

Cómo citar: Ratti, F. (2021). La argumentación de la Corte Suprema argentina sobre cambio de precedente: del dicho al hecho... Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LA ARGUMENTACIÓN DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA SOBRE CAMBIO DE PRECEDENTE: DEL DICHO AL HECHO...

Florencia Ratti

Conicet; Universidad Católica Argentina

I. Introducción

El estudio de la alteración, abandono o derogación del precedente posee su mayor desarrollo en el *common law*, donde la técnica se denomina “*overruling*”¹. Su abordaje implica identificar quién puede, en un ordenamiento jurídico determinado, modificar o abandonar un precedente, cómo y con qué razones. En otro lugar he englobado esos aspectos bajo la denominación “dimensión de variación del precedente” y he mostrado que, en los últimos años, la cuestión está siendo regulada en ciertos sistemas del *civil law* o en ordenamientos jurídicos híbridos, como es el caso de algunos países latinoamericanos².

Esta ponencia tiene por objetivo estudiar la alteración del precedente (en la Corte Suprema argentina. El foco estará puesto exclusivamente en su dimensión *horizontal* (o “autoprecedente”³): es decir, se examinará en qué casos y con qué motivos puede la propia Corte abandonar su propio precedente. Se dejará de lado, entonces, la dimensión *vertical*: el supuesto de que los tribunales inferiores se aparten del precedente de la Corte⁴.

¹ Cfr. Cross, R.; Harris, J., *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press, 1991, 4a ed. P. 131. Entre los estudios más relevantes que se han llevado a cabo en Estados Unidos sobre la temática, vale destacar el de Brenner, S.; Spaeth, H., *Stare indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*, Figueroa R., S.; Spoerer G., C. (trads.); Buenos Aires: Marcial Pons. Los autores examinaron, durante un período de 46 años, los votos de las sentencias de la Suprema Corte estadounidense que abandonaban expresamente un precedente y los votos del precedente abandonado, a fin de dilucidar cuál era el verdadero motivo del *overruling* en cada caso. También es encomiable el trabajo de Starger, que condensa la doctrina sobre el cambio de precedente en la Suprema Corte norteamericana. Starger, C. (2014). “The Dialectic of Stare Decisis Doctrine”, en Peters, C. J. (ed.), *Precedent on the U.S. Supreme Court*, 2014, pp. 19-45.

² Ratti, F., “Dimensiones del precedente: una metodología de estudio de la doctrina del precedente”, *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, vol. 11, nº 1, 2021, p. 98 y ss.

³ En la terminología de Gascón Abellán, M., “Autoprecedente y creación de precedentes en el tribunal supremo”, *Teoría Jurídica Contemporánea* 1:2-1, 2016, pp. 238-271.

⁴ Es discutible si en estos casos tiene lugar propiamente un *overruling*. Si por este se entiende la derogación del precedente, que ya no forma parte del derecho vigente, parecería conveniente que fuera solo el máximo tribunal el que tiene esta potestad. En consecuencia, el tribunal inferior que no aplique un precedente de la Corte so

Para alcanzar el fin propuesto, en primer lugar, se abordarán las reglas o principios que la Corte ha delineado para el abandono de su precedente: esto es, lo que la Corte *dice* que debe hacer si quiere abandonarlo. Luego, se proporcionarán ejemplos concretos en los que la Corte Suprema efectivamente ha modificado su precedente. Esto es, lo que la Corte efectivamente *hace* cuando abandona un precedente. En definitiva, el objetivo será mostrar que, en ocasiones, lo que dice que hay que hacer no es lo que luego ella hace.

Los ejemplos de alteración del precedente que esta ponencia receipta son aleatorios y no tienen pretensión de exhaustividad: se asume que en otros casos la Corte efectivamente puede haber seguido sus estándares sobre cambio de precedente y que hay más supuestos que los que aquí se presentan en los que la Corte puede haber modificado su precedente sin la argumentación adecuada. Lo que se busca con la muestra seleccionada es plantear el problema y proporcionar ejemplos concretos que sustentan esa problematización, en los que la argumentación sobre el cambio de precedente podría ser insuficiente.

II. Estado de la cuestión

En Argentina no existe una ley que regule la doctrina del precedente de la Corte Suprema: ha sido ella misma, a través de sus sentencias, la que delineó el valor de su precedente y justificó, en cada caso, su seguimiento o abandono. De tal modo, las reglas y principios sobre el uso del precedente de la Corte se encuentran dispersas en múltiples decisiones judiciales.

Los estudios más abarcativos de la doctrina del precedente en la Corte Suprema argentina son los llevados a cabo por Garay⁵ y Legarre⁶. Respecto de cómo actúa la Corte con su propio precedente, el primero señala que “no ha sostenido una línea coherente”⁷. La obra de Garay es valiosa en el análisis de casos testigos que ejemplifican ciertos aspectos de la dimensión de variación del precedente, tales como la imprecisión en el análisis de la plataforma fáctica, el efecto temporal del cambio o el silencio del legislador como razón para el mantenimiento del precedente. Legarre, por su parte, analiza comparativamente la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos y de Argentina. En el primer caso, concluye que, si bien la Corte tiene amplias facultades para abandonar su precedente, “los litigantes pueden confiar en que, en principio, la Corte va a aplicar sus propios precedentes; sólo en casos excepcionales, y no sin una previa y completa discusión, se dará el supuesto de *overruling*”⁸. En el caso argentino, en cambio, sostiene que no existe una clara respuesta a las preguntas de si la Corte está obligada por su propio precedente y en qué circunstancias podría dejarlo de lado. A su vez, destaca la posibilidad de que existan apartamientos inconscientes, “fruto de la falta de reflexión sistemática acerca de sus propios precedentes”. Y señala la existencia

pretexto de nuevos argumentos, no estaría quitando el precedente del escenario vigente, sino quitándolo del derecho aplicable para resolver ese caso concreto. Esta decisión quedaría siempre sujeta a la posterior revisión del tribunal supremo.

⁵ Garay, A., *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

⁶ Legarre, S., “La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis”, *Jurisprudencia Argentina*, Bs. As., 2013-II, pp. 3-12; Legarre, S., *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

⁷ Garay, A., *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 215.

⁸ Legarre, S., “La obligatoriedad horizontal...”, p. 10.

de interferencias políticas como uno de los motivos (cuestionables) de la alteración del precedente⁹.

Otros autores que han estudiado la doctrina del precedente de la Corte argentina coinciden en que esta ha sido zigzagueante y hasta contradictoria, aunque concuerdan en que en la actualidad el precedente posee cierta relevancia para la resolución de casos análogos posteriores (tanto para ella misma como para los tribunales inferiores)¹⁰.

El cambio de precedentes ha sido examinado localmente desde una perspectiva iusfilosófica—sin referencia específica a ningún tribunal— por Sodero¹¹, quien concluye que no es posible proporcionar un parámetro abstracto o general sobre cuándo debe ser abandonado o mantenido un precedente, sino que ello debe ser sujeto a la evaluación prudencial del juez en cada caso concreto. Coincido con tal afirmación, aunque entiendo que la sistematización de los estándares delineados por la Corte para fundar un cambio de precedente y la reflexión sobre la aplicación concreta de esos estándares pueden resultar útiles. Si bien no permitirán anticipar con certeza apodíctica en qué casos se habilitará el abandono del precedente ni inspirar una fórmula abstracta que rija el cambio jurisprudencial, serán relevantes para apreciar si la Corte (y, dentro de ella, cada ministro) es consistente en los motivos que alega para introducir un cambio, y si adecua su argumentación a los parámetros que ella misma elabora. A su vez, permitirán establecer lineamientos generales respecto de la alteración del precedente, que sin brindar una solución *a priori* sobre su procedencia en cada caso, constituirán tópicos argumentativos neurales (tanto para las partes y los tribunales inferiores como para la misma Corte) a la hora de evaluar la conveniencia de mantener o apartarse del precedente en cada caso concreto.

III. Lo que la Corte *dice*. Estándares para el cambio de precedente en la Corte Suprema argentina

La Corte Suprema ha impuesto (y se ha autoimpuesto), en cierta medida, una carga argumental en los estándares que ha elaborado para el abandono de su precedente. A su vez, ha reconocido un principio general de seguimiento del precedente, que cede frente a excepcionales factores justificadores del cambio. Veamos.

⁹ Legarre, S., “La obligatoriedad horizontal...”, p. 11.

¹⁰ Bianchi, A., “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)”, *El Derecho Constitucional*, 2001, pp. 335-347; Bidart Campos, G., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Ediar, 2004, 3ª ed.t. II; Sagüés, N., “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina”, *Estudios Constitucionales*, año 4, 2006; Oteiza, E., “Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN”, en Oteiza, E. (coord.), *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 363-406; Sedlacek, F., “Misceláneas argentinas del precedente judicial, y su relación con el nuevo CPC de Brasil”, en Didier Jr. et al (coords.), *Precedentes*, Salvador: JusPodivm, 2015.

¹¹ Sodero, E., “Sobre el cambio de los precedentes”, *Isonomía*, n° 21, 2004, pp. 217-254.

III.1 “Baretta” y la influencia del stare decisis norteamericano

Los principales estándares desarrollados por la Corte Suprema sobre el abandono de su precedente se dieron en la sentencia dictada en la causa “Baretta”¹², en 1939. En tal oportunidad, se reclamaba la inconstitucionalidad de una ley provincial; si bien había un precedente en el que el máximo tribunal se había expedido a favor de la compatibilidad de esa norma con la Constitución, como era muy reciente, las partes no lo habían invocado ni argumentado sobre él. A pesar de ello, la Corte se autoimpuso el deber de seguir su precedente como principio general, y determinó que tal principio solo cedería ante ciertas excepciones. Así, afirmó la Corte Suprema que

no podría el Tribunal apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves, como para hacer ineludible el cambio de criterio.

Seguidamente, con cita de Cooley (juez de la Suprema Corte de Michigan y doctrinario reconocido en derecho constitucional —quien, a su vez, invocaba la doctrina del Canciller Kent¹³—), la Corte esbozó una frase que luego haría suya y replicaría en múltiples ocasiones:

Sería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos¹⁴.

¹² Fallos 183:409 (1939).

¹³ La frase en cuestión corresponde al Canciller Kent. Cooley, en su obra, *A Treatise on the Constitutional Limitations*, toma de Kent el siguiente acápite: “una decisión solemne sobre una cuestión de derecho en un caso dado se convierte en una autoridad para un caso similar, porque es la mayor evidencia que podemos tener del derecho aplicable al asunto, y los jueces están obligados a seguir esa decisión mientras no sea revertida, a menos que se demuestre que el derecho fue malentendido o mal aplicado en ese caso particular. Si una decisión se ha tomado sobre la base de un argumento serio y una deliberación madura, la presunción es a favor de su corrección, y la comunidad tiene derecho a considerarla como una declaración o exposición justa del derecho, y a regular sus acciones y contratos según ella. Por lo tanto, sería extremadamente inconveniente para el público si los precedentes no se tuvieran debidamente en cuenta y no se siguieran implícitamente. Cooley, T. M., *A Treatise on the Constitutional Limitations*, 7th. ed., Boston: Little, Brown and Co., 1903, ps. 83/84. La traducción me pertenece.

¹⁴ La muletilla de la Corte es la frase reversionada del siguiente modo: “es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos”. Aparece en Fallos: 248:115 (1960); 329:759 (2006); 337:47 (2014).

Luego, con invocación de Willoughby¹⁵ —otro reconocido académico de los Estados Unidos¹⁶—, el tribunal sostuvo que, si bien el principio de *stare decisis* en materia constitucional no es absoluto,

cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo [sic] debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes”¹⁷.

En su obra, Willoughby afirmaba que la doctrina del *stare decisis* no debería ser tan rígidamente aplicada en materia constitucional como en otras materias. Y agregaba que

en los casos de trascendencia puramente privada, el desiderátum principal es que el derecho siga siendo cierto y, por lo tanto, cuando se hubiera declarado judicialmente una regla y se hubiesen creado derechos privados en virtud de ella, los tribunales no se apartarán de la doctrina del *stare decisis*, salvo en los casos más claros de error. Sin embargo, cuando se trata de intereses públicos, y especialmente cuando se trata de una cuestión de construcción constitucional, la cuestión es otra. Un error en la redacción de una ley puede corregirse fácilmente mediante un acto legislativo, pero una Constitución y, en particular, la Constitución federal, solo puede modificarse con gran dificultad. Por tanto, un error en su interpretación únicamente puede corregirse a todos los efectos prácticos mediante el repudio o la modificación del tribunal de su decisión anterior¹⁸.

¹⁵ La cita de Willoughby que hace la Corte es inexacta, pues invoca el título “*On the Constitution*”, cuando la obra en realidad se titula *The Constitutional Law Of The United States*. En efecto, si se consulta el volumen 1, página 74 de este título (que son las indicaciones de la cita que la Corte brinda) se corrobora que allí Willoughby explica lo que la Corte señala. Por lo demás, el tribunal no indica la edición que ha consultado. La paginación a la que alude, he podido comprobar, es de la edición del año 1929. Tales errores en la cita se arrastran en las sentencias de la Corte hasta el día de hoy.

¹⁶ En el caso “Brusa”, Maqueda afirma que Willoughby es quizá “el tratadista norteamericano que la Corte argentina cita con mayor frecuencia”. Fallos: 326:4816 (2003), voto concurrente de Maqueda, consid. 10.

¹⁷ El párrafo completo de la Corte Suprema argentina es el siguiente: “Sería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos (cf. Thomas M. Cooley citando al Canciller Kent, *Constitutional Limitations*, t. 1, pág. 116). Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *stare decisis* sin las debidas reservas —conf. Willoughby, *On the Constitution*, t. 1, pág. 74—, no es menos cierto que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes”.

¹⁸ “In cases of purely private import, the chief desideratum is that the law remains certain, and, therefore, where a rule has been judicially declared and private rights created thereunder, the courts will not, except in the clearest cases of error, depart from the doctrine of *stare decisis*. When, however, public interests are involved, and especially when the question is one of constitutional construction, the matter is otherwise. An error in the construction of a statute may easily be corrected by a legislative act, but a Constitution and particularly the Federal Constitution, may be changed only with great difficulty. Hence an error in its interpretation may for all practical purposes be corrected only by the court's repudiating or modifying its former decision”.

Como se ve, en realidad la Corte asume un estándar más gravoso que el establecido por el propio Willoughby: mientras el tribunal exige, en materia constitucional, una “causa grave”, una decisión “claramente errónea”, el académico admitía, en principio, cualquier error en la interpretación constitucional. Reservaba el error claro, manifiesto, para las causas en las que se vieran comprometidos intereses privados.

Cabe destacar que el razonamiento de Willoughby sobre el estándar más flexible de *stare decisis* en materia constitucional es muy similar al que consagra el juez Brandeis en su famosa disidencia en *Burnet v. Colorado Oil Gas & Co*¹⁹. No obstante, a pesar de que esa sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos era relativamente contemporánea a “Baretta” —es de 1932— y a pesar de que la Corte argentina decidió mirar a su par norteamericano al sentar doctrina sobre el cambio de precedente, tal disidencia no aparece citada ni en “Baretta” ni en ninguna sentencia posterior sobre el tópico.

Con todo, la influencia estadounidense en la materia es innegable, al punto que la Corte alude a un supuesto *stare decisis* constitucional que existiría en Argentina y que la lleva a mantener su precedente como regla general. En efecto, la transcripción y cita de Cooley (indirectamente, de Kent) y de Willoughby, no solo se repetirá en el discurso del máximo tribunal en varias ocasiones²⁰, sino que también recibirá acogida en múltiples tribunales inferiores y locales²¹.

El estándar de “Baretta” implica que como principio general el precedente debe mantenerse, a menos que tal decisión sea *claramente errónea* o *inconveniente* o que existan *causas graves* que hagan ineludible el cambio. La Corte delineó ciertos factores que justifican el cambio, pero, sobre todo, consagró la exigencia de que el cambio sea ineludible: que no haya otro camino, que sea indispensable modificar o abandonar ese precedente. Esto conlleva el reconocimiento de que la estabilidad es la regla.

“Baretta”, como se anticipó, será posteriormente invocado en diversas oportunidades en las que la Corte modificaría su criterio. Ello sucederá, por ejemplo, en “Ferrocarril del Sud c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales”²². Pero también la Corte lo traerá a colación cuando lo que quiere hacer es justificar el mantenimiento de su precedente. Así, en “Mario B. Gabiña c/Provincia de Buenos Aires”²³ —oportunidad en la que la Corte debía evaluar la constitucionalidad de un impuesto provincial sobre un bien inmueble—, al igual que en

¹⁹ 285 U.S. 393, 406 (1932). Para un análisis exhaustivo de esta disidencia, véase Legarre, S., “La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema argentina y el *stare decisis*”, *Derecho Público Iberoamericano*, 2014, n° 4, pp. 237-254.

²⁰ Fallos: 339:1077 (2006); Fallos 337:47 (2014) y Fallos: 342:761 (2019).

²¹ Tan solo por poner algunos ejemplos, en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 13/02/2015, “SADAIC EN J° 241173/50183 SADAIC c/Park Vendimia Suites p/ cobro pesos p/ rec. Ext. de inconst. – casación”, expte. N° 112765; Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 28/9/2016, “Quiroga, Claudia Beatriz c/ Ribolzi Silvio Reinaldo p / divorcio vincular contencioso”, expte. 1000/10/4F-80/15; Superior Tribunal de Justicia de Chubut, 28/9/2016, “C., J.A. c/ A. SA y otra s/ accidente”, expte. N° 23187-C-2013 (voto del juez Panizzi).

²² Fallos: 192:414 (1942), 2 edición 192:279 (en la colección oficial solo figura el sumario, pero en nota al pie se cita el tomo y página de “Baretta”).

²³ Fallos 209:431 (1947).

“Baretta” (y con cita de ese precedente), el tribunal invocó una decisión previa que consideraba plenamente aplicable al caso que estaba resolviendo y aclaró que no había motivos para modificar ese criterio. Indicó:

Que la doctrina de los precedentes citados basta para la solución del caso de autos e impone el acogimiento de la demanda. No se han planteado en efecto, en el curso del juicio cuestiones diferentes a las analizadas por el Tribunal en los recordados antecedentes, y si bien es cierto que la autoridad de la jurisprudencia no es siempre decisiva, no lo es menos la evidente conveniencia de su estabilidad en tanto no se alleguen fundamentos o medien razones que hagan ineludible su modificación.

En “Sánchez”²⁴, Zaffaroni y Argibay citaron “Baretta” en su voto concurrente, para justificar el apartamiento de la doctrina del precedente “Chocobar”. Afirmaron que si bien eran conscientes de que eso alteraba la continuidad que debe regir en los precedentes, se configuraba la salvedad que ya se había esbozado en “Baretta”, de que la Corte podría apartarse del precedente si hubiera causas graves que hicieran ineludibles el cambio de criterio (consid. 3º). Según los ministros, eso sucedía en el caso porque el argumento central del tribunal presentaba falencias de gran magnitud. Más tarde lo citaría Fayt en su voto en “Rodríguez Pereyra”²⁵, para reconocer la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma de oficio, y abandonar así algunos precedentes en los que se había negado tal potestad. Lorenzetti haría lo propio en su voto concurrente en “Ingenieros, María Gimena c/ Techint”²⁶, para fundar el mantenimiento de los precedentes “Larrabeiti Yañez” y “Villamil”, en los que la Corte había declarado que no eran imprescriptibles las acciones resarcitorias civiles por delitos de lesa humanidad. Finalmente, Maqueda en “CEPIS”²⁷ incluye una alusión genérica al valor del precedente para fortalecer las decisiones previas de la Corte sobre procesos colectivos. De este modo, el estándar se sigue utilizando tanto para fundar el cambio de criterio como para aplicar el principio general que ordena seguir el precedente.

III.2 Las razones de justicia

En 1960 la Corte aludió, por primera vez, a “razones de justicia” que podrían fundar la revisión de la jurisprudencia. Esta vez la Corte pretendía dejar de lado su precedente. Así, en “García de Thorndike”²⁸, señalaba:

²⁴ Fallos: 328:1602 (2005).

²⁵ Fallos 335:2333 (2012).

²⁶ Fallos: 342:761 (2019).

²⁷ Fallos: 339:1077 (2006).

²⁸ Fallos: 248:115 (1960).

Que no es obstáculo insalvable para la solución a que se llega la circunstancia de que ella se aparte de la doctrina de anteriores pronunciamientos de esta Corte. Porque si bien la permanencia de la jurisprudencia es deseable, con fundamento en la preservación de la seguridad jurídica, no debe obstar a su revisión cuando medien razones de justicia suficientes al efecto²⁹.

La Corte matiza su postura respecto del cambio del precedente y, sin mención de “Baretta”, abandona su criterio con la invocación de un estándar abstracto como el de razones de justicia suficientes. Aún más, parece suavizar la regla general, al postular que la permanencia del criterio es “deseable”.

III.3 La disidencia de Petracchi, que se convierte en regla en “Barreto”. Nuevamente, la influencia norteamericana

En 1990, en “Montalvo”³⁰ (uno de los varios giros jurisprudenciales de la Corte sobre tenencia de estupefacientes para consumo personal), el juez Petracchi en disidencia mantuvo el lineamiento de “Baretta”, pero incorporó ciertos parámetros desarrollados en la Suprema Corte de los Estados Unidos y los aplicó a la doctrina sobre abandono del precedente de la Corte Suprema argentina (consids. 15 y 16). Sostuvo que el principio general que lleva al seguimiento del precedente

no debe ser considerado como una regla absoluta ni rígida, que impida toda modificación en la jurisprudencia de la Corte, pues los tribunales “...no son omniscientes. Como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión...” (voto en disidencia del juez Black *in re* “Green vs. U.S.”, 356 U.S. 165, pág. 195). Sin embargo, tal como lo señaló la Corte en el mencionado caso “Baretta”, tienen que existir “causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio”.

A pesar de que tales afirmaciones son muy cercanas a la disidencia del juez Brandeis ya referida, nuevamente se omitió su invocación. Se citó, en cambio, un precedente posterior de la Suprema Corte de Estados Unidos. Luego, el ministro indicó que, entre las causas para fundar un cambio de criterio, la Suprema Corte de los Estados Unidos había destacado dos de particular relevancia:

²⁹ Las razones de justicia a las que luego alude la Corte no son demasiado específicas ni suficientes: señala que ello acontece en el caso “porque el fallo que se confirma acuerda derechos a cuyo desconocimiento, por tratarse de materia de previsión social, no debe llegarse sino con extrema cautela”. Y agrega que como no hay previsión legal expresa, la decisión se encomienda a la prudente interpretación judicial que puede “inclinarse por la tesis que mejor exprese el estado de la evolución del problema jurídico en debate”.

³⁰ Fallos: 313:1333 (1990).

ha considerado que no existen razones importantes para mantener un precedente que se considera erróneo, cuando el posterior desarrollo jurisprudencial del tribunal ha convertido a aquél en una mera expresión aislada que no forma parte de la corriente doctrinaria dominante [y] que corresponde apartarse de determinada jurisprudencia cuando las ‘lecciones de la experiencia’ o las ‘cambiantes circunstancias históricas’ han demostrado lo erróneo de la solución contenida allí.

La mayoría de las referencias a la Suprema Corte de Estados Unidos que hace Petracchi constituyen disidencias y, por ende, no configuran la doctrina oficial del tribunal del norte sobre el tópico. En verdad, es discutible si hay una doctrina “oficial” del *stare decisis* en la Corte de Estados Unidos. Es que también allí la procedencia del abandono del precedente horizontal y las razones que lo justifican es un asunto muy discutido. El discurso del tribunal al respecto ha variado considerablemente. En esta línea, Starger muestra dos grandes tendencias sobre *overruling* en el máximo tribunal del Norte: la que aplica un *test* débil de *stare decisis* —que admite el abandono del precedente que sea erróneo o mal razonado— y la que aplica un *test* fuerte de *stare decisis* —que requiere una justificación especial para abandonar el precedente, diversa de si fue bien o mal razonado³¹. A este escenario se suman quienes consideran que solo el precedente manifiesta o demostrablemente erróneo amerita ser abandonado³². Lo cierto es que la Corte argentina parece adherir al estándar débil del *stare decisis*, al admitir que el precedente erróneo habilita un cambio de criterio, pero restringe esa flexibilidad al exigir que el cambio sea ineludible y que las causas sean graves.

Las afirmaciones y citas del Petracchi disidente en “Montalvo” se transformaron en el discurso mayoritario de la Corte argentina en el caso “Barreto”³³. En esa oportunidad, la Corte redefinió el concepto de “causa civil” para la procedencia de su competencia originaria. En el considerando 4º, replicó lo que había sostenido Petracchi en “Montalvo”, a la vez que se remitió a él y a sus citas. Pero también incorporó los estándares de “Baretta” (causas graves, ineludibles) y de “García de Thorndike” (razones de justicia). Se consagraron entonces, en el discurso del tribunal, ciertos factores de cambio de precedente provenientes de la Suprema Corte de Estados Unidos, tales como (i) el carácter erróneo de la decisión; (ii) las lecciones de la experiencia o (iii) las cambiantes circunstancias históricas. La Corte sostuvo que:

tienen que existir “causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio” o es necesario que “medién razones de justicia al efecto”, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada

³¹ Cfr. Starger, C. (2014). “The Dialectic of Stare Decisis Doctrine”, en Peters, C. J. (ed.), *Precedent on the U.S. Supreme Court*, 2014, pp. 19-45.

³² Por ejemplo, NELSON, C., “Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents”, *Virginia Law Review*, vol. 87, n° 1, 2001, pp. 1-84. Es también la concepción del juez Thomas de la Suprema Corte, como queda reflejado en sus votos en los recientes casos *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. ____ (2020) y *Gamble v. US*, 587 U.S. ____ (2019).

³³ Fallos 329:759 (2006).

apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido.

III.4 La carga argumentativa del cambio: “Arte Radiotelevisivo” y “Schiffrin”

En “Arte Radiotelevisivo”³⁴ —sentencia del 2014— la Corte volvió a aplicar los estándares de “Baretta” (incluso retomó las citas de Cooley y Willoughby sobre el *stare decisis* constitucional). Pero aquí la diferencia era que la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que se estaba recurriendo, invocaba y se fundaba en el precedente de la Corte. Además, una de las partes —el Estado Nacional— había intervenido en la causa en la que se había dictado el precedente aplicable. Esto provocó que la Corte se explayase un poco más sobre las cargas argumentativas del cambio de precedente.

Es así que agregó un estándar, no para fundar el cambio, sino para fundar la pretensión de que la Corte revise su precedente. En efecto, extendió la autoridad de sus fallos a todas las partes del juicio. Sostuvo entonces que quien pretendiera del máximo tribunal un nuevo examen de una cuestión constitucional, debía

exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable.

De este modo, el tribunal aludió a una argumentación nítida, inequívoca y concluyente que demostrase que existen causas graves que no dejen otra alternativa más que el cambio del precedente (que lo vuelvan, una vez más, “ineludible”). Como surge de estos estándares, la Corte confirmaba que el seguimiento del precedente es el principio general y que no cualquier causa habilita su revisión, sino que deben ser causas graves que tornen el cambio ineludible.

Acto seguido, la Corte se refirió a esa argumentación como una “carga argumentativa calificada” y señaló que ella se profundiza cuando la parte que integra la *litis* hubiera intervenido en la causa en la que se hubiera dictado el precedente. Hasta aquí, de todos modos, el tribunal parecía colocar un deber de argumentación en cabeza de la parte que solicita la revisión, pero no aclaraba si el mismo deber recae en el tribunal cuando es él mismo el que quiere abandonar su propio precedente.

Sobre esto último se pronunciará finalmente en “Schiffrin”³⁵, con ocasión de reevaluar la constitucionalidad de la reforma constitucional que incorporó el límite de 75 años para el cargo de juez. Allí, la Corte se autoimpuso la carga argumentativa de justificar por qué habría de abandonar un precedente (considerando 6º). Señaló:

³⁴ Fallos 337:47 (2014).

³⁵ Fallos 340:257 (2017).

6º) La autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores. Así, en Fallos: 183:409 se estableció que el Tribunal no podría apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio.

7º) Que el juicio de ponderación en casos de relevancia institucional debe identificar una serie de principios claros y estables, que son los siguientes: a) el precedente de la Corte Suprema tiene un valor que obliga a ser seguido y respetado, salvo que exista una situación de excepción que exija una argumentación suficiente.

(...)

9º) Que es necesario precisar que los precedentes deben ser mantenidos por esta Corte Suprema y respetados por los tribunales de grado, por una importante y evidente razón de seguridad jurídica.

La carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada.

III.5 Síntesis

Como conclusiones generales de esta primera parte, cabe resaltar que la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos ha sido la principal fuente de inspiración para los estándares de alteración del precedente diseñados por la Corte Suprema argentina.

La Corte Suprema argentina ha definido que el principio general es el seguimiento de sus precedentes, y el cambio, la excepción. Sin perjuicio de ello, ha admitido que ciertos factores —como la inconveniencia, las lecciones de la experiencia, la justicia o el carácter erróneo de la decisión— habiliten el cambio. Pero, finalmente, ha acompañado estos factores de otras dos exigencias: a) que el cambio sea ineludible; b) que se proporcione una argumentación suficiente, nítida, concluyente en favor de ese cambio, a cargo de quien se aparte o pretenda el apartamiento del precedente.

IV. Lo que la Corte hace

IV.1 El peor escenario: la Corte no se hace cargo de que abandona un precedente

La actitud más irrazonable que un tribunal puede asumir respecto de su propio precedente es ignorarlo. Sea consciente o inconscientemente, esto es, a sabiendas de que existe un

precedente aplicable o sin siquiera preocuparse por encontrarlo, el peor escenario en el que se produce el abandono de un precedente es aquel en el que el tribunal no se hace cargo de que eso es precisamente lo que está haciendo.

En estos supuestos, uno se entera de que ese abandono se configura por pura casualidad, porque conocía el precedente anterior o —como sucede muchas veces— porque ello queda de manifiesto en el voto disidente, que efectivamente menciona el precedente y propone mantenerlo.

A continuación, proporcionaré tres ejemplos de sentencias recientes en los que este abandono solapado ha tenido lugar.

a) De “Camps”³⁶ a “Simón”³⁷

En el caso “Simón”, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida, e implícitamente abandonó con esa decisión su anterior jurisprudencia en la materia. En efecto, en “Camps” y otros precedentes posteriores, el tribunal se había pronunciado en favor de la constitucionalidad de esas normas³⁸. A pesar de ello, en “Simón”, la Corte no dejó constancia expresa de ese abandono ni brindó la argumentación tendiente a demostrar que era ineludible y justificado.

Aún más: la Corte Suprema no solo hizo caso omiso de la existencia de los precedentes, sino que hizo algo más reprochable. Muchos de los ministros que integraron la mayoría de decisión citaron, en sustento de su posición, las disidencias del precedente “Camps”. Es decir, invocaron votos minoritarios para fundar la nueva postura mayoritaria, sin advertirle al lector, de modo prístino, que lo que estaban invocando eran disidencias, y sin indicar por qué la postura que había triunfado en ese precedente debía ser abandonada.

Así, por ejemplo, en su voto en “Simón”, el juez Petracchi aludió a su propia disidencia en “Camps”, en referencia a las supuestas falencias que presentaba la ley cuestionada en cuanto a su formulación. Afirmó:

que la ley mencionada presentaba falencias serias en cuanto a su formulación, las cuales fueron señaladas al examinar su compatibilidad con la Constitución Nacional en el precedente de Fallos: 310:1162 (conf. voto del juez Petracchi). Como se indicó en esa oportunidad, la ley 23.521 presentaba la particularidad de que no establecía regla alguna aplicable a hechos futuros y, de este modo, no cumplía con el requisito de generalidad propio de la función legislativa, infringiendo, por lo tanto, el principio de división de poderes. Asimismo, tal como se destacó en ese momento, no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad cuando el contenido ilícito de las órdenes es manifiesto, tal como

³⁶ Fallos: 310: 1162 (1987).

³⁷ Fallos: 328:2056 (2005).

³⁸ Fallos 311:401 (1988); 311:816 (1988); 311:890 (1988); 311:1085 (1988); 311:1095 (1988); 312:111 (1989); 315:2988 (1992); 316:532 (1993); 316:609 (1993); 316:2171 (1993) y 321:2031 (1998).

ocurre en los casos de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional. (Considerando 13)

Como surge de la transcripción efectuada, Petracchi invocó razones por las cuales la norma cuestionada sería inconstitucional. Para ello, se remitió a su propio voto en la causa “Camps”. Pero, al citarlo, no indicó que ese voto constituía una disidencia; mucho menos dio cuenta de que en la causa “Camps” se había resuelto exactamente lo opuesto de lo que él estaba afirmando en ese acápite. Es decir, no solo no afrontó el deber argumentativo de refutar el precedente, sino que lo utilizó en su favor, a partir de la confusa invocación de su disidencia.

El juez Boggiano adoptó una actitud similar. En los considerandos 24 y siguientes de su propio voto, se refirió a los precedentes en los que se había declarado la constitucionalidad de las normas ahora cuestionadas (entre ellos, mencionó “Camps”). Pero seguidamente invocó la disidencia de Bacqué en ese último precedente. Desarrolló, entonces, extensamente los argumentos de la disidencia en el precedente aplicable y se adhirió a ellos. Nada dijo sobre la decisión concreta a la que arribó la Corte en ese precedente ni sobre los argumentos del voto mayoritario que era, recordemos una vez más, la doctrina oficial de la Corte, aplicable en supuestos similares. En el considerando 79, Boggiano volvió a citar la disidencia del juez Bacqué en “Camps” y se remitió a los precedentes estadounidenses que este último allí mencionaba.

En el voto de Highton de Nolasco ocurrió lo mismo, esta vez, con cita de las dos disidencias en “Camps”: la de Petracchi y la de Bacqué. Así, la ministro afirmó, en el considerando 19, que

en efecto, en lo que atañe a la ley 23.521, resulta insoslayable que la presunción *iure et de iure* de inculpabilidad que se establece en su art. 1° implica una lisa y llana violación a la división de poderes, por cuanto el Poder Legislativo se ha arrogado facultades propias del Poder Judicial al imponer a los jueces una interpretación determinada de los hechos que les competía juzgar, impidiéndoles que, en ejercicio de atribuciones propias y excluyentes, los magistrados judiciales examinaran las circunstancias del caso y determinaran en cada supuesto concreto si efectivamente en él se daban las situaciones que aquella ley preanunciaba dándolas por sentado, sin admitir prueba en contrario (conf. disidencias respectivas de los jueces Petracchi y Bacqué en Fallos: 310:1162).

Lorenzetti incurrió en la misma omisión. En en el considerando 24, afirmó que

Esta ley presenta varias objeciones constitucionales relevantes.

En primer lugar, impone a los jueces una determinada interpretación de los hechos sometidos a su conocimiento en una causa o controversia (opinión del ministro Bacqué en su disidencia en Fallos: 310:1162)...

Por su parte, Maqueda mencionó “Camps” y los precedentes posteriores e indicó que allí se declaró la validez constitucional de la ley de obediencia debida. No obstante, luego asumió la postura diametralmente opuesta a los precedentes que acababa de invocar, sin explicar las razones por las cuales el cambio era ineludible.

Solo el juez Fayt, que votó en disidencia, mencionó la existencia del precedente “Camps”, el sentido de la decisión allí tomada y la multiplicidad de precedentes posteriores en los que se había confirmado esa decisión. Citó, en efecto, los precedentes 311:80, 715, 728, 734, 739, 742, 743, 816, 840, 890, 896, 899, 1042, 1085, 1095 y 1114; 312:111, “entre muchos otros”. Asimismo, dejó asentado que en la causa “ESMA” la propia Corte sostuvo que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no era aplicable retroactivamente.

Fayt señaló, con acierto, que “antes de considerar los argumentos invocados tanto en la sentencia apelada como en el dictamen del señor Procurador General”, se imponía considerar esa línea jurisprudencial. Lamentablemente, fue el único que se hizo cargo de tal *iter* argumental.

Al refutar la sentencia de cámara indicó que

el tribunal *a quo* no explica cómo este cambio jurisprudencial y constitucional [relativo al valor del derecho internacional en el derecho interno] es capaz de alterar lo resuelto por este Tribunal en la causa “ESMA” y en las que la sucedieron. Y no logra explicarlo porque sencillamente no lo altera...

Estas apreciaciones de Fayt en contra de la sentencia del tribunal inferior son perfectamente aplicables a los votos que conformaron la mayoría de decisión en “Simón”.

En otras palabras, ante la existencia de cuantiosos precedentes en un sentido, al menos hace falta reconocer su existencia y rebatir su solución, si se quiere adoptar el criterio opuesto. Pero, como se ha visto, nada de eso sucedió en la multiplicidad de votos que integraron la mayoría de decisión.

Un tribunal no puede, en un caso, desplegar un abanico de motivos para sostener “A” y, años después, livianamente sostener “-A” sin siquiera dejar sentado que el mismo tribunal está cambiando de criterio. Mucho más objetable es que la mayoría de decisión invoque a quienes constituyeron minoría en el precedente anterior y no se haga cargo de refutar ese precedente. Es una práctica que solo confunde a quien lee la sentencia: tanto la mayoría como la minoría en “Simón” invocan “Camps”, pero en sentidos opuestos, debido a que unos se refieren a la decisión oficial del tribunal, mientras que otros hacen suyos los argumentos de las disidencias.

b) De “Portal de Belén”³⁹, “Sánchez, Elvira”⁴⁰ y “T.S. c/GCBA” a “F., A. L.”⁴¹

En el caso “F., A. L.” la Corte resolvió que el inciso segundo del artículo 86 del Código Penal debía interpretarse en el sentido de que “no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima” (consid. 18). Para arribar a esa decisión y, en consecuencia, negar o restringir sustancialmente el derecho a la vida de la persona por nacer, la Corte debió contradecir diversos precedentes horizontales en los que había reconocido expresamente ese derecho. Lo hizo, una vez más, sin hacerse cargo de ellos ni justificar la distinción o asumir la contradicción y el consecuente abandono de la interpretación que la Corte venía sosteniendo⁴².

Un caso que sin duda hubiera merecido invocación por parte de la Corte era “Portal de Belén”⁴³. Es cierto que su plataforma fáctica y jurídica difería de la debatida en “F.A.L.”: allí se discutía si un fármaco era abortivo por cuanto impedía el anidamiento y, en consecuencia, si su fabricación, distribución y comercialización eran compatibles con la Constitución y los tratados internacionales. Sin embargo, en esa oportunidad la Corte había interpretado las obligaciones internacionales del Estado argentino en relación con la protección de la vida desde la concepción de un modo incompatible con la interpretación que propuso luego el tribunal en “F.A.L.”. Allí se sostuvo (i) que “el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario”; (ii) que el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos obligaba a proteger los derechos esenciales; (iii) que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva y garantizado por la Constitución Nacional y (iv) que, en consecuencia, todo método que impidiera el anidamiento debía considerarse como abortivo y, por ende, prohibido, pues lo contrario no solo iría en contra de la Constitución, sino que también vulneraría estándares de protección de los derechos humanos sostenidos por la Corte IDH.

Ya en “Saguir y Dib”⁴⁴ la Corte había afirmado que el derecho a la vida estaba garantizado en la Constitución Nacional y, de hecho, en “Portal de Belén” invocó ese precedente⁴⁵. Fundar el apartamiento era imprescindible para que el discurso del tribunal mantuviera

³⁹ Fallos: 325: 292 (2002).

⁴⁰ Fallos: 330:204 (2007).

⁴¹ Fallos: 335:197 (2012).

⁴² Por tal motivo, se ha calificado a “F.A.L.” como un giro jurisprudencial copernicano e, implícitamente, se atribuye tal variación al cambio en la composición del tribunal. Cfr. ZAMBRANO, Pilar; SACRISTÁN, Estela B., “El derecho a la vida y el aborto”, en RIVERA, Julio C. (h); ELÍAS, José S.; GROSMAN, Lucas; LEGARRE, Santiago (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 656.

⁴³ Fallos: 325: 292 (2002).

⁴⁴ Fallos: 302:1284 (1980).

⁴⁵ García-Mansilla critica expresamente que la Corte hubiera ignorado sus propios precedentes, por no haberse hecho cargo de “Saguir y Dib”. GARCÍA-MANSILLA, Manuel, “Las arbitrariedades del caso ‘F., A. L.’. Omisiones, debilidades y (ho)(e)rrores del ‘Roe v. Wade’ argentino”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, tomo XXXIX, 2012, parte II, p. 11. Disponible en <https://www.ancmip.org.ar/categoria.asp?id=493>, última visita el 5-10-2021.

coherencia: debía justificar por qué la cuestión controvertida en “F.A.L.” merecía otra interpretación o el abandono de la anterior. No obstante, ni siquiera hizo mención del precedente.

Por otra parte, la interpretación constitucional, normativa y del derecho de los derechos humanos que efectúa la Corte en “F.A.L.”, respecto de la persona por nacer, su condición jurídica y sus derechos, se opone radicalmente a la conclusión a la que el tribunal había arribado en “Sánchez Elvira”⁴⁶. Allí la Corte había reconocido a la actora, quien había percibido el beneficio previsto por ley por el fallecimiento de su hija como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, el derecho a percibir ese mismo beneficio por el fallecimiento de su nieta no nacida. En esa oportunidad, entonces, el máximo tribunal confirmó que el artículo 63 del Código Civil señalaba como especie del género “persona” a las “personas por nacer” (aquellas que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno”). El tribunal reconoció expresamente el carácter de “persona” de las personas por nacer.

En “F.A.L.” la Corte tampoco transitó esa vía argumentativa: omitió referirse tanto al comienzo de la vida humana —aspecto examinado con profundidad en “Portal de Belén” desde una perspectiva científica— como al estatus de la persona por nacer —sobre el cual ya había definido su postura en los precedentes mencionados—. Se trataba de dos cuestiones sustanciales que hubieran determinado una resolución contraria del caso.

Pero indudablemente un precedente del que el tribunal no podía desentenderse era “T.S. c/GCBA”⁴⁷. Aquí sí nos ubicamos frente a una plataforma fáctica similar a “F.A.L.”: se trataba de una mujer embarazada que había solicitado el adelantamiento del parto por cuanto su bebé había sido diagnosticado de anencefalia y, por ende, no tendría posibilidad alguna de sobrevivir luego del nacimiento. Esto le provocaba, al decir de la mujer, un daño en su salud física y psíquica (como también se argumentó en favor de la menor en “F.A.L.”) y encuadraba el caso en el inciso 1° del artículo 86 del Código Penal. La Corte, finalmente, autorizó el nacimiento prematuro, cuidándose específicamente de dejar a salvo, en reiteradas oportunidades, la protección del derecho a la vida del niño desde la concepción, amparada por la Constitución argentina y por los tratados internacionales. En este sentido, el tribunal destacó que el nacimiento anticipado no significaba, de ningún modo, dar muerte al niño por nacer, porque la muerte, de producirse, se daría por la anencefalia que padecía, luego de nacido vivo el niño, gracias al estado avanzado del embarazo.

En múltiples ocasiones señaló el tribunal que no estaba autorizando el aborto, que la práctica que se estaba autorizando no provocaría la muerte del feto, pues lo contrario iría en contra del derecho a la vida desde la concepción que le asiste a la persona por nacer, en virtud de la Constitución y de los tratados internacionales de los que Argentina es parte.

En definitiva, el tribunal se cuidó de distinguir la práctica del aborto —tendiente a provocar la muerte de la persona por nacer y prohibida por los tratados internacionales y la

⁴⁶ Sobre esto, véase ZACAGNINO, María Eugenia, “Teoría de la argumentación jurídica (II)”, en SACRISTÁN, Estela B. (dir.), *Manual de Jurisprudencia y Doctrina*, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 714, con cita de ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, ATIENZA, Manuel; ESPEJO, Isabel (trads.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁴⁷ Fallos: 324:5 (2001).

Constitución— del nacimiento anticipado que estaba autorizando, que no ponía en peligro alguno la vida del no nacido y que se realizaría en condiciones dirigidas a preservar su vida. En efecto, sostuvo que

el alumbramiento sólo pondrá en evidencia que no puede sobrevivir en forma autónoma, sin que la solución que aquí se adopta afecte la protección de su vida desde la concepción tal como lo establecen el art. 2 de la ley 23.849 —aprobatoria sobre la Convención de los Derechos del Niño— y el art. 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—. Todavía se encuentra vivo dentro del vientre de otra persona, su madre, de quien se diferencia desde aquel momento y no a partir de su nacimiento.

Queda de manifiesto que, en sus precedentes, la Corte había interpretado el plexo constitucional y convencional y considerado que este protege la vida del no nacido desde la concepción, sin autorizar una práctica que pudiera provocar su muerte, más allá del peligro a la salud psíquica de la madre. Es, entonces, también evidente que la Corte no pudo haber sostenido exactamente lo contrario en “F.A.L.” sin, cuanto menos, justificar debidamente el abandono de su criterio. Para esto, no bastaban afirmaciones dogmáticas de que ningún tratado internacional exigía restringir la interpretación del artículo 86. El tribunal debía encontrar y explicitar verdaderas razones para mutar su interpretación y restringir aquel derecho que, como vimos, había considerado natural y preexistente a cualquier otro, y que ella misma había reconocido expresamente pocos años atrás. Ciertamente no lo hizo.

c) De “Asociación Filantrópica Francesa”⁴⁸ a “Institutos Médicos Antártida”⁴⁹

“Asociación Filantrópica Francesa” e “Institutos Médicos Antártida” fueron causas que llegaron a la Corte con plataformas fácticas casi idénticas: en ambas, la mala praxis operada durante el nacimiento de dos niños les había provocado una severa e irreversible discapacidad. Las familias de esos niños demandaron al médico interviniente y a los hospitales respectivos en los que los nacimientos se habían producido y, luego de largos procesos, sus demandas prosperaron. Pero los institutos médicos se declararon en quiebra, motivo por el cual, en ambos procesos concursales, las respectivas familias solicitaban que se les reconociera a sus créditos un privilegio para cobrar con anticipación respecto de los demás acreedores, incluso de aquellos que contaban con créditos hipotecarios. Se invocaba, para fundar dicha pretensión, la inconstitucionalidad de la Ley de Concursos y Quiebras, por la ausencia de previsión de un privilegio crediticio en favor de la discapacidad.

En noviembre de 2018, la primera decisión de la Corte recayó en “Asociación Filantrópica Francesa”. Allí, con una mayoría de 3 sobre 2 (3-2), se declaró la constitucionalidad del

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R y otros*, 06/11/2018, Fallos 341:1511 (2018).

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/incidente de verificación*, 26/03/2019, Fallos 342:459.

régimen de quiebras. Cuatro meses después, la Corte se pronunció en el caso “Institutos Médicos Antártida”. También resolvió con una mayoría de 3 sobre 2 (3-2), pero, ante la excusación del ministro Rosenkrantz, intervino como conjuera Graciela Medina. Esta vez la Corte entendió que el régimen de quiebras era inconstitucional, y otorgó un privilegio para el crédito del niño con discapacidad para cobrar con anterioridad a cualquier otro acreedor⁵⁰. En otras palabras, con una diferencia de cuatro meses, debido exclusivamente a un cambio circunstancial de composición del tribunal en uno de sus miembros por la excusación de un ministro, la Corte se contradujo a sí misma y resolvió exactamente lo opuesto a lo que había resuelto tan solo meses antes en un caso prácticamente idéntico.

Por supuesto, en tanto el cambio se operó pura y exclusivamente por la aleatoria casualidad de que uno de los ministros se excusó, la Corte no proporcionó argumentación alguna tendiente a justificar el cambio de criterio.

Como si fuera poco, el juez Maqueda, en su voto, invocó el precedente “Asociación Filantrópica”, pero no precisamente para justificar su abandono. En efecto, señaló:

Que las circunstancias fácticas y las cuestiones de fondo planteadas en la presente causa resultan sustancialmente análogas a las examinadas y resueltas en la causa “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidencia de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, *voto en disidencia del juez Maqueda (Fallos: 341:1511)*, en el que se hizo lugar al reclamo efectuado por los incidentistas, se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 239, primer párrafo; 241; 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2° de la ley 24.522, y se verificó el crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. (considerando 6°).

El lector distraído caerá en la trampa de creer que el juez Maqueda estaba siguiendo estrictamente el precedente que la Corte dictó tan solo meses antes. El ministro, en primer lugar, señaló que las causas son sustancialmente análogas y luego indicó que se había hecho lugar al reclamo efectuado, se había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios en la ley de concursos y quiebras y se había verificado el crédito con privilegio especial.

No obstante, si se presta atención a lo que especialmente destacué en la transcripción, Maqueda está haciendo referencia a su propia disidencia en ese caso. Omitió el pequeño detalle de que, como su voto fue disidente, lo que ocurrió en “Asociación Filantrópica” fue exactamente lo opuesto a lo que él dice que ocurrió: la Corte allí rechazó el reclamo efectuado, convalidó la constitucionalidad del régimen de privilegios, y denegó la verificación del crédito con privilegio.

Ese desprolijo uso de los precedentes tiene que ver con otro gran problema, que es el modo en el que se redactan y citan las disidencias: se escriben —y replican— como si fueran la

⁵⁰ No es posible efectuar aquí un análisis del fondo de la cuestión, para cuyo estudio me remito a lo señalado por Capdevila & Palazzo, 2020. El abordaje de esta díada de sentencias se realiza, en este trabajo, desde la perspectiva del precedente.

resolución del caso, en lugar de utilizarse tiempos verbales modales o dejar en claro que se trata de la opinión de uno de los ministros (disconforme con la del tribunal *in totum*)⁵¹.

En suma, el ministro invocó su propia disidencia para fundar su criterio personal, sin siquiera hacerse cargo de que la Corte recientemente había resuelto lo contrario y que, dejar de lado ese precedente, requería proporcionar la fundamentación adecuada, tal como la propia Corte se lo autoimpuso desde siempre.

El panorama empeora cuando se analiza el voto del juez Rosatti. El ministro hizo lo mismo que su colega, es decir, invocó su disidencia, *pero sin siquiera aclarar que se trataba de una disidencia*. De ese modo, afirmó, en el considerando 9º de su voto:

Que la cuestión que se plantea en autos presenta sustancial analogía con la examinada en mi voto en la causa “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros” (Fallos: 341:1511), cuyas consideraciones resultan de aplicación al caso en examen y a las que me remito —en lo pertinente— por razón de brevedad. En dicha oportunidad, a la luz de las especialísimas circunstancias del caso, se declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, párrafo 1º, 241 y 242, parte general, y 243, parte general e inciso 2º, de la ley 24.522, y se verificó a favor del incidentista un crédito con privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio.

Nuevamente, aparece el problema de que el ministro afirme que se hizo lo que no se hizo: en dicha oportunidad, ni se declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales ni se verificó a favor del incidentista ningún crédito con privilegio especial. Eso fue lo que Rosatti propuso en su voto, no lo que se hizo. Su criterio quedó en minoría y, por ende, la Corte precisamente hizo lo opuesto. Más allá del equivocado tiempo verbal, el ministro ni siquiera aclaró expresamente, entre paréntesis o de algún otro modo, que ese voto suyo al que aludía era una disidencia. Con lo cual se profundiza la confusión sobre la conjugación de los precedentes, dando una apariencia de armonía cuando, en realidad, lo que existe es una profunda contradicción en el discurso de la Corte.

La invocación de un precedente en esos términos es intolerable. Ante escenarios insólitos como este, en el que el máximo tribunal de un país emite dos sentencias diametralmente opuestas casi en simultáneo, uno se pregunta cómo es posible que se exija luego a los tribunales inferiores que conformen sus sentencias a los precedentes del máximo tribunal. ¿Cuál de los dos precedentes deberán seguir: el último o el dictado con la composición “natural” de la Corte? Quienes lean “Institutos Médicos”, ¿advertirán que aquello que

⁵¹ Sobre el particular, véase Vitetta, M., “Performatives in Argentine Supreme Court Dissents: A Jurilinguistic Proposal for Civilian Change Based on the American Common Law”, *Journal of Civil Law Studies*, en prensa. Disponible en https://www.academia.edu/53545347/Performatives_in_Argentine_Supreme_Court_Dissents_A_Jurilinguistic_Proposal_for_Civilian_Change_based_on_the_American_Common_Law?email_work_card=view-paper (último acceso el 4-10-2021).

algunos ministros de la Corte están diciendo que se resolvió en “Asociación Filantrópica” es exactamente lo contrario a lo que en realidad se resolvió?

IV.2 Un escenario más favorable, pero igualmente criticable: la Corte reconoce que abandona su precedente y proporciona una argumentación que, sin embargo, no cumple con sus propios parámetros o con criterios de razonabilidad

a) De “GCBA c/Chubut”⁵² a “GCBA c/Tierra del Fuego”⁵³

El cambio de precedente operado entre “GCBA c/Chubut” y “GCBA c/Tierra del Fuego” es un claro ejemplo de cambio de precedente explícito, pero mal fundamentado⁵⁴. La cuestión controvertida giraba en derredor del reconocimiento de competencia originaria en causas en las que la Ciudad de Buenos Aires se enfrenta con una provincia.

En 2003, en “GCBA c/Chubut”, la Corte había dicho que el hecho de que intervenga una provincia y, por ende, la causa no se pudiera radicar ante los tribunales federales inferiores, exigía reconocer la competencia originaria de la Corte en esos casos para conciliar la autonomía de la Ciudad con el privilegio de la provincia de litigar ante la Corte. Explícitamente se indicó que no se trataba de modificar el principio general, en virtud del cual no procede la competencia originaria de la Corte cuando la Ciudad es parte, sino de consagrar una subregla o una excepción a ese principio, y reconocer la competencia originaria cuando la Ciudad se enfrenta a una provincia, por los motivos expuestos.

En “GCBA c/Tierra del Fuego”, cuatro años después, la Corte sostuvo que “GCBA c/Chubut” era un caso aislado, que no había tenido seguimiento ulterior y, para fundar tal aserto, citó precedentes en los que el GCBA se había enfrentado al Estado Nacional, a entidades descentralizadas o a un particular. Es decir, citó precedentes de la regla general, no de la subregla. Desde ya que en aquellos supuestos no se había aplicado la solución de “GCBA c/Chubut”, justamente porque no se trataba del mismo caso. La primera conclusión a la que podemos arribar es, entonces, que la Corte argumentó un cambio de criterio sobre la base de precedentes que no eran aplicables, y dejó de lado el precedente que era estrictamente aplicable, sin justificar el cambio.

Pero luego la Corte brindó otra línea argumental contra “GCBA c/Chubut”, en un acápite en el que criticó la interpretación constitucional allí operada y la tildó de “artificial”, “objetable”, “inconsistente” y “elíptica”. Es decir, la argumentación en torno al abandono del precedente, lejos de ser jurídica, parece volverse emocional. Esto lleva a la segunda conclusión: no cumple con los estándares de argumentación y variación del precedente

⁵² Fallos: 326:2479 (2003).

⁵³ Fallos: 330:5279 (2007).

⁵⁴ He analizado con mayor detalle el cambio de precedentes en esta línea jurisprudencial —que también comprende la transición entre “GCBA c/Tierra del Fuego” y “GCBA c/Córdoba”— en Ratti, F., “La competencia originaria de la Corte Suprema y la Ciudad de Buenos Aires: análisis del cambio de precedente”, *República y Derecho*, 2021, n° 6, pp. 1-39, disponible en <http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/213/111> (última visita el 5-10-2021).

aquella sentencia que simplemente critica el precedente anterior que consagra una de muchas interpretaciones constitucionales posibles, simplemente porque los actuales integrantes del tribunal están en desacuerdo con ella. Y menos cuando esa crítica incluye, como se vio, errores tales como la invocación de precedentes que no son aplicables al caso.

Como tercera conclusión, cabe analizar la postura de los jueces Petracchi, Fayt y Maqueda. Ellos suscribieron la mayoría en ambos casos. Es decir, votaron en favor del reconocimiento de la competencia originaria en “GCBA c/Chubut” y, cuatro años después, negaron dicha competencia en “GCBA c/Tierra del Fuego”. Se acusaron a sí mismos, en esa segunda oportunidad, de ser elípticos, irrazonables, inconsistentes. No dieron ninguna explicación para ese cambio de postura personal. Esta omisión es inadmisibles en un tribunal que debe rendir cuentas y ser coherente en su discurso. Máxime si se considera que el motor del cambio de criterio fue precisamente la firma de esos tres ministros. Si ellos hubieran mantenido su postura original, el precedente “GCBA c/Chubut” habría persistido.

V. Conclusión: del dicho al hecho...

Las reglas o parámetros argumentativos para la modificación del precedente de la Corte están contenidas en una casuística considerablemente abstracta, pero relativamente consistente. No obstante, esta ponencia refleja la existencia de un problema jurídico en la actuación de la Corte respecto de su propio precedente.

En la teoría, la Corte se deja influenciar por el *stare decisis* norteamericano, reconoce que como principio general el precedente debe mantenerse, que deben existir causas graves para modificarlo y que el cambio solo procede cuando sea ineludible. En la práctica, abandona su precedente sin siquiera invocarlo o lo banaliza con descalificaciones, sin desarrollar verdaderos argumentos jurídicos que justifiquen el cambio.

En consecuencia, la doctrina del precedente de la Corte no permite anticipar, con cierto grado de previsibilidad, en qué circunstancias y por qué razones ella estaría dispuesta a modificar su precedente. Es evidente que ello menoscaba la seguridad jurídica, la igualdad, la legitimidad judicial y la coherencia. Además, impide en gran medida que el ordenamiento jurídico y, en definitiva, la sociedad puedan descansar en la estabilidad de los precedentes. Al mismo tiempo, debilita el precedente de la Corte frente a los tribunales inferiores, que se verán tentados a dejarlo fácilmente de lado, al corroborar que es la propia Corte la que, en primer lugar, no se lo toma en serio. En otras palabras, las malas prácticas de la Corte en el uso de sus propios precedentes impactan negativamente en los tribunales inferiores y, de modo indirecto, en la administración de justicia, porque un tribunal que no respeta sus propios precedentes ni las reglas que él mismo ha establecido para modificarlo no inspira confianza.

Por otra parte, aquello que causa perplejidad en los jueces inferiores será, a su vez, lo mismo que alentará la interposición de múltiples acciones judiciales: todos tendrán legítimas expectativas de ganar el juicio, pues existen precedentes del máximo tribunal que, al ser contradictorios, avalan sus pretensiones. Y siempre estará vigente la ilusión de que un nuevo cambio de composición “patee el tablero”.

La identificación de falencias e inconsistencias en el uso del precedente exige una propuesta superadora: una doctrina del precedente que, dentro de la aporía entre estabilidad y cambio existente en todo ordenamiento jurídico, aporte suficiente estabilidad y coherencia para que

el justiciable sepa a qué a atenerse y el tribunal inferior identifique el criterio del máximo tribunal y lo respete.

El primer paso en el camino hacia esa doctrina del precedente es que la Corte tome por hábito comenzar la resolución de un caso a partir de una adecuada reflexión sobre sus propios precedentes aplicables. Si estos existen, que siga el principio general que ella misma ha delineado, según el cual debe atenerse a ellos, salvo excepciones. Finalmente, si hay razones válidas para dejar de lado un precedente, que se haga cargo de argumentar debidamente en ese sentido.