Esta circunstancia modificó la organización del Poder Judicial de la Nación ... La Cámara Nacional de Casación Penal ha sido creada, precisamente, para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad -y aun de revisión- de las sentencias que dicten, sobre los puntos que hacen a su competencia, tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en lo correccional.”

128. En la causa “*Girolodi*” dijo la Corte:

“12°) Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido la Corte Interamericana precisó el sentido del art. 1° de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’. Según dicha Corte, ‘garantizar’ implica el deber del Estado de tomar todas las medidas que sean necesarias

Aparentemente, la Corte parece haber juzgado -inadvertida o equivocadamente- que si adoptaba esta solución, habría perjudicado el derecho de Andrada porque el plazo para deducir el recurso de casación ya había vencido.¹²⁹ Sin embargo, ello no era necesariamente así. Toda declaración de inconstitucionalidad involucra dos pasos fundamentales. El primero, es la declaración en sí misma. El segundo consiste en establecer los efectos de tal declaración. En consecuencia, podía interpretarse que, una vez declarada la inconstitucionalidad del artículo 459, inciso 1º del código procesal -obstáculo que se oponía al derecho de recurrir a la Casación- recién entonces comenzaba a correr (renacía) el plazo para apelar ante este órgano intermedio (efecto de la declaración de inconstitucionalidad). Esta solución hubiera evitado a la Corte entrar en contradicción con lo afirmado por ella en “*Girolodi*”, en el sentido que “en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como ‘garantía mínima’ para ‘toda persona inculpada de delito’ (art. 8, párr. 2º, apart. h, Convención)”.

VIII. CONCLUSIÓN

A lo largo de los capítulos precedentes, he intentado demostrar que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ofrecen un riquísimo material digno de un estudio sistemático que, hasta el día de hoy, no se ha realizado. La Corte cita sus propios precedentes; se apoya en ellos, muchas veces, sin citar ninguna otra fuente normativa; distingue o asimila los hechos de un caso a otro; busca la regla general que ellos involucrarían y la distingue de otras expresiones generales contenidas en la o las sentencias citadas. Además,

para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1 de la Convención (Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990 -‘Excepciones al agotamiento de los recursos internos’ párr. 34-). Garantizar entraña, asimismo, ‘el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos’ (Id., parág. 23).

13º) Que, síguese de lo expresado, que la solución que aquí se adopta permite, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado nacional a la vez que salvaguarda la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales ‘intermedios’ en esa esfera, creados para cimentar las condiciones necesarias para que el tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado...”

129. Recuérdese que la Corte, en el considerando 3º transcripto más arriba sostuvo que “[I]o contrario conduciría a un resultado adverso a aquél que se pretendió lograr ya que se impediría la apertura de la instancia extraordinaria en un momento en que el acceso a la Cámara Nacional de Casación Penal se encuentra clausurado por la preclusión en la etapa pertinente.

Por ello corresponde que este Tribunal se avoque al estudio de la admisibilidad del recurso de hecho deducido en autos.”

en determinados contextos, se ha sentido obligada a fallar conforme los principios establecidos en casos anteriores. Y, por último, en algunas circunstancias, ha prescindido de la fuerza de sus propios precedentes, postergando o suspendiendo temporalmente su vigencia.

Intencionalmente he eludido la mención de la doctrina del precedente que rige en los países anglosajones. En este ensayo, he preferido mostrar, primordialmente, que en la Argentina, la Corte Suprema, lo reconozca o no, está aplicando una (o varias) doctrinas del precedente. Alguno de los casos analizados muestran, sin embargo, que el procedimiento que se sigue es perfectible. La ausencia de un estudio analítico y sistemático serio de este fenómeno favorece muchos descuidos evidentes. Parece obvio entonces que, aparte de imponerse un examen más profundo de nuestra propia experiencia, el aporte de las distintas teorías en boga en los países anglosajones acerca de la doctrina del precedente y la práctica de sus tribunales pueden proporcionarnos un material fructífero.

Luego de la evidencia que arrojan las páginas antecedentes parecería una necesidad el obstinarse en desconocer que, a pesar de nuestra herencia romanista-justiniana, la Corte Suprema ha ido moldeando una práctica más parecida a la que se ejerce en los países del *Common Law* que la que indicaría la tradición de los países civilistas. Esto, obviamente, no es casual. No puede soslayarse que en los fallos analizados la Corte ejercía el control de constitucionalidad de las leyes y la introducción de este control en nuestro medio provino de los Estados Unidos de Norteamérica. Es decir, de un país perteneciente a la órbita del *Common Law* y cuyas sentencias, en particular las de su Corte Suprema, incontables veces fueron tenidas en cuenta por nuestro más alto Tribunal desde sus orígenes.

Abrigo la esperanza que este ensayo, a juicio del lector, haya cumplido con el propósito que anunciaba. Es incompleto, me apresuro a excusarme. Pero creo que puede ser de ayuda, al menos inicialmente, para aquéllos que estén dispuestos a encarar un trabajo de mayor envergadura. No sé si yo podría hacerlo.