



Pontificia Universidad Católica Argentina

“Santa María de los Buenos Aires”

Facultad de Derecho

Doctorado en Ciencias Jurídicas

Tesis de Doctorado

La doctrina del precedente horizontal en las cámaras federales de apelaciones de la República Argentina

Doctoranda: Florencia S. Ratti Mendaña

Director: Santiago Legarre

Codirector: Nicolás Lafferriere

Buenos Aires, noviembre de 2018

INTRODUCCIÓN

La doctrina del precedente es aquella en virtud de la cual se determina el valor que posee una decisión judicial, en un determinado ordenamiento jurídico, para la resolución de casos futuros relevantemente similares. Esta doctrina presenta —y ha presentado— importantes variaciones en tiempo y espacio, a lo largo de los diferentes sistemas jurídicos.

En cada sistema jurídico, la doctrina del precedente se manifiesta a partir de diversas dimensiones: la institucional, la objetiva, la estructural, la de la eficacia, la formal y la temporal¹. La dimensión institucional del precedente es aquella que se refiere a la estructura de la organización judicial, es decir, la jerarquía y relación existente entre los tribunales e instancias dentro de un sistema judicial. En función de ella, se clasifica el precedente en vertical y horizontal.

La doctrina del precedente vertical se da en una estructura piramidal o jerárquica. Hace alusión al valor del precedente emanado de los órganos que están por encima, respecto de aquellos que están por debajo. La doctrina del precedente horizontal, en cambio, tiene relación con el valor del precedente dentro de un mismo escalón de la pirámide. Esta dimensión abarca dos tipos distintos de precedente: por un lado, los precedentes emanados de órganos de jerarquía coordinada y, por el otro, el precedente emanado del mismo órgano judicial con anterioridad.

El objeto de esta tesis es analizar el precedente en las cámaras federales de apelaciones argentinas con el fin de determinar cuál es la doctrina del precedente horizontal que rige en esa instancia, estudiarla y hacer un análisis crítico de ella.

Cuando las cámaras de apelaciones están divididas en salas —como es el caso de la mayoría de las cámaras federales argentinas²— el estudio del precedente horizontal en una cámara de apelaciones abarcaría, en los términos indicados más arriba, el análisis del valor que tiene el precedente dictado por otras cámaras de apelaciones de otras jurisdicciones (a lo que se llamará precedente horizontal en sentido amplio) y el valor que tiene, para la resolución de casos judiciales, aquello que algunos denominan “autoprecedente” (y que a lo largo de esta tesis se denominará, lisa y llanamente, precedente horizontal), que sería el precedente que ha sido dictado por esa misma cámara de apelaciones. Este último precedente

¹ Cada una de esas dimensiones serán analizadas en detalle en el capítulo I de esta tesis.

² Aquellas que no están divididas en salas serán enumeradas en la sección 2 del capítulo IV.

puede distinguirse, a su vez, según hubiera sido dictado por la misma sala que ahora debe resolver el nuevo caso o por otra sala de las que integran la cámara.

Esta tesis dejará de lado el estudio del precedente horizontal en la primera manifestación: no se analizará qué valor tiene, para una cámara de apelaciones, el precedente judicial dictado por otra cámara de apelaciones, lo que podrá dar lugar a futuras investigaciones. El enfoque estará en la segunda manifestación del precedente horizontal; el objeto de esta investigación es determinar qué valor tiene para una sala el precedente que hubiera dictado ella misma u otra sala de la misma cámara de apelaciones.

La importancia de estudiar esta manifestación del precedente en las cámaras de apelaciones viene dada por diversos factores:

(i) No existe una doctrina precisa del precedente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina: la jurisprudencia de la Corte ha sido zigzagueante en torno a la fuerza que su precedente tiene para los tribunales inferiores³. En la actualidad, mantiene una postura confusa según la cual, en principio, los tribunales inferiores deben seguir su precedente, a menos que desarrollen nuevos argumentos, que justifiquen el apartamiento y que no hubieran sido considerados con anterioridad⁴. Esta doctrina, que ha recibido el nombre de obligatoriedad atenuada⁵ o vinculatoriedad condicionada⁶, deja en realidad un amplio margen de discreción en favor de los tribunales inferiores⁷.

Si la Corte, por el contrario, reconociera la obligatoriedad vertical de su precedente, la contradicción entre las salas de las cámaras de apelaciones no estaría completamente resuelta (por la interpretación restrictiva que la Corte ha hecho de su competencia, que hace que muchos asuntos no sean resueltos por ella), pero se reduciría considerablemente. Pues, en definitiva, en todo aquello en lo que la Corte se hubiera pronunciado, ya no podría haber contradicción⁸.

Esto no quiere decir que, si existiera una doctrina del precedente que consagrara la obligatoriedad vertical del precedente de la Corte, no haría falta una doctrina del precedente

³ Sin perjuicio de que este tópico será retomado más adelante, se encontrará un análisis profundo sobre el precedente en la Corte Suprema en Garay, Alberto F., *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013; Legarre, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2016; Bianchi, Alberto, “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*”, en *El Derecho Constitucional*, 2001, págs. 335-347; Bianchi, Alberto, “Stare decisis”, en Sacristán, Estela B., *Manual de Jurisprudencia y Doctrina*, Buenos Aires, La Ley, 2013, págs. 425-445 y Sagüés, Néstor P., “La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2008-E, págs. 837-841.

⁴ Cfr. *Fallos*, 311:2453 (1988), *Cerámica San Lorenzo I.C.S.A. s/apelación multa 20680*, sentencia del 1 de diciembre de 1988.

⁵ Cfr. Legarre, Santiago, *Obligatoriedad atenuada...*, capítulos VII y VIII.

⁶ Cfr. Sagüés, Néstor P., “La vinculatoriedad...”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2008-E, pág. 837.

⁷ Se volverá sobre este tema en el capítulo IV, §6.

⁸ A menos, claro, que la contradicción residiera precisamente en la interpretación del precedente de la Corte.

obligatorio en las cámaras de apelaciones. Por un lado, someter a la Corte a resolver las contradicciones que existieran en el ámbito interno de un tribunal no es una opción conveniente. Por otro lado, la limitación, cada vez mayor, de la competencia de la Corte exige que esta última doctrina exista, pues de otro modo la contradicción persistiría en muchas cuestiones.

(ii) Las cámaras de apelaciones se han convertido en los tribunales de última instancia en la mayoría de los casos que se les presentan⁹. La reforma de la ley 23774 le ha impreso al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación una discrecionalidad absoluta para que la Corte decida si asumirá o no la resolución de un recurso extraordinario¹⁰. Esto, más la proliferación de requisitos formales exigidos para las presentaciones ante la Corte¹¹, implica en la práctica que, en la mayoría de los casos, las cámaras de apelaciones constituyen la última instancia a la que tiene acceso el litigante. Esto exige mayor consideración hacia las contradicciones que pudieran tener lugar en una cámara y que no podrían ser subsanadas en instancias posteriores.

(iii) La división de las cámaras de apelaciones en salas que resuelven simultáneamente casos similares exige que se adopten mecanismos tendientes a evitar la contradicción entre ellas.

Cuando se analiza el precedente horizontal en un tribunal unipersonal o en un tribunal colegiado que, como la Corte, sesiona y resuelve las controversias con todos sus miembros, los riesgos que giran en torno a la estabilidad o variación del precedente horizontal están relacionados con el cambio de jurisprudencia, el cambio de criterio. Por ejemplo, el reconocimiento de cierto valor al precedente dictado por la Corte encuentra su razón de ser en evitar que esa misma Corte no resuelva, más tarde, otro caso similar de forma diferente o que lo haga únicamente en casos excepcionales y con una justificación especial. En la mayoría de los casos, el peligro de un cambio arbitrario de criterio se relaciona con un cambio de composición de los integrantes del tribunal, lo cual no es algo que sucede con regularidad, si se tiene en cuenta la estabilidad en el cargo de los jueces.

En cambio, la consideración del precedente horizontal en un tribunal colegiado que trabaja simultáneamente a partir de distintas salas no se proyecta únicamente en el cambio de criterio

⁹ De acuerdo con las estadísticas de los últimos años, la cantidad de casos que la Corte declara improcedentes duplica la cantidad de los que efectivamente resuelve. Cfr. <https://www.csn.gov.ar/datos-estadisticos/sentencias-de-la-corte-suprema>, datos correspondientes a los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, última visita el 15 de agosto de 2018.

¹⁰ Para un análisis sobre las implicancias de esta reforma, véase Garay, Alberto F., “Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario”, en *La Ley* 1990-E, Sección doctrina, 1991, págs. 984-1002; Oteiza, Eduardo, “El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, n° 1, 1998 págs. 71-86; Gelli, María Angélica, “El ‘writ of certiorari’ en perspectiva” en *La Ley*, 1994-B, págs. 880-890.

¹¹ Citar

que pudiera darse a partir de un cambio de opinión de los mismos jueces o a partir de un cambio de composición del tribunal, sino que a esos supuestos se adiciona la contradicción potencial que se deriva de que las subdivisiones del tribunal, integradas por personas físicas distintas, estén resolviendo casos similares. Es evidente que esas personas físicas podrían tener opiniones diversas sobre la resolución de esos casos y dar lugar, por ende, a sentencias distintas e, incluso, contradictorias. El precedente horizontal asume un valor, en este contexto, que no posee en ningún otro. La contradicción o la disimilitud de criterio ya no solo podrá ser sucesiva —lo que ocurriría cuando una sala se aparte de su propia jurisprudencia—, sino que además podrá existir una contradicción simultánea: el mismo tribunal estará al mismo tiempo resolviendo, a través de una sala, un cierto caso de un cierto modo y, a través de otra, un caso similar (o, incluso, idéntico) de un modo absolutamente contrario.

En definitiva, la resolución del caso en uno u otro sentido dependerá, en esos casos, de cuál sea la sala que salga sorteada. Ello podría vulnerar la igualdad y ocasionaría incertidumbre e inseguridad jurídica. La adopción de mecanismos para garantizar la uniformidad es necesaria, en tal escenario, para garantizar que el resultado de la controversia no quedará sujeta al azar del sorteo y evitar, asimismo, que un mismo tribunal incurra en una autocontradicción insostenible jurídicamente.

Entre esos mecanismos que pueden adoptarse para evitar la contradicción en tribunales colegiados divididos en salas se encuentra la consagración de una doctrina del precedente que determine la obligatoriedad del precedente horizontal en las cámaras de apelaciones. Es por eso que esta tesis se orientó a analizar si en las cámaras federales de apelaciones argentinas existía aquella doctrina del precedente o, en caso de que no, cuales eran esos mecanismos previstos para evitar ese tipo de contradicción y si cumplían adecuadamente con tal finalidad.

En este sentido, la primera hipótesis que se esbozó fue que la obligatoriedad del precedente horizontal no es reconocida como tal en las cámaras federales de apelaciones argentinas. Para demostrarla, se fijaron dos objetivos: (i) analizar la normativa vigente en busca de alguna norma que establezca la vinculatoriedad de ese precedente; (ii) analizar la práctica jurisprudencial para evaluar, concretamente, qué fuerza le otorgan los jueces de la cámara al precedente horizontal. Esto último, teniendo en cuenta que, en los países donde el precedente goza de fuerza vinculante —que son, en su mayoría, los que pertenecen a la tradición jurídica del *common law*— esa obligatoriedad se originó en la jurisprudencia.

Como primer paso, se realizó un estudio teórico del precedente que permitiera la familiarización con las técnicas y la terminología que rodean su aplicación. A tal fin, en el capítulo I, se analizaron las diferentes dimensiones en las que se manifiesta la doctrina del precedente en un contexto jurídico determinado: a) la dimensión institucional; b) la dimensión objetiva; c) la dimensión estructural; d) la dimensión de la eficacia; e) la

dimensión formal y f) la dimensión temporal. Asimismo, se examinaron conceptos como el de “analogía”, “*distinguishing*” y “*overruling*”.

Una vez sentadas las bases teóricas para una investigación en torno al precedente, fue necesario un acercamiento a los órganos judiciales que serían objeto de estudio. De allí que se analizó el origen histórico de las cámaras de apelaciones y su evolución hasta el actual organigrama del Poder Judicial de la Nación. Se examinó su función como instancia intermedia entre los juzgados de primera instancia y la Corte Suprema, su organización a partir de salas que facilitarían la distribución del trabajo y las particularidades que las caracterizan como órganos judiciales colegiados divididos en salas que actúan en simultáneo, en consideración de que esta peculiaridad incide en la consideración del valor que se le otorga al precedente horizontal, como se mencionó más arriba. Todo ello fue llevado a cabo en el capítulo II.

Fue momento, entonces, de poner el foco en el primer objetivo: el capítulo III se abocó a la búsqueda de alguna disposición que reconociese obligatoriedad o algún otro valor al precedente horizontal en las cámaras de apelaciones. Se contempló la normativa que dio origen y reguló los mecanismos de unificación de jurisprudencia en esa instancia: los fallos plenarios y el recurso de inaplicabilidad. Se analizó si en esos institutos subyacía un reconocimiento de obligatoriedad al precedente horizontal, a la vez que se examinó su funcionamiento y las particularidades de su aplicación práctica, con el objeto de evaluar su efectividad para alcanzar el objetivo al que tienden.

Con el fin de comprender cabalmente la relación que puede existir entre la obligatoriedad del precedente horizontal y los fallos plenarios, se tomó como modelo comparativo el derecho estadounidense, donde ha surgido una doctrina específica en relación con el precedente en las *courts of appeals*, que se complementa con un procedimiento plenario (*en banc*) similar al que regula el ordenamiento procesal argentino.

Cuando se arribó a la conclusión de que no existe norma escrita que obligue a las salas de las cámaras de apelaciones a seguir el precedente horizontal, se dio paso al segundo objetivo: determinar cuál es el valor o la fuerza que, en la práctica, los jueces de la cámara le conceden a aquel precedente. La meta era establecer si existe, al modo del *common law*, una costumbre manifestada en la jurisprudencia por medio de la cual se consagra la obligatoriedad del precedente horizontal.

Para eso se llevó a cabo un extenso trabajo de campo, durante el cual se relevaron *in situ* aproximadamente 80.000 sentencias de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, con una metodología de trabajo que será analizada en el capítulo IV.

El resultado del trabajo de campo fue confirmatorio de la hipótesis inicial: como principio general, se observó que las salas utilizan e invocan habitualmente precedentes de ellas mismas o de otras salas de la cámara a lo largo de la fundamentación de sus decisiones

judiciales; sin embargo, no se sienten constreñidas por esos precedentes y ejercitan una amplia libertad y discrecionalidad para apartarse de ellos.

Se encontraron centenares de sentencias que contenían manifestaciones implícitas y explícitas por las cuales se descartaba la obligatoriedad del precedente horizontal. A su vez, se corroboró lo que el estudio abstracto del recurso de inaplicabilidad de ley y los fallos plenarios había permitido intuir: aquellos mecanismos no permiten alcanzar los objetivos para los que fueron creados, en parte, debido a la interpretación restrictiva a la que la jurisprudencia los somete. El capítulo IV contiene un análisis de cada una de las sentencias y del uso del precedente horizontal en la jurisprudencia de la CNACAF.

Las conclusiones de aquella primera parte de la tesis y las obtenidas a partir del trabajo de campo dieron lugar al desarrollo de una segunda hipótesis: es necesario adoptar una doctrina del precedente horizontal obligatorio en las cámaras de apelaciones. Para justificar esa hipótesis, en el capítulo V, se analizaron las razones que esgrimen quienes se oponen al reconocimiento de obligatoriedad al precedente y se propuso una respuesta tendiente a demostrar por qué esas razones no son válidas. Luego, se enumeraron aquellos valores o elementos esenciales del orden jurídico que se ven afectados por la ausencia de un precedente horizontal obligatorio: igualdad jurídica, seguridad jurídica, previsibilidad, eficacia, legitimidad y colegialidad. Finalmente, en el capítulo VI se desarrolló una cuestión que no puede soslayarse al analizar la doctrina del precedente: el cambio de jurisprudencia y las circunstancias en las que procede.

Como corolario de las conclusiones que se obtuvieron a lo largo de la investigación, se formuló, en el capítulo VII una propuesta germinal por medio de la cual se desarrolló cómo debería ser la doctrina del precedente horizontal en las cámaras de apelaciones y en qué casos deberían proceder los cambios de jurisprudencia en el marco de una doctrina que consagre la obligatoriedad del precedente.

ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

Antes de avanzar sobre el núcleo de la investigación, es necesario realizar una aproximación al significado de algunos términos —equívocos en sí mismos y equívocamente empleados en el campo jurídico— que se utilizarán frecuentemente a lo largo de esta tesis y que pueden prestar a confusión. Para evitar esto último, se explicitará el sentido que se les otorgará.

En el derecho continental-europeo, suelen utilizarse indistintamente los términos “sentencia” y “precedente”, otorgándose a este último el significado del primero: sentencia que explicita la norma general¹². Ese uso indiscriminado de ambos vocablos como sinónimos trae inconvenientes al abordar un estudio sobre la doctrina del precedente desde una perspectiva comparada: en el *common law*, la distinción entre uno y otro es más clara, pues el uso más difundido del término “*precedent*” no hace alusión a toda la sentencia, sino solo a una parte de ella —el *holding*—.

En el ordenamiento jurídico argentino, el uso que se hace del término “precedente” depende en cierta medida del contexto en el que es utilizado y, en mayor medida aun, del juez que lo utiliza. Esto explica que se lo utilice en referencia tanto a una sentencia de la propia sala como de otras salas que integran el tribunal, de la Corte Suprema e, incluso, del juez de primera instancia. También da cuenta del uso de múltiples expresiones como sinónimos de precedente: doctrina, doctrina jurisprudencial, precedente jurisprudencial, antecedentes jurisprudenciales¹³.

¹² Un ejemplo de esta equiparación es la siguiente cita doctrinaria: “rige la regla del **stare decisis** por la cual el juez, al decidir el caso a él sometido, está vinculado por los precedentes judiciales, o sea, por las sentencias dictadas por otros jueces al decidir casos análogos.” Galgano, Francesco (coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (Fernández Campos, Juan Antonio y Verdera Server, Rafael, trads.), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, pág. 25.

¹³ Por ejemplo, véase CNACAF, Sala V, “Petroquímica Cuyo S.A.I.C. c/D.G.I. s/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 40544/95, sentencia del 28 de febrero de 1996; CNACAF, Sala V, “Juarez José Luis y otros c/EN – M° Defensa – EA – Dto. 1490/02 s/Personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 33329/2006, sentencia del 9 de diciembre de 2008 (en los que se utiliza la expresión “precedente jurisprudencial” o “precedentes jurisprudenciales”); CNACAF, Sala IV, “Medina Julio Ernesto c/Estado Nacional – M° del Int. – Policía Federal Argentina s/retiro militar y fuerzas de seguridad”, Expediente N° 4034/94, sentencia del 8 de junio de 2000 y CNACAF, Sala V, “Baino Jorge y otros c/Lotería Nacional – Sociedad del Estado s/juicios de conocimiento”, Expediente N° 4361/92, sentencia del 28 de abril de 1999 (se utiliza la expresión “antecedentes jurisprudenciales de este Fuero”); CNACAF, Sala IV, “Newfor S.A. c/Dirección General Impositiva c/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 13752/96, sentencia del 6 de abril de 2000 (“doctrina jurisprudencial”); CNACAF, Sala V, “Blomberg Eduardo Mariano y otro c/Estado Nacional – C.S.J.N. s/empleo público”, Expediente N° 2564/94, sentencia del 26 de noviembre de 1999 (se utiliza la expresión “referencias jurisprudenciales”); CNACAF, Sala V, “Suárez, Cecilio Alberto y otros c/E.N. – M. de Defensa – Armada Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 27544/00, sentencia del 15 de diciembre de 2003 y “Arquimia S.A. c/EN -DGI – Ley 24073 s/proceso de

Tanto los jueces argentinos como la doctrina especializada suelen referirse a las sentencias pasadas o a la jurisprudencia de un tribunal como precedentes o asimilan el vocablo precedente con el de decisión judicial, sin expresa indicación de cuánto de la sentencia abarca esa decisión judicial¹⁴. En ese contexto, se han identificado cinco sentidos que puede atribuírsele al término “precedente”: (i) decisión previa a otra; (ii) decisión de especial importancia; (iii) decisión que debe ser tomada en cuenta; (iv) decisión que es tomada en cuenta; (v) decisión adoptada en forma constante; (vi) decisión adoptada por diversos tribunales¹⁵. Ninguno de ellos hace alusión exacta a la manifestación más típica del “precedente” en el *common law*: decisión que debe ser seguida y no puede ser dejada de lado.

Como se ve, lo que se tiene en mente cuando se alude al “precedente” en el *civil law* no es la norma general o regla de derecho por medio de la cual se resuelve el caso anterior que están considerando, sino es la sentencia como documento, dictada en el caso anterior. Se utiliza, entonces, el vocablo “precedente” en alusión al concepto de “sentencia”: acto mediante el cual el juez decide el mérito de la pretensión¹⁶.

La confusión en torno a la “sentencia” y el “precedente” es tal que hay quienes consideran que el término “precedente” debería reservarse para el *common law*¹⁷, puesto que en el *civil law* no existe la práctica de buscar la norma general ínsita en la sentencia judicial, sino que, por el contrario, lo que se utilizan son decenas o centenares de sentencias que son reproducciones mecánicas. Y cuando se hace eso, “se está fuera de la lógica del precedente”¹⁸.

conocimiento”, Expediente N° 15012/2003, sentencia del 30 de abril de 2009 (se utiliza el término “jurisprudencia” para hacer referencia a la interpretación jurídica emanada de un solo caso); CNACAF, Sala V, “Chuit Martin – Incidente c/B.C.R.A. s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 11059/96, sentencia del 14 de agosto de 1996. En este último caso, se manifestó: “Que es doctrina jurisprudencial de las distintas Salas de este Fuero y del Fuero Civil y Comercial Federal que el efecto provisional...”. En este caso, además, se utiliza la misma expresión para referirse a precedentes del propio fuero y de un fuero distinto, en un indicio de que no se le otorga una fuerza especial a los primeros por sobre los segundos. Estos son tan solo algunos ejemplos de los muchos que existen en la jurisprudencia de las cámaras.

¹⁴ Un ejemplo de esta confusa asimilación doctrinaria entre “precedente” y “decisión judicial”, lo encontramos en el siguiente texto: “Es bastante frecuente que los jueces de tribunales superiores se atengan a decisiones emitidas por tribunales de nivel jerárquicamente inferior, o sea, atribuyan a precedentes sólo “persuasivos” un peso diverso y superior”. Moretti, F., “El precedente judicial en el sistema inglés”, en Galgano, Francesco (coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (Fernández Campos, Juan Antonio y Verderra Server, Rafael, trads.), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, pág. 37. Esta imprecisión terminológica parece ser escenario común en varios países. Véase, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley de jurisdicción constitucional de Costa Rica, que sostiene que “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”, haciendo uso de los términos jurisprudencia y precedentes como si se tratase de cosas distintas, sin mayor indicación de cuándo existe uno y cuando el otro.

¹⁵ Mendonça, Daniel, “Igualdad en la aplicación de la ley”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 5, n° 1, 2000, pág. 327.

¹⁶ Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, pág. 328.

¹⁷ Legarre, Santiago; Rivera, Julio César (h), “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n° 1, pág. 112.

¹⁸ Taruffo, Michele, “Precedente y jurisprudencia”, en *Precedente. Revista Jurídica*, Martínez Valecilla, Claudia; Gandini, Fernando (trads.), Cali, 2007, pág. 93.

“*Precedent*” es, en los países del *common law*, “la norma general explicitada en la sentencia”¹⁹; es una *parte* de la sentencia: aquella que tiene proyección para casos futuros²⁰. Tal concepción resulta extraña en el *civil law*, donde no existe la práctica de extraer una regla general a partir de una decisión judicial.

En ocasiones, en Argentina se hace referencia a lo que estrictamente sería *el precedente* en el derecho anglosajón aludiendo a la “doctrina” que deriva de una sentencia²¹. Esto profundiza la confusión, en tanto introduce un vocablo normalmente utilizado para hacer referencia a otra fuente del derecho (la de la opinión de los autores o juristas)²², y es ambiguo pues hace referencia a un concepto que carece de suficiente precisión²³. Otras referencias con similar contenido al del término “doctrina”, en este contexto, son los vocablos “criterio”²⁴, “doctrina legal”²⁵ o “pauta jurisprudencial”²⁶.

¹⁹ Cueto Rúa, J., *El “common law”. Su estructura normativa – Su enseñanza*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1957, pág. 121.

²⁰ La de *holding* será analizada en profundidad en el capítulo I, §2.B.

²¹ Cfr. Garay, A. F., *La Doctrina del Precedente...*, pág. 11. Esta práctica, sorprendentemente, tampoco es ajena al *common law*, en donde, una gran autoridad como Goodhart, también aludía a la “doctrina de caso” para referirse a lo que se entiende como *ratio decidendi*. Cfr. Goodhart, Arthur L., “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, *Yale Law Journal*, vol. XL, n.º 2, 1930, *passim*.

²² Cfr. Radin, Max, “The Trail of the Calf”, *Cornell Law Review*, vol. 32, art. 2, 1946, pág. 139, nota al pie n. 2 (sobre cómo el término jurisprudencia se alejó de la concepción romana tradicional de opinión de los jurisconsultos, para asumir la referencia a las decisiones judiciales).

²³ “¿Es lo mismo “la doctrina” del caso que “la jurisprudencia” que ese caso establece? ¿En qué sentido se emplea en la pregunta anterior el vocablo “doctrina”? ¿Cómo se determina “la doctrina” del caso? Estos interrogantes y muchos otros no suelen ser evacuados de manera sistemática. Existe una suerte de convención tácita de emplear esa expresión de manera ambigua.” Garay, A., *La Doctrina del Precedente...*, pág. 11, nota al pie n.º 14.

²⁴ “No se observa apartamiento de lo aquí dispuesto con el criterio aplicado por este Tribunal...”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 328:2056, *Simón Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, sentencia del 14 de junio de 2005, consid. 10. Mosmann explica estos usos como un modo distinto de operar y utilizar el precedente, propio del *common law*, en el que no interesan los hechos del caso ni si lo que se cita como “doctrina” constituye la *ratio decidendi* o fue escrito por los jueces al pasar. Cfr. Mosmann, Victoria, “El precedente judicial en Argentina”, en *Revista de Derecho Público*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2016-1, pág.2. Si bien esta es una descripción bastante precisa de cómo se utiliza el precedente hoy en día, debe advertirse el peligro de convalidarla al categorizarla como “otro modo de usar el precedente”, pues es sin duda una modalidad equivocada, desprolija y, muchas veces, injusta.

²⁵ Están también quienes apuntan que “jurisprudencia” y “doctrina legal” son cuestiones diversas, y que la confusión entre ellas constituiría una sinécdoque, pues se designaría el todo (doctrina legal) con el nombre de una de las partes (jurisprudencia). Cfr. Rivero Ortega, Ricardo, “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 157, enero-abril 2002, pág. 105.

²⁶ “Las especiales circunstancias reseñadas tornan de estricta aplicación la pauta jurisprudencial fijada en Fallos: 308:552 “Tellez”, según la cual la autoridad institucional del nuevo precedente debe comenzar a regir para el futuro...”. CSJN, *Simón*, consid. 9º. Si bien son infinitos los ejemplos que pueden darse del uso indistinto e indiscriminado de estos vocablos en las sentencias judiciales, se citará, en los siguientes acápites, el mismo fallo, para dejar en evidencia su uso simultáneo incluso en un mismo texto jurídico. Esto denota una circunstancia que sucede a muchos juristas, no solo a los jueces, que es buscar sinónimos y, en esa búsqueda, utilizar un término erróneo con la intención de evitar repetir el uso de la misma palabra. Un ejemplo foráneo de uso confuso de dos de estos términos es la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que en su artículo 447 se refiere a la “doctrina jurisprudencial”. Cfr. Rivero Ortega, R., “Precedente, jurisprudencia...”, pág. 105.

Asimismo, es habitual que se combinen todos o algunos de esos términos en una misma oración: “según la *doctrina* establecida por los *precedentes* de Fallos 310:2246...”²⁷, “esta *doctrina* ha sido modificada recientemente a raíz de la *sentencia* dictada...”, “se subrayó que la determinación del tribunal superior de la causa en el ámbito de la justicia penal nacional no había sido precedida de una *jurisprudencia* uniforme, razón por la cual se estableció que la aplicación en el tiempo del nuevo criterio fijado correspondía a las apelaciones federales dirigidas contra *sentencias* notificadas con posterioridad a ese *fallo* (*doctrina* de Fallos: 308:552 “Tellez”)²⁸; “se mencionará el escrito en el que se invocó el *precedente* *jurisprudencial*...”²⁹.

Por su parte, el uso del vocablo “jurisprudencia” también es equívoco. Es común que se lo emplee con diversas acepciones³⁰: en términos generales, dentro del esquema de las fuentes del derecho, como hecho inspirador de conductas jurídicas en una comunidad³¹. En términos más específicos, para designar un conjunto de fallos (“colecciones de jurisprudencia”), para hacer referencia a algo que tendría el valor de precedente (“existe jurisprudencia que...”) o bien para aludir a una sentencia dictada por un tribunal de casación o por una cámara en pleno (“jurisprudencia plenaria”)³².

En este sentido, el término jurisprudencia resulta más ambiguo que “precedente”, pues genera dudas sobre si un único fallo constituye jurisprudencia o es necesaria una línea de

²⁷ CSJN, *Simón*, consid. 7°.

²⁸ CSJN, *Simón*, consid. 8°. El destacado no pertenece a los originales.

²⁹ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 292.

³⁰ Cfr. Garay, A., *La Doctrina del Precedente...*, pág. 10 y ss. En igual sentido, Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Librería El Foro, 2002, pág. 154 y Tau Anzoátegui, Víctor, “La jurisprudencia civil en la cultura jurídica argentina (S. XIX-XX)” en AAVV, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Giudici e giuristi: il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, vol. 40, t. I, Milano, Giuffrè Editore, 2011, págs. 54-56 (haciendo un repaso de la evolución del término en sus dos acepciones: ciencia del derecho y fuente del derecho).

³¹ En tal sentido, por ejemplo, se la cataloga como fuente del derecho en el sentido de hecho al que se le reconoce aptitud para producir modificaciones en el ordenamiento jurídico. Cfr. Aftalión, Enrique R.; Vilanova, José; Raffo, Julio, *Introducción al Derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pág. 571.

³² Garay, A., *La Doctrina del Precedente...*, pág. 11.

fallos en igual sentido³³. En países del sistema continental, parece que esta última acepción es la que prevalece³⁴.

El desconcierto se acrecienta cuando se hace referencia a la “jurisprudencia pacífica” o “jurisprudencia constante”. Inmediatamente, surgen varios interrogantes: ¿Cuántas sentencias en igual sentido son necesarias para formar jurisprudencia? ¿Y cuántas para configurar una “jurisprudencia constante”? Cabría preguntarse, por ejemplo, si cuando la Corte dice que, “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] constituye [...] una imprescindible pauta de interpretación de los derechos y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”³⁵, quiere decir que una única sentencia de la Corte Interamericana es suficiente para constituir una pauta de interpretación o bien que dicha pauta se configura a partir de una serie de sentencias emanadas de dicha Corte en un sentido concordante³⁶.

³³ Cfr. Taruffo, Michele, *Cinco lecciones mexicanas. Memorias del Taller de Derecho Procesal*, México D.F., Tribunal Electoral de la Federación, 2003, pág. 39: “He razonado hasta aquí pensando en cada precedente individual, cada decisión que se toma como justificación para una decisión; pero hay que recordar que también existe la jurisprudencia, entendida como conjuntos de precedentes y aquí se abre otro universo. Una cosa es razonar diciendo: yo tengo la decisión del caso “x” y me pregunto si me va a servir utilizarlo o no, como argumento, en el caso “y”. La otra, es decir: para este caso hay cien decisiones distintas, veinte de la corte suprema, treinta de las cortes y otras cincuenta de los demás tribunales, esto ya no es el precedente, es otro fenómeno distinto, que no existe en el sistema de common law”. En el sentido de concebir la jurisprudencia como un conjunto de fallos y no como un solo fallo aislado: “No puede aún afirmarse que constituye propiamente jurisprudencia, porque se trata de un caso aislado y no existen, por ende, fallos concordados...”, Dictamen Fiscal del Dr. Quesada en autos *Ferrario, Esteban, su sucesión*, 2 de abril de 1914, tramitado ante la Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil. Concordantemente, véase Rivarola, Rodolfo, *Derecho penal argentino. Parte General*, Buenos Aires, 1910, pág. 135: “La jurisprudencia se forma con la repetición constante de la aplicación de la ley en el mismo sentido, por los tribunales superiores. Si su condición es la repetición, vale decir que un fallo *no hace jurisprudencia*, como tan viciosamente se dice y publica todos los días. La jurisprudencia no es un fallo, como la pluralidad no es un individuo”.

En México, por ejemplo, el vocablo “jurisprudencia” está reservado para una serie de cinco fallos ininterrumpidos, dictados en diferentes sesiones, que resuelvan un asunto de la misma forma. Jurisprudencia y obligatoriedad, por lo demás, van de la mano. Solo excepcionalmente una sola sentencia puede constituir “jurisprudencia” y, en consecuencia, tener obligatoriedad: aquella que resuelve contradicciones entre los grupos de tribunales colegiados (sea que se trate de contradicciones entre las salas de la Suprema Corte o entre tribunales colegiados de un mismo circuito o entre los Plenos de Circuito de distintos circuitos o entre tribunales colegiados de diferentes circuitos). Solo eso “constituye” jurisprudencia —“por reiteración”, en el primer supuesto, “por contradicción”, en el segundo— y es, además, obligatoria, tanto vertical como horizontalmente. Así lo establece la Ley de Amparo —reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos. Se volverá sobre esto en el capítulo I, §2.C.

³⁴ Así, sostiene Lorenzetti, quien hasta hace poco fue Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que “aunque fue eliminada del texto del Anteproyecto, la jurisprudencia es fuente de Derecho. El vocablo significa que hay una serie de decisiones judiciales que interpretan una norma en sentido coincidente, no se trata de una decisión, sino de varias dictadas en casos similares, pero lo que interesa no son los elementos fácticos, sino la doctrina que se desarrolla con aptitud para valer como fundamento en casos posteriores”. Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014, t. I, pág. 31.

³⁵ CSJN, *Simón*, consid. 17.

³⁶ El actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor, parece alinearse con la concepción que impera en el *civil law*. En este sentido, con ocasión de una conferencia que brindó en Boston College, al ser consultado sobre el valor del precedente de la Corte, el juez manifestó que es preciso una línea de jurisprudencia y no basta con una sola decisión. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “The Protection of

Lo cierto es que aquellos términos son utilizados equívocamente no solo en los sistemas continentales³⁷, sino también el *common law*³⁸. En Inglaterra y Estados Unidos se reconoce que la terminología circundante al *stare decisis* es inconsistente e imprecisa³⁹. Existen divergencias en cuanto a la asimilación del término “*precedent*”⁴⁰ con la expresión “*binding precedent*” o “*authoritative precedent*”. Por un lado, el denominado uso tradicional del vocablo precedente identifica el término *precedent* con *binding precedent*⁴¹. Cuando se utiliza el término precedente de acuerdo con este uso, siempre se está haciendo referencia a un precedente obligatorio, cuyo *holding* debe necesariamente seguirse, a menos que existieran circunstancias fácticas que justifiquen la distinción (*distinguishing*) o circunstancias absolutamente excepcionales que permitan el apartamiento (*overruling*). Desde esta concepción, el término *precedent* lleva implícita la noción de obligatoriedad.

En cambio, en otros casos el término “*precedent*” es diferenciado de “*binding precedent*” o “*authoritative precedent*”. En este caso, “*precedent*” sería el género y “*binding precedent*”, la especie: el primero indicaría únicamente una decisión judicial anterior que, en principio, no tiene ningún valor vinculante para la decisión de un caso actual, mientras que “*binding*” o “*authoritative precedent*” se utilizaría en referencia a una decisión pasada que tiene cierta fuerza vinculante para la decisión del caso actual. En otras palabras, para quienes realizan esta distinción, los precedentes son decisiones anteriores que funcionan como simples *modelos* para decisiones posteriores (estas últimas pueden tomar las anteriores como modelos a seguir, pero no tienen la obligación de hacerlo). Los *authoritative precedents*, que podrían traducirse como “precedentes obligatorios”, son en cambio aquellas decisiones que deben ser utilizadas y replicadas en la toma de decisiones posteriores. Hay una verdadera obligación, en este último caso, de que el presente sea guiado por lo que fue decidido en el pasado⁴².

Human Rights by the Inter-American Court: Main Challenges and Perspectives”, Boston College Law School, 11 de octubre de 2018.

³⁷ Cfr. Taruffo, Michele, “Precedente y jurisprudencia”, pág. 87 y Taruffo, Michele, “Dimensiones del precedente judicial”, en *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Monroy Galvez, Juan F. (trad.), Castañeda Otsu, Susana (dir.), Velezmore, Fernando (coord.), Grijley, Lima, 2010 pág. 4.

³⁸ Taruffo, M., “Dimensiones del precedente judicial”, pág. 6.

³⁹ Cfr. Dragich, Martha J., “Citation of Unpublished Opinions As Precedent”, en *Hastings Law Journal*, vol. 55, 2004, págs. 1252-1253. Véase, asimismo, Mead: “Los términos en el contexto del *stare decisis* son usualmente intercambiables entre sí, o son utilizados con una flexibilidad que desdibuja su significado...”. Mead, Joseph W., “Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States”, en *Nevada Law Journal*, vol. 12, 2012, pág. 789, nota al pie n.º 7.

⁴⁰ Como dato de color, el primer uso que se ha registrado del término “precedent”, con el sentido que hoy se le otorga, fue de parte de un juez llamado Yelverton en 1469. Cfr. Healy, Thomas, “Stare Decisis as a Constitutional Requirement”, *West Virginia Law Review*, vol. 104, 2001, pág. 60.

⁴¹ Cfr. Polly, J. Price, “Precedent and Judicial Power After the Founding”, en *Boston College Law Review*, vol. 42, 2000, pág. 86; Schiltz, Patrick J., “The Citation of Unpublished Opinions in the Federal Courts of Appeals”, en *Fordham Law Review*, vol. 74, n.º 1, 2005, pág. 26, nota al pie n.º 17.

⁴² Cfr. MacCormick, D. Neil; Summers, Robert S.; Goodhart, Arthur L., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Routledge, Nueva York, 2016, pág. 2. Un ejemplo de esta distinción es el doble uso que se le reconoce al término en el Reino Unido: a) un uso amplio, según el cual precedente es cualquier decisión, de cualquier tribunal, que tenga una analogía significativa con el caso que está por decidirse. Si esa decisión previa es de un tribunal superior, será un precedente obligatorio. De otro modo, será un precedente persuasivo”; b) un uso estricto, según el cual, precedente es solo aquella parte del caso anterior que resulta obligatoria para la decisión de un caso posterior⁴². Bankowski, Zenon; MacCormick, D. Neil; Marshal, Geoffrey, “Precedent in the United Kingdom”, en MacCormick, D.N. et al, *Interpreting Precedents*, pág. 323.

La expresión *stare decisis*⁴³ tampoco es utilizada en el *civil law* tal como lo es en el *common law*: algunos afirman que rige el *stare decisis* cuando los jueces están obligados a indicar por qué no siguen el precedente. Según esta postura, el *stare decisis* existiría incluso en aquellos casos en los que los jueces solo siguen el precedente cuando lo comparten, siempre que cumplan con la condición mencionada⁴⁴. Por el contrario, en el *common law*, donde surge la expresión en relación al precedente, el *stare decisis* hace siempre alusión a la versión más estricta del precedente, aquella según la cual el precedente no puede ser dejado de lado por principio general.

Existen, no obstante, en el *common law* diversos criterios para distinguir entre “*stare decisis*” y “*precedent*”, de modo que su uso también presta a confusión y amerita aclaraciones. Mientras algunos utilizan la expresión para referirse únicamente a la obligatoriedad horizontal del precedente (es decir, a la obligación de seguir los propios precedentes) y reservan el término “*precedent*” para referirse a la obligatoriedad en su faceta vertical (es decir a la obligación de un órgano de seguir los precedentes del superior jerárquico)⁴⁵, otros la emplean para referirse a la práctica estricta de seguir el precedente en razón de su fuerza obligatoria, en contraposición a la noción más amplia de “*rule of precedent*” (o doctrina del precedente) que designaría la práctica de “mirar” el caso anterior para resolver casos presentes, sin que esa “mirada” signifique necesariamente considerarlo obligatorio⁴⁶. Este criterio de distinción se relaciona con la mayor flexibilidad que tendría el “*precedent*”, que más que una doctrina de autoridad podría visualizarse, para algunos, como una doctrina de la que se extraen razones para decidir. El “*stare decisis*”, por el contrario, implicaría una regla estricta y formalista de estar a lo decidido⁴⁷.

También están quienes distinguen entre “*stare decisis*” y “*precedent*” de acuerdo con otros criterios como, por ejemplo, la cantidad de decisiones judiciales que generan obligación. Así, mientras la noción de “*precedent*” requeriría una doctrina desarrollada a través de una línea de casos, “*stare decisis*” habilitaría que un solo caso fuera utilizado con autoridad⁴⁸. Es este

⁴³ Abreviación de “*stare decisis et quita non movere*”: “to stand by things decided, and not to disturb settled points. The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation”. Black ‘s Law Dictionary, Seventh Edition, Garner, Bryan, Editor in Chief, West Group, St. Paul, Minn, 1999;

⁴⁴ Taruffo, M., “Precedente y jurisprudencia”, pág. 92.

⁴⁵ Este es el sentido que le otorga Schauer. Cfr. Schauer, Frederick, “Precedent”, en *Stanford Law Review*, vol. 39, n° 3, 1987, pág. 576, nota al pie n.° 11; Schauer, Frederick, “Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy”, en *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, n° 6, 2008 pág. 455, nota al pie n° 2.

⁴⁶ Cfr. Price, P. “Precedent and Judicial Power...”, pág. 84, nota al pie n.° 10; pág. 105. Es el sentido que le otorgan también Cross y Harris, para quienes “*stare decisis*” es únicamente aquel precedente obligatorio. Cfr. Cross, Rupert; Harris, J. W., *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon Press, Fourth Edition, 1991. En contra, véase Mead, para quien el *stare decisis* abarca una amplia gama de precedentes con distinta fuerza, que van desde la obligatoriedad hasta la persuasividad. Cfr. Mead, J. W., “Stare Decisis in the Inferior Courts...”, pág. 789, nota al pie n° 7.

⁴⁷ DuVivier, K. K., “Are Some Words Better Left Unpublished?: Precedent and the Role of Unpublished Decisions”, en *Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 3, 2001, págs. 415-16; Price, P. J., “Precedent and Judicial Power...”, pág. 105.

⁴⁸ Kempin, Frederick G. Jr., “Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850”, en *American Journal of Legal History*, vol. 3, 1959, pág. 30.

un criterio que se asemeja al uso que se le concede a ambos términos en el *civil law*, que si bien no es difundido en el *common law*, tiene algunos adeptos.

Hasta aquí queda claro que los términos bajo análisis son utilizados de múltiples formas y una inadecuada traducción o traspolación entre sistemas jurídicos puede ocasionar graves confusiones. Es por ello que es indispensable, como se mencionó al comienzo, establecer los significados que se atribuirán a esos términos a lo largo de esta tesis.

En primer lugar, el término precedente será utilizado en sentido amplio, en una obligada recepción del uso que doctrinaria y jurisprudencialmente impera en el país. Así es que con precedente se abarcará tanto el *precedente-sentencia*, es decir la decisión judicial relativa a un caso o controversia como el *precedente-ratio decidendi*, es decir, aquella parte del *precedente-sentencia* que tiene influencia de algún tipo para casos futuros similares.

La elección obedece a que, si se optara por lo que se considera el uso estricto y correcto del término, se prestaría a confusión a raíz de las múltiples citas y análisis de jurisprudencia que esta tesis abarca. Ello no implica que, al momento de efectuar la propuesta de incorporación de una doctrina del precedente, el precedente asuma en ella el significado técnico que posee en el *common law*: aquella parte de la sentencia que tendrá valor en la toma de decisiones futuras. En por eso que se propicia, junto a la adopción de tal doctrina, una capacitación que habitúe a los operadores jurídicos del *civil law* a la práctica en la aplicación del precedente que permita la identificación de la *ratio* en la sentencia que están dictando o utilizando para resolver un caso concreto.

En segundo lugar, esta tesis adoptará la diferenciación entre *stare decisis* y *doctrina del precedente*, en una relación de género a especie. De tal modo, por *doctrina del precedente judicial*⁴⁹ se entenderá la práctica —derivada de una norma o del reconocimiento de facto de un deber jurídico— clara, definida y estable, por medio de la cual se le asigna cierto valor o influencia a las decisiones judiciales⁵⁰ pasadas para la resolución de casos judiciales similares posteriores. Esa práctica podrá ser aceptada por vía normativa o jurisprudencial: lo que hace a la existencia de una doctrina del precedente no es su origen o *pedigree*, sino el hecho de que sea una doctrina sea clara y estable.

A su vez, la determinación de la importancia que se le concederá a los precedentes en un determinado ordenamiento jurídico puede variar desde el extremo de no reconocerles valor alguno hasta el de asumir su obligatoriedad y, en este último caso, aceptar que esa

⁴⁹ Aunque de aquí en adelante se usará la expresión “doctrina del precedente”, al ser esta la primera vez que se la presenta, parece adecuado precisar que lo que se está tratando es el precedente judicial, excluyendo del campo de la presente investigación otros ámbitos, como el del precedente administrativo. Una crítica del uso tradicional del término “precedente”, en razón de la exclusión de decisiones de otros órganos, como los administrativos, puede verse en Núñez Vaquero, Álvaro, “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 39, 2016, pág. 129.

⁵⁰ Al usar la expresión “decisiones judiciales”, se hace referencia no solo a la sentencia judicial como acto final de terminación del proceso, sino a toda decisión judicial que pudiera resolver una cuestión de manera definitiva o sellar la discusión sobre una cuestión determinada y, en tal carácter, constituir un precedente para casos futuros. Con esto, se rebate la posición de quienes, como Núñez Vaquero, sostienen que el uso de tal expresión deja fuera otro tipo de decisiones previas o incidentales. Núñez Vaquero, A., “Sin precedentes...”, pág. 129.

obligatoriedad admita o no excepciones. Es decir, también habrá doctrina del precedente si, por ejemplo, una norma expresa indica que los precedentes no serán considerados para las decisiones futuras. Indudablemente, una norma de tal calibre generará varios reparos, en especial en la instancia judicial que es objeto de esta tesis, pero la doctrina del precedente existirá de cualquier modo; habrá que ver si es una doctrina válida.

En cambio, no habrá doctrina del precedente en aquellos sistemas jurídicos en los que no exista una norma o práctica clara, definida y estable sobre el valor que debe asignarse a los precedentes. Aquí, a falta de doctrina del precedente, habrá caos: cada cual le otorgará el valor que considere.

La expresión *stare decisis* se reservará únicamente para aquella doctrina del precedente que indique que un solo precedente es obligatorio en todos los casos y que no podrá ser dejado de lado salvo casos excepcionales y bajo ciertas condiciones y requisitos.

Por último, es necesario hacer una aclaración sobre el significado que se le atribuirá al “precedente horizontal”. Si bien se mencionó en la introducción de esta tesis, es preciso reiterar los términos en que esa expresión será empleada, pues se trata de un concepto nuclear de la tesis.

Por obligatoriedad horizontal se entiende el deber que tienen los jueces de seguir el precedente dictado por jueces de jerarquía coordinada, del mismo nivel⁵¹, incluidos ellos mismos⁵². Algunos denominan “autoprecedente”⁵³ al precedente dictado por el mismo tribunal, mientras que otros catalogan este deber de seguir el propio precedente como “vinculación interna”⁵⁴. La tesis abarcará únicamente el análisis de este deber, no del primero: es decir, que quedará fuera de este estudio la obligación que pudiera recaer sobre un órgano judicial de seguir el precedente de otro órgano de jerarquía coordinada. Para ejemplificar, esta tesis tiene por objeto el análisis de si la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se encuentra obligada por sus propios precedentes, pero no examinará si la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se encuentra obligada a seguir los precedentes de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

En virtud de esto es que debe quedar claro que cada vez que esta tesis haga referencia al precedente horizontal o a la doctrina del precedente horizontal se estará aludiendo al precedente de la propia cámara y no al precedente de la cámara de otra jurisdicción. Si acaso se quisiera hacer referencia a este último, se hablará de precedente horizontal en sentido amplio.

⁵¹ Taruffo, Michele, “Precedente y jurisprudencia”, pág. 94.

⁵² Legarre, S.; Rivera, J. C., “Naturaleza y dimensiones...”, pág. 114.

⁵³ Fernández Fernández, Vicente, “La justicia de los precedentes. ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador?”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 29, n° 2, 2016, pág. 11.

⁵⁴ Moretti, Francesca, “El precedente judicial en el sistema inglés”, en Galgano, Francesco (coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (Fernández Campos, Juan Antonio y Verdura Server, Rafael, trads.), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pág. 31.

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DEL PRECEDENTE

1. INTRODUCCIÓN

El mundo occidental se divide en dos grandes tradiciones jurídicas⁵⁵: el *common law* y el *civil law*. Como parámetro diferenciador, se ha dicho repetidas veces que mientras en el *common law* la fuente primaria de derecho es el precedente, en el *civil law* es la ley⁵⁶.

Aquella afirmación encierra algo de verdad —cuanto menos, en el origen histórico de estas tradiciones jurídicas—, pero ha quedado algo vetusta: es ya reconocido el acercamiento entre ambas. La tendencia a la convergencia⁵⁷ se refleja con claridad en la creciente cantidad de *statutes* en los sistemas del *common law* y en el creciente reconocimiento de cierto valor a la jurisprudencia en aquellos sistemas codificados.

Por otro lado, han ido surgiendo diferencias incluso entre países que pertenecen a una misma tradición jurídica, lo que dificulta catalogarlos en una u otra y, a la vez, disipa el dualismo antagónico mencionado entre *common law* y *civil law*. Así, por ejemplo, el uso y el valor reconocido al precedente varían entre los países que se ubican dentro del *common law*. Lo mismo sucede con países que pertenecen al *civil law*⁵⁸.

Lo cierto es que, en la actualidad, los jueces, sin importar a qué sistema jurídico pertenecen, consultan y utilizan la jurisprudencia para tomar sus decisiones y fundarlas. El hábito judicial de revisar qué se ha dicho —e incluso qué han dicho ellos mismos— en casos anteriores que pudieran resultar análogos está consolidado. Aquel hábito puede fundarse en múltiples razones (pereza en analizar la cuestión jurídica de cero, intención de evitar que su sentencia sea revocada por un tribunal superior, reconocimiento de la autoridad del juez que ha dictado ese precedente, convencimiento de que lo dicho anteriormente por otros jueces le obliga o cumplimiento de una norma jurídica que impone esa obligación de respetar el

⁵⁵ Se entiende por sistema jurídico, siguiendo a Merryman, al “conjunto operativo de reglas, órganos y procedimientos”. Merryman, John H., Pérez-Perdomo, Rogelio, *The civil law tradition. An introduction to the legal systems in Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 3ª ed., 2007, pág. 2.

⁵⁶ Por ejemplo, así lo han afirmado Julio Gottheil en *Common Law and Civil Law*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960, págs. 76, 116, 119 y 126 y Alberto Bianchi, “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del stare decisis)”, *El Derecho. Serie especial de Derecho Constitucional*, 2000, pág. 335.

⁵⁷ Cfr. McCormick, D. N., *et. al.*, *Interpreting Precedents...*, pág. 12.

⁵⁸ Cfr. McCormick, D. N., *et. al.*, *Interpreting Precedents...*, pág. 4. Más arriba se ha hecho referencia a la complejidad del término precedente y los diversos usos y significados que se le otorgan incluso dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Véase la sección denominada “Aclaraciones terminológicas”. En igual sentido, Taruffo, M., “Dimensiones del precedente judicial”, pág. 6.

precedente), pero ciertamente existe tanto en los países del *common law* como en los pertenecientes al *civil law* y, en virtud de ello, debe ser reconocido y estudiado.

La importancia que tiene la jurisprudencia hoy en día en el desarrollo y desenvolvimiento del Derecho exige que se modifique el núcleo del debate: atrás deben quedar las discusiones sobre si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho o si es fuente primaria o secundaria, material o formal para poder dar prioridad a la regulación concreta del uso del precedente, que ya es un hecho en todos los ordenamientos jurídicos.

La inutilidad de embarcarse en aquellas discusiones responde a que el término “fuentes” es equívoco de modo que, hasta ahora, el debate no ha llevado a buen puerto. Asimismo, esa inutilidad está íntimamente relacionada con el hecho de que, tal como se visualizará al analizar las diferentes dimensiones del precedente a lo largo del presente capítulo, aquel — el precedente— no puede ser encasillado en una única categoría de fuente (formal o material), puesto que, en la mayoría de los casos, su valor varía de acuerdo diversos factores, incluso dentro de un mismo ordenamiento (por ejemplo, en función del tribunal del que emane, la cantidad de precedentes que lo acompañen, etcétera). Por último, la esquematización de fuentes del derecho es típica de los sistemas de *civil law*, mientras que el uso del precedente judicial es típico de los sistemas del *common law*. Por ende, pretender categorizar el precedente dentro del esquema de fuentes es como estar hablando distintos idiomas.

La pretensión es doblemente vana si pretende realizarse en un ordenamiento en el cual el uso del precedente es antojadizo y variable en función de la importancia que cada juez le pueda otorgar. Es por eso que, en caso de pretender catalogarlo, tal esfuerzo intelectual solo tiene sentido luego de regular el precedente, dejando en claro cuál es su valor y cómo debe ser utilizado en cada caso concreto. Se volverá sobre esto en la sección 4 del capítulo V.

Lo que interesa ahora es analizar su uso —que existe y es innegable— y regularlo, darle sentido, para que se oriente al bien común y a la justicia. En otras palabras, es inútil seguir discutiendo si la jurisprudencia crea o produce Derecho, pues en efecto lo hace —piénsese, si no, en las sentencias manipulativas, exhortativas y aditivas de los tribunales—; el verdadero desafío actual es crear una doctrina del precedente que regule la aplicación y el uso, muchas veces desprolijos, que se hace de la jurisprudencia en la actualidad.

Corresponde, para eso, comenzar dejando atrás el mito de que la división de poderes propia de los sistemas de *civil law* no autorizaría la aplicación del *stare decisis* en tales sistemas⁵⁹. Para derribarlo, primero es necesario saber qué es el *stare decisis* y cómo funciona en la práctica. Tal es el objetivo de este capítulo, donde se intentarán plasmar las múltiples manifestaciones que posee el uso y el valor del precedente en los diferentes ordenamientos jurídicos y que reflejan, a su vez, diversas actitudes en torno a la jurisprudencia⁶⁰. Más adelante, se verá que el fundamento que subyace a todas ellas —resolver de igual modo los casos similares— no solo es un principio compatible con la división de poderes (pues, lejos de debilitarla, la enaltece y protege frente al avasallamiento del poder de los jueces), sino que es un principio que debe ser reconocido en todo Estado de Derecho.

⁵⁹ Postulado por Merryman en *The Civil Law Tradition...*, pág. 24.

⁶⁰ Cfr. Taruffo, M., “Institutional Factors Influencing Precedents”, en MacCormick, D. N., Summers, R. S.; Goodhart, A. L., *Interpreting Precedents...*, pág. 454.

El análisis de las clases, grados o manifestaciones de la fuerza de un precedente pondrá en evidencia ciertas cuestiones que son sustanciales a esta tesis, como las siguientes: a) el precedente, de un modo u otro, es utilizado en todos los sistemas jurídicos⁶¹ y su utilidad en el desenvolvimiento del ordenamiento jurídico va *in crescendo*; b) el precedente no es utilizado en todos los sistemas jurídicos del mismo modo y, generalmente, no es utilizado tampoco del mismo modo entre los tribunales de un mismo sistema jurídico; c) dado a) y para evitar b) es necesario que en toda organización judicial exista una doctrina del precedente que defina con precisión el valor concreto que el precedente debe tener en las decisiones judiciales.

A lo largo del presente capítulo, se evidencian a) y b) y se ilumina la práctica de aplicación del precedente, con el objetivo de dejar sentadas las bases terminológicas y conceptuales necesarias para una adecuada comprensión del precedente en las cámaras argentinas de apelaciones —objeto final de análisis de esta tesis— y para la adecuada implementación de tal doctrina en cualquier sistema jurídico. Tal como se ha mencionado en diversas oportunidades, el precedente en sí mismo es un concepto complejo que genera debates tanto en su significado como en su aplicación. No es posible encarar el objetivo de esta tesis, que es estudiarlo en un ámbito judicial determinado, sin antes estudiar sus aristas y exponer las prácticas y técnicas que se emplean en su aplicación con el fin de, cuanto menos, esquematizar, una teoría general del precedente.

En tal sentido, se propone un tratamiento del precedente que goce del mayor grado de abstracción posible, que alcance cierta teorización y clasificación de los diversos significados, usos y características que posee en cada sistema jurídico concreto. Para ello, se toman como esquema inicial de trabajo las dimensiones del precedente judicial desarrolladas por Taruffo⁶², quien emprendió, con gran solidez, este intento de alcanzar “una relativa unidad de fenómenos que representan múltiples peculiaridades”⁶³.

Lo que se utilizará es el esquema general de aquellas dimensiones que ha elaborado Taruffo, dejando de lado, en algunos casos, el desarrollo sustancial de cada una de ellas, especialmente en casos en los que no se está de acuerdo. Por ejemplo, en contra de la afirmación de que en órganos de igual nivel, la decisión de otro juez no es más que un ejemplo⁶⁴, puede verse la doctrina del “*comity*” desarrollada en Estados Unidos. Tampoco parece acertada la aseveración de que la distinción entre *holding* y *obiter* solo es útil en los sistemas de *common law*, pues en los continentales toda la decisión sería persuasiva. Esto no solo reduciría el valor del precedente al binomio obligatoriedad-persuasividad, lo cual es incorrecto, sino que convalidaría la práctica —cuestionable— de los jueces continentales de citar sentencias sin discriminar ni efectuar un análisis exhaustivo de ellas y de la plataforma fáctica a la que se refieren. Significaría aceptar que lo que el juez ha dicho concretamente para fundar su decisión tiene el mismo valor que lo que ha agregado al pasar, a mayor abundamiento (que en la práctica este sea el modo de proceder de ciertos jueces, no quiere decir que sea el adecuado o útil). Por otro lado, traería aparejada también la práctica errónea

⁶¹ De hecho, los primeros antecedentes de la práctica judicial de mirar hacia atrás para decidir casos presentes se han encontrado en Grecia, Roma y Egipto. Cfr. Healy, Thomas, “Stare Decisis...”, pág. 55.

⁶² Taruffo, M., “Dimensiones del precedente”, pág. 3-23.

⁶³ Taruffo, M., “Dimensiones del precedente”, pág. 7.

⁶⁴ Cfr. Taruffo, M., “Dimensiones del precedente”, pág. 9.

de citar disidencias o votos concurrentes sin expresa indicación. Una mejora de la instrucción de los funcionarios judiciales en la identificación del *holding* serviría para resolver esas falencias.

Taruffo parte de la hipótesis de que el precedente se define, en cada ordenamiento, en función de la combinación de cuatro factores o como intersección de cuatro dimensiones⁶⁵. Esas dimensiones son: a) la dimensión institucional; b) la dimensión objetiva; c) la dimensión estructural y d) la dimensión de la eficacia⁶⁶. A esta clasificación se le agregarán dos más: e) la dimensión de la formalidad y f) la dimensión temporal. Sobre la base de esta clasificación preliminar, se desarrollarán las diversas manifestaciones del precedente y se procurará ordenar las múltiples clasificaciones y calificaciones que doctrinaria y jurisprudencialmente coexisten en la actualidad.

2. DIMENSIONES DEL PRECEDENTE

A. Dimensión institucional: Precedente vertical y precedente horizontal

Esta dimensión se relaciona con la estructura de la organización judicial, es decir, la jerarquía y relación existente entre los tribunales e instancias dentro de un sistema judicial. En función de ella, se clasifica el precedente en vertical y horizontal:

i) La doctrina del precedente vertical se da en una estructura piramidal o jerárquica. Hace alusión al valor del precedente emanado de los órganos que están por encima, respecto de aquellos que están por debajo.

Hay quienes sostienen que es erróneo emplear la expresión “*stare decisis* vertical” en referencia a la obligación de los tribunales inferiores de seguir el precedente del tribunal superior, puesto que tal obligación no deriva de la mera existencia de precedentes, sino de la jerarquía y, en tal razón, sería fundamentalmente diversa del precedente horizontal⁶⁷. Con orientación similar, Caminker utiliza la expresión “*stare decisis*” para referirse a la obligatoriedad del propio precedente (es decir, la dimensión horizontal), y “*hierarchical precedent*”, en alusión a la obligación de seguir el precedente emanado de un tribunal superior⁶⁸. La diversidad radicaría, interpretando a Healy, en la mayor consistencia y fuerza de la obligatoriedad en el primer caso, que tendría fundamentos constitucionales. Sin embargo, al menos en lo que al ordenamiento argentino respecta, esta obligatoriedad, lejos de ser reconocida por la mera existencia de jerarquía institucional, ha sido confusa y variable y fundada en argumentos propios del *stare decisis*, como la seguridad jurídica, la uniformidad en la interpretación constitucional, etc. Por lo tanto, se conservará esta subcategoría de

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Taruffo, M, “Dimensiones del precedente”, págs. 7 y 8.

⁶⁷ Cfr. Healy, T., “*Stare Decisis* as a Constitutional Requirement...”, pág. 53, nota al pie n° 53.

⁶⁸ Cfr. Caminker, Evan H., “Why Must Inferior Courts Obey Supreme Court Precedents”, en *Stanford Law Review*, vol. 46, n° 4, pág. 818, nota al pie n° 2.

precedente vertical, por cuanto representa una variante de consideración en los diversos sistemas.

ii) La doctrina del precedente horizontal⁶⁹ tiene relación con el valor del precedente dentro de un mismo escalón de la pirámide. Esta dimensión abarca dos tipos distintos de precedente: por un lado, los precedentes emanados de órganos de jerarquía coordinada (por ejemplo, el valor del precedente de una cámara federal de apelaciones de La Plata para la cámara federal de apelaciones de Mar del Plata); por el otro, el precedente emanado del propio órgano judicial con anterioridad (por ejemplo, el valor del precedente de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal para cualquiera de las salas de la misma Cámara). Taruffo llama a esto último “autoprecedente”⁷⁰.

La utilidad de distinguir entre el precedente horizontal con relación a dos órganos de jerarquía coordinada y el precedente horizontal con relación a un mismo órgano es evidente, pues en la práctica y, como se desarrollará a lo largo de esta tesis, en el segundo caso la obligatoriedad o vinculatoriedad del precedente es —o debería ser— aún mayor.

El valor del precedente horizontal puede variar según el tipo de que se trate, y también varía de acuerdo con qué instancia se encuentre el tribunal. En el caso de Estados Unidos, respecto del precedente emanado de órganos de jerarquía coordinada solo se reconoce, en segunda instancia, un deber de cortesía (*duty of comity*), tal como se verá oportunamente. En relación al autoprecedente, en cambio, la vinculatoriedad es prácticamente absoluta en las cámaras de apelaciones. En la primera instancia, sin embargo, no se reconoce valor obligatorio a ningún tipo de precedente horizontal⁷¹. Mientras que en la Suprema Corte, por su parte, el autoprecedente no goza de la misma obligatoriedad que posee en las cámaras de apelaciones y menos aún en temas constitucionales⁷². Así queda evidenciado lo que se mencionaba anteriormente, en relación a que es difícil catalogar al precedente como fuente de Derecho, pues su valor y fuerza tiende a variar en sus diversas manifestaciones y en relación al tribunal de que se trate.

⁶⁹ Algunos lo denominan “lateral”. Cfr. Cárdenas, Emilio J., “El sistema del stare decisis y su búsqueda de flexibilidad”, *La Ley*, 1984- B, pág. 764.

⁷⁰ Taruffo, M., “Dimensiones del precedente”, pág. 9.

⁷¹ Cfr. Garner, Bryan A., *et al*, *The Law of Judicial Precedent*, Minnesota, Thomson Reuters, 2016, pág. 491 (“[federal district courts] owe no deference whatsoever to their own precedents”). En igual sentido, *TMF Tool Co. v. Muller*, 913 F. 2d 1185, 1191 (7th Cir. 1990) y *Camreta v. Greene*, 563 U.S. 692 (2011), ocasión en que la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que “a decisión of a federal district court judge is not binding precedent in either a different judicial district, the same judicial district, or even upon the same judge in a different case”. Muchas veces se le reconoce al precedente de otro distrito cierto valor persuasivo, mas nunca obligatoriedad. Cfr. *Bluebard’s Castle, Inc. v. Delmar Mktg., Inc.*, 886 F. Suppág. 1204, 1211 n. I (D.V.I. 1995); *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Bates*, 542 F. Suppág. 807, 816 (N.D. Ga. 1982); *White v. Baltic Conveyer Co.*, 209 F. Suppág. 716, 722 (D.N.J. 1962).

⁷² Cfr. Legarre, Santiago, “Precedent in Argentine Law”, en *Loyola Law Review*, vol. 57, 2011, pág. 784, con cita de la disidencia de J. Brandeis en *Burnet v. Colorado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406-08 (1932).

B. Dimensión objetiva: Ratio decidendi y obiter dictum

Esta dimensión se relaciona con la delimitación, en el marco de la decisión judicial, de aquello que verdaderamente tiene valor de precedente. En el sistema del *common law*, de donde surge y en donde se desarrolla la práctica del precedente, no todo el pronunciamiento judicial tiene valor vinculante para los casos posteriores, sino solo una parte de él: el *holding* o *ratio decidendi*⁷³. En oposición al *holding* está el *obiter dicta*, que carece de valor vinculante —podrá tener, en algunos casos, valor persuasivo—. Si se toma como base la siguiente estructura de la sentencia⁷⁴:

- i. determinación de los hechos jurídicamente relevantes;
- ii. enunciación del principio aplicable de acuerdo con tales hechos;
- iii. decisión propiamente dicha o parte resolutive (*judgment*);

se comprenderá que es en la enunciación del principio aplicable de acuerdo a los hechos, donde puede encontrarse la *ratio*, conforme a los métodos y técnicas que se analizarán seguidamente. Más específicamente, la *ratio* deberá extraerse a partir de esa enunciación del principio aplicable formulada en el voto mayoritario. Jamás se podrá extraer un *holding* de una disidencia.

La identificación del *holding* o *ratio* de una sentencia ha suscitado los más amplios debates doctrinarios⁷⁵ y es, sin duda, una parte esencial de la doctrina del precedente. Sin embargo, antes de adentrarse en tal análisis, es preciso resaltar que no toda decisión judicial constituye un precedente: en primer lugar, solo aquellas decisiones que se refieren a pronunciamientos de derecho lo son, mas no aquellas en las cuales la controversia se funda únicamente en una cuestión de hecho o prueba. Es esta una distinción que comúnmente se omite en el tratamiento del precedente, pero que está presente en la doctrina clásica sobre el tema⁷⁶. En segundo lugar, en las cámaras de apelaciones de Estados Unidos —cuya relevancia para esta tesis se desprende del hecho de que son las cámaras “hermanas” de las cámaras de apelaciones argentinas—⁷⁷, existen decisiones judiciales denominadas “nonprecedential

⁷³ En los países del *civil law* o derecho continental, por el contrario, la práctica de aplicación del precedente muestra un desinterés o falta de reflexión profunda sobre cuál es la regla de derecho o la norma general que se deriva del precedente que se está aplicando. Cfr. MacCormick, D. N., Summers, Robert S., “Further General Reflections and Conclusions”, en MacCormick, D. N., *et al*, *Interpreting Precedents...*, págs. 535-536.

⁷⁴ Cfr. Londoño S., Néstor R., “La obligatoriedad de los principios del derecho en el Common Law de los Estados Unidos”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36, n° 106, 2007 pág. 59.

⁷⁵ Goodhart afirma que, luego del término “malice”, el de “ratio decidendi” es el vocablo más equívoco del derecho inglés. Goodhart, Arthur L., “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, *Yale Law Journal*, vol. XL, n° 2, 1930, pág. 161.

⁷⁶ Cross, R.; Harris, J. W., *Precedent...*, pág. 40. Los autores ponen como ejemplo el caso en el que se discute si el motociclista iba a una velocidad excesiva; allí, no está en discusión la obligación del motociclista de actuar diligentemente y manejar cuidadosamente, sino que únicamente se discute si, en ese caso en particular, esa obligación fue o no cumplida, es decir, si el motociclista manejaba o no más allá del límite permitido. Esa es una mera cuestión de hecho que, en principio, no constituye precedente.

⁷⁷ Como se verá en el capítulo III, §6.

opinions”, que son aquellas que deciden no publicarse y que, en algunos circuitos, carecen de valor obligatorio⁷⁸.

Una vez que se ha identificado la decisión judicial calificable como precedente, aparece dentro de ella una nueva distinción entre el *holding* o *ratio decidendi*⁷⁹, por un lado, y el *obiter dictum* (o *dicta*, en plural⁸⁰), por el otro. La delimitación entre uno y otro ha dado lugar a diversas teorías o métodos. No obstante, un punto sobre el cual la doctrina parece estar de acuerdo es que la *ratio decidendi* es aquella proposición de derecho necesaria para tomar la decisión⁸¹.

Las opiniones divergen, en realidad, en cuanto al método para identificar el *holding* y la exigencia o no de la formulación explícita de tal proposición por parte del tribunal. No es el objeto de esta tesis realizar una disertación exhaustiva sobre el tema —que la excede—, sin perjuicio de lo cual, a continuación, se desarrollarán las doctrinas de los principales autores sobre la materia, a los efectos de arrojar algo de luz sobre un concepto tan esencial a la doctrina del precedente como lo es la *ratio decidendi* o el *holding*.

i. Reglas para la identificación del holding o ratio decidendi

(a) Test de Wambaugh o test de la inversión

Sobre la base de que la *ratio* es la proposición o regla de derecho sin la cual el caso hubiera sido decidido en forma opuesta o, dicho de otro modo, aquella regla de derecho que el tribunal ha considerado *necesaria* para resolver el caso⁸², Wambaugh propuso el siguiente test a los efectos de identificarla: 1. tomar la proposición de derecho que sería la *ratio decidendi* y formularla cuidadosamente; 2. insertar en ella una palabra que le confiera el significado opuesto; 3. preguntarse si el tribunal, considerando tal proposición (la invertida en base al punto 2) como válida, habría igualmente tomado la decisión que tomó. Si la respuesta es

⁷⁸ No corresponde extenderse aquí sobre esta cuestión, sin perjuicio de lo cual se puede consultar al respecto la siguiente bibliografía: Sloan, Amy E., “If You Can't Beat 'Em, Join 'Em: A Pragmatic Approach to Nonprecedential Opinions in the Federal Appellate Courts, *Nebraska Law Review*, vol. 86, 2007, págs. 895-954; Beske Elizabeth E., “Rethinking the Nonprecedential Opinion”, *UCLA Law Review*, vol. 65, 2018, págs. 808-858; Cappalli, Richard B., “The Common Law’s Case against Non-Precedential Opinions”, *South Carolina Law Review*, vol. 76, 2003, págs. 755-797; Dragich, Martha J., “Citation of Unpublished Opinions As Precedent”, *Hastings Law Journal*, vol. 55, 2004, págs. 1235-1308.

⁷⁹ La expresión *ratio decidendi* es comúnmente utilizada en Inglaterra, mientras que la expresión “*holding*” es propia de Estados Unidos. En tanto hacen alusión a un mismo concepto, se utilizarán ambas indistintamente.

⁸⁰ Cfr. Jones, Harry W.; Kernochan, John M.; y Murphy, Arthur W., *Legal Method: Cases and Materials*, Nueva York, The Foundation Press, 1980, pág. 112. En Argentina, Garay hace una distinción entre *holding* y *dicta*, aludiendo a “lo que se resolvió” y “lo que se dijo”. Garay, A., *La Doctrina del Precedente...*, pág. 150.

⁸¹ Cross, R.; Harris, J.W., *Precedent...*, pág. 40.

⁸² Wambaugh, Eugene, *The Study of Cases. A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-Notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities and Compiling Digests*, 2nd. Ed., Boston, 1894, pág. 18. Wambaugh utilizó solo intersticialmente la expresión *ratio decidendi* (v.gr., pág. 18), generalmente se refería a ella como la “doctrina del caso”. Ídem, *passim*. Esta idea, de que la *ratio* es la regla o principio de derecho sobre el cual el tribunal ha basado su decisión es lo que muchos llaman “la teoría clásica”. Cfr. Lücke, H.K., “Ratio Decidendi: Adjudicative Rational and Source of Law”, en *Bond Law Review*, vol. 1, is. 1, art. 2, 1989, pág. 38.

afirmativa, es decir, sin aún invertida la proposición original el tribunal habría arribado a la misma decisión, entonces la proposición original no constituye la *ratio*. En cambio, si la respuesta es negativa, es decir, si, invertida la proposición original, el tribunal hubiera modificado su decisión, entonces esa proposición original constituye la *ratio* de la decisión tomada⁸³.

En cuanto a si la *ratio* debe hallarse explícita en la decisión del tribunal, Wambaugh sostenía que indudablemente es en la sentencia judicial donde se debe buscar la doctrina del caso, pero que esta podía o no haber sido expresamente formulada por los jueces. Consideraba asimismo la posibilidad de que el tribunal hubiera formulado la proposición demasiado amplia o estrecha o, incluso, erróneamente, sin perjuicio de lo cual debía ser formulada correcta y cuidadosamente por quien quisiera hallar la doctrina del caso, aun cuando para ello hubiera que prescindir de las exactas palabras utilizadas en la sentencia⁸⁴.

El Test de Wambaugh fue criticado en razón de que no brinda herramientas para dilucidar cuál es la proposición que debe ser considerada necesaria y de que su utilidad quedaría reducida a aquellos casos decididos en base a una sola proposición o que involucran una sola cuestión de derecho, en tanto que, si hubiera dos proposiciones de derecho necesarias, resultaría todo *dicta*⁸⁵. Por otro lado, también se ha criticado su inutilidad en decisiones judiciales en las que los jueces no expresan razones o en las que son dictadas por tribunales colegiados y cada juez utiliza una regla de derecho distinta⁸⁶. Sin embargo, se le reconoce su valor como método para identificar todo aquello que *no es ratio*⁸⁷.

(b) *La doctrina de Lord Halsbury*

El primero en hacer foco en los hechos del caso como puntapié para identificar la *ratio* fue Halsbury. En un famoso pasaje de una sentencia⁸⁸, dejó claro que las proposiciones de una decisión judicial no son proposiciones generales de derecho, sino que gobiernan exclusivamente los hechos del caso en el que se pronunciaron y que solo respecto de esos hechos la decisión constituye precedente⁸⁹. Así surge el “Test de Halsbury”, según el cual la *ratio decidendi* es el principio que se deriva de los hechos del caso.

Sobre qué hechos deben considerarse para formularla, se ha dicho que la base del test de Halsbury es la eliminación de todos aquellos hechos que son indudablemente irrelevantes, es decir, aquellos cuya irrelevancia sería advertida por cualquier abogado⁹⁰. Es decir, en esta

⁸³ Wambaugh, E., *The Study of Cases...*, pág.17.

⁸⁴ Wambaugh, E., *The Study of Cases...*, pág. 20.

⁸⁵ Cross y Harris muestran claramente cómo ese *test* puede llevar a conclusiones erróneas, en el caso *Donoghue v. Stevenson*. Véase Cross, R.; Harris, J. W., *Precedent...*, pág. 53.

⁸⁶ Cfr. Lücke, H.K., “Ratio Decidendi...”, pág. 39.

⁸⁷ Cross, R.; Harris, J.W., *Precedent...*, págs. 52 y 56. Quizás no era más que eso a lo que aspiraba Wambaugh, si se tiene en cuenta que el prefacio a la primera edición de su obra comienza “The aim of this volumen is to teach students the methods by which lawyers detect *dicta*...” (el objetivo de esta obra es enseñar a los alumnos aquellos métodos mediante los cuales los abogados detectan los *dicta*...). Wambaugh E., *The Study...*, pág. v.

⁸⁸ *Quinn v. Leathem*, [1901] AC 459, pág. 506.

⁸⁹ “... the generality of the expressions which may be found there are not intended to be expositions of the whole law but govern and are qualified by the particular facts of the case in which such expressions are to be found”. *Quinn v. Leathem* [1901] AC 495, pág. 506.

⁹⁰ Cfr. Cross, R., Harris, J.W., *Precedent...*, pág. 58.

postura, no se pone énfasis en aquellos hechos que tuvieron relevancia para el juez que dictó la decisión, como lo hará Goodhart.

Por lo demás, para Halsbury, la *ratio* únicamente podía encontrarse en la regla *enunciada* por los jueces, de modo que aquella debía buscarse en las palabras de los jueces, en la proposición expuesta (*set forth*) o enunciada por el juez en relación a los hechos. Ninguna inferencia lógica que no se encontrase contenida en la sentencia podría constituir su *ratio*⁹¹.

Goodhart se ocupó de demostrar que, aquella visión no era suficiente para identificar la *ratio* correctamente pues i) muchas veces aquella no se deriva de todos los hechos del caso, sino de aquellos considerados *relevantes* por el juez que debía decidir y ii) la *ratio decidendi* no siempre está enunciada como tal en la sentencia y, no obstante, se desprende de ella⁹².

(c) *El método de Goodhart: los hechos materiales*

Goodhart sostuvo que la *ratio* surgía de dilucidar qué hechos fueron considerados relevantes por el juez que dictó la sentencia y relacionarlos con la decisión tomada basándose en ellos⁹³. La *ratio decidendi* está, entonces, íntimamente relacionada con los hechos considerados *relevantes* (*material facts*) por el juez que tomó la decisión⁹⁴. Para reforzar su método, Goodhart se ocupó de rebatir los restantes, mediante una serie de principios⁹⁵:

(i) la *ratio* no se encuentra en las razones en las que el juez ha basado su decisión. Las razones expresadas por los jueces pueden ser erróneas o falsas y, sin embargo, el precedente será válido⁹⁶. Con esto, Goodhart sortea también los problemas que presentan aquellas sentencias que no contienen fundamentos⁹⁷.

(ii) la *ratio* no necesariamente es el principio de derecho enunciado por los jueces. Puede no haber regla o principio de derecho enunciado en la sentencia o la regla puede ser demasiado amplia o demasiado estrecha, incluso en tribunales colegiados la regla de derecho puede variar de un juez a otro⁹⁸.

⁹¹ *Quinn v. Leatham*, 1901 AC 459, pág. 506.

⁹² Goodhart, Arthur, "The Ratio Decidendi of a Case", *The Modern Law Review*, vol. 22, n. 2, 1959, pág. 118.

⁹³ Goodhart, A., "The Ratio Decidendi...", pág. 119.

⁹⁴ Cfr- Goodhart, A., "The Ratio Decidendi...", pág. 119. Para identificar cuáles son aquellos hechos que el juez consideró relevantes, es útil analizar las razones expresadas en la sentencia. Ídem. En la terminología anglosajona, los hechos relevantes son denominados "*material facts*". Cfr. Cross, R.; Harris, J.W., *Precedent...*, pág. 58.

⁹⁵ Se encuentran enunciados uno por uno hacia el final de su famoso artículo. Véase Goodhart, A., "Determining the Ratio...", pág. 182.

⁹⁶ Las razones de la decisión pueden, incluso, ser erróneas o fundarse en una deficiente comprensión de la historia jurídica o incluso no existir razones que funden la sentencia y, sin embargo, la *ratio* ser igualmente válida y obligatoria. Cfr. Goodhart, A., "The Ratio Decidendi...", pág. 118. Sin embargo, no es que Goodhart quite toda importancia a la *opinión* o a las razones manifestadas por los jueces, y de hecho admite que son una guía para dilucidar si determinados hechos son o relevantes. Aunque Cross y Harris sostienen que Goodhart no otorga suficiente peso a las razones, que en algunos casos son clave para determinar la *ratio*. Cross, R., Harris, J. W., *Precedent...*, ps. 70-71

⁹⁷ Goodhart, A., "Determining the Ratio...", pág. 162.

⁹⁸ Goodhart, A., "Determining the Ratio..." pág. 165. Aquí, Goodhart refuta la postura de Lord Halsbury. El problema está cuando los jueces sí brindar una regla de derecho, y hasta qué punto uno puede desprenderse de ella. A este problema se refieren Cross y Harris. Cross, R., Harris, J.W., *Precedent...*, pág. 68.

(iii) la *ratio* no necesariamente se descubrirá a partir de la consideración de todos los hechos del caso y la decisión que el juez ha tomado en base a ellos. Aquí, Goodhart intenta refutar la postura de Oliphant, quien sostenía que podía prescindirse absolutamente de la opinión de los jueces, de sus razones, y que bastaba relacionar los hechos con la decisión tomada para obtener el precedente⁹⁹. Frente a esto, Goodhart sostiene que tal postura arrastra el error de asumir que los hechos son un factor constante, que son una premisa fija (*fixed premise*) de la que siempre se podrá extraer la misma conclusión¹⁰⁰.

En suma, su método consiste en individualizar qué hechos que fueron considerados relevantes y cuáles irrelevantes¹⁰¹ para el juez que dictó la sentencia y relacionarlos con la decisión tomada¹⁰², del siguiente modo: “siempre que se den los hechos A y B, el tribunal deberá arribar a la solución X”¹⁰³. Así se obtendrá el principio que constituye la *ratio* de esa sentencia y que tiene, por ende, fuerza obligatoria.

Para individualizar esos hechos relevantes o *material facts*, brinda una serie de directrices, tales como que los hechos relativos a las personas, tiempo, lugar, cantidad y calidad son presumiblemente irrelevantes, salvo indicación en contrario¹⁰⁴. Si bien este método admite algunas críticas por su foco exclusivo en los hechos, que descuida el modo en que las partes argumentaron, la relación de la decisión con otros casos anteriores, etc., es sin duda un método que puede resultar de utilidad en la búsqueda de la *ratio*.

De lo hasta aquí analizado, es dable concluir que:

- a. La *ratio decidendi* (o *holding*) es la proposición o regla de derecho necesaria para decidir el caso tal como ha sido resuelto
- b. Puede estar explícita o implícitamente contenida en la sentencia
- c. Debe estar íntimamente relacionada con los hechos relevantes
- d. Siempre debe extraerse del voto mayoritario. Jamás podrá extraerse el *holding* de una disidencia

La definición de Cross, que resume lo expuesto y agrega cierta relevancia a las razones o fundamentos desarrollados por los jueces a lo largo de la sentencia, parece completar adecuadamente el método de Goodhart. A esta definición se hará referencia cuando se aluda al *holding* o *ratio decidendi* a lo largo de esta tesis:

⁹⁹ Goodhart, A., “Determining the Ratio...”, pág. 169. En igual sentido, Cross, R., Harris, J.K., *Precedent...*, ps. 49-52 y pág. 65.

¹⁰⁰ Goodhart, A., “Determining the Ratio...”, pág. 169.

¹⁰¹ Importa tanto individualizar unos como otros, porque la *ratio* puede depender tanto de la inclusión de un hecho como de la exclusión. Goodhart, A., “Determining the Ratio...”, pág. 182.

¹⁰² La *ratio* debe formularse y queda atada a los hechos tal y como fueron vistos por el juez, incluso cuando hayan sido errados. Quien formulará la *ratio* no puede ir más allá y mostrar que los hechos fueron otros, él también queda atado por esa consideración de los hechos que fue la que inspiró la decisión del juez. Goodhart, A., “Determining the Ratio...”, pág. 170.

¹⁰³ Goodhart, A., “Determining the Ratio...”, pág. 179.

¹⁰⁴ Goodhart, A., “Determining the Ratio...”, pág. 169.

La *ratio decidendi* de un caso es aquella regla de derecho expresa o implícitamente considerada por el juez como un paso necesario para arribar a su conclusión, teniendo en consideración la línea argumental adoptada por él¹⁰⁵.

Del *obiter dictum*, por su parte, basta una definición residual: todo aquello que no es *ratio*, es *obiter*¹⁰⁶. El *obiter* refleja, no solo etimológicamente, sino también en su aplicación, el “dicho sea de paso”. Es lo complementario, lo que no es necesario para resolver el caso, lo que se dice “a mayor abundamiento”.

Se prescindirá aquí de la delgada distinción entre *obiter dicta* y *dicta*, sostenida por algunos, en virtud de la cual *dicta* serían aquellas proposiciones no necesarias para resolver el caso, pero relacionadas con él, mientras que *obiter dicta* serían las proposiciones relacionadas con un caso distinto al que se está resolviendo¹⁰⁷.

ii. La *ratio decidendi* en sentencias de tribunales colegiados

Dado que esta tesis tiene como objeto de estudio el precedente en las cámaras de apelaciones, resultará útil hacer una breve referencia al método para identificar la *ratio* en sentencias judiciales compuestas por dos o más votos, que pueden tener lugar en tribunales colegiados (como las cámaras) y que pueden contener diversas *ratios*. En relación a esto, es conveniente analizar los siguientes escenarios:

(a) *Voto mayoritario*: Si en un tribunal de tres jueces, dos de ellos suscriben el mismo voto, ese será el voto mayoritario que constituye precedente. De allí deberá obtenerse, lógicamente, el *holding*. Como se ha mencionado anteriormente, jamás un *holding* podrá extraerse de una disidencia.

(b) *Votos concurrentes con fundamento o regla de derecho mayoritarios*: Este es el caso en el que la solución —la disposición del caso— a la que se arriba es unánime (v.gr. rechazar la apelación), pero los jueces no arriban a ella por las mismas razones o fundamentos (dando lugar a votos concurrentes) y, no obstante esto último, hay una regla de derecho, dentro de los votos, que es mayoritaria, es decir, que en un tribunal de tres jueces, es aceptada por dos de ellos. En otras palabras, es un caso en el que, dentro de los votos concurrentes, puede encontrarse una regla o proposición de derecho que es aceptada por alguna mayoría.

Supongamos que un voto (*A*) es suscripto por dos jueces a favor del rechazo de la apelación con base en determinado razonamiento y su consecuente regla de derecho (*X*), mientras que un tercer juez suscribe su propio voto (*B*), a favor del rechazo, pero con su propio razonamiento y regla (*Y*). Este es un caso de votación 2-1. Aquí, la *ratio* debe extraerse del voto mayoritario en cuanto a los fundamentos, es decir, el voto *A* que hace mayoritario el razonamiento *X*.

¹⁰⁵ Cross, R., Harris, J.W., *Precedent...*, pág. 72.

¹⁰⁶ Como sostiene Cross, no hay mejor forma de definirlo ni mucho más para decir. Cfr. Cross, R; Harris, J.W., *Precedent...*, pág. 75. Sin embargo, para un estudio más abarcativo de tipos o ejemplos de *obiter*, se puede consultar aquella obra, en sus ppág. 75-84.

¹⁰⁷ Cfr. Wambough, E., *The Study of Cases...*, pág. 18.

El mismo caso ocurriría si cada juez emite su propio voto, es decir, se dan tres votos concurrentes, pero dos de los jueces coinciden en uno de los fundamentos o en la regla o proposición de derecho utilizada para resolver el caso. Se trataría de una votación 1-1-1. La *ratio*, en este caso, deberá extraerse a partir de ese fundamento compartido y de la consiguiente regla o proposición en común.

(c) *Votos concurrentes sin fundamento o regla de derecho mayoritarios*: Es el caso de tres jueces que coinciden en la solución de la controversia, pero emiten cada uno su propio voto, con una línea argumental y proposición de derecho diferentes. La teoría tradicional niega a este tipo de decisiones el valor de precedente, pues exige, para reconocerle autoridad, que se desprenda de una mayoría unificada¹⁰⁸. No obstante, excepcionalmente se podría reconocer cierto valor del precedente, aplicando la solución que la Suprema Corte de Estados Unidos ha esbozado para las *plurality opinions*: debería extraerse la *ratio* de aquel voto que contenga la regla de derecho más estrecha o limitada¹⁰⁹. Cabe aclarar que en un tribunal de tres jueces jamás podrá haber una *plurality opinion*, que exige, precisamente, que un voto haya sido suscripto por una pluralidad de jueces, aunque no alcance la mayoría necesaria para constituir una mayoría de fundamentos¹¹⁰. En el caso de que los tres jueces voten 1-1-1, es decir, cada uno con su voto, no habrá un voto plural.

C. Dimensión estructural: Stare decisis, jurisprudencia constante

La dimensión estructural del precedente hace referencia a una clasificación de tipo cuantitativo, relacionada con el número de decisiones judiciales necesario en un sistema jurídico para que esas decisiones tengan incidencia en las decisiones que los jueces sucesivos tomarán en casos análogos.

Esta dimensión posee dos grandes manifestaciones: por un lado, están aquellos ordenamientos en los que una sola decisión judicial es suficiente para tener valor como fuente del derecho. Por el otro, se encuentran aquellos en los que se exige una cantidad determinada de decisiones judiciales o una cierta línea jurisprudencial.

Es preciso aclarar que el hecho de que baste un solo precedente o que se requiera una jurisprudencia constante no está relacionado con el valor persuasivo u obligatorio que se le conceda a las decisiones judiciales; más bien, esto último se relaciona con otra dimensión del precedente —la de la eficacia— que será analizada en el siguiente acápite. Ambas dimensiones pueden combinarse de todas las formas posibles. Con esto se quiere decir que aquellos ordenamientos jurídicos que concedan valor al precedente individual podrán concederle valor obligatorio o valor persuasivo (o, incluso, como suele suceder, valor

¹⁰⁸ Caminker, Evan H., “Precedent and Prediction: The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking”, en *Texas Law Review*. Vol. 73, 1994, pág. 17; Eber, Michael L., “When the Dissent Creates the Law: Cross-Cutting Majorities and the Prediction Model of Precedent”, en *Emory Law Journal*, vol. 58, 2008, pág. 217.

¹⁰⁹ *Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977), pág. 193.

¹¹⁰ “A plurality opinion is one that doesn’t garner enough appellate judges’ votes to constitute a majority, “but ha[s] received the greatest number of votes of any of the opinions filed,¹¹⁰” among those opinions supporting the mandate”. Garner, B., *et al*, *The Law of Judicial Precedent*, pág. 195. Idem: “A plurality opinion results when a majority of the sitting court agrees on the ultimate result but not on a single rationale to support the result”.

obligatorio a algunos y persuasivo a otros). Mientras que en aquellos ordenamientos en los que se exija una jurisprudencia constante, esta podrá ser considerada estrictamente vinculante o puede atribuírsele únicamente un cierto valor persuasivo.

A continuación, se desarrollarán brevemente ambas manifestaciones, con la mención de algunos ejemplos que las ilustran.

i. Precedente individual

Aquí se ubica lo que algunos llaman “doctrina del precedente individual”¹¹¹, a partir de la cual un solo precedente, aislado, sin importar su antigüedad, es suficiente para obligar o persuadir, según sea el caso. Es el sistema que rige, a grandes rasgos, en los países del *common law*¹¹². No hace falta una continuidad de precedentes uniformes, no se requiere una cantidad de sentencias en igual sentido; basta una sola sentencia del tribunal superior para que los jueces inferiores estén obligados a resolver los casos similares posteriores de igual modo en que fue resuelto aquel precedente. Basta un único caso de la Suprema Corte para que ella misma, en un caso posterior semejante, se vea persuadida por él e incluso obligada a justificar suficientemente su apartamiento.

Ello no quita que la continuidad o repetición de precedentes también sea considerada en el *common law* en algunas circunstancias. Así, la Suprema Corte de Estados Unidos, en referencia a la relación entre dos cámaras de apelaciones de distinta jurisdicción (entre quienes, *prima facie*, no rige la obligatoriedad del precedente), ha reconocido que el valor de un precedente puede cambiar de acuerdo con la cantidad de cámaras que han resuelto el asunto y la concordancia entre sus opiniones: “La obligación de seguir las decisiones de otras cámaras se acrecienta en proporción al número de cámaras que han decidido sobre el asunto y la concordancia de opinión entre ellas puede ser tan general que se convierta en un precedente obligatorio (“controlling authority”)¹¹³.”

El Estado de Louisiana constituye, en algunos casos, una excepción al sistema de precedente de Estados Unidos: mientras que el precedente individual de la Suprema Corte de Louisiana goza de obligatoriedad vertical, la doctrina del precedente individual obligatorio no se aplica en su dimensión horizontal ni respecto del precedente de las cámaras de apelaciones. En estos dos casos se exige la configuración de jurisprudencia constante para reconocer cierta fuerza persuasiva, como se verá más adelante.

ii. Jurisprudencia constante

¹¹¹ Un solo precedente constituye derecho y genera obligación por más que “haya sido dictado el año anterior o un siglo antes, e incluso si la regla que establece ahora parece inapropiada en razón de circunstancias sociales cambiantes o por algún otro motivo”. Goodhart, Arthur L., “Precedent in English and Continental Law”, en *Law Quarterly Review*, Londres, n° 50, 1934, pág. 41.

¹¹² No siempre fue así, sino que recién a partir del siglo XVII se originó la doctrina y adquirió preponderancia en el siglo XIX. Anteriormente, el sistema era más parecido al de la jurisprudencia constante persuasiva. Cfr. Algero, Mary G., “The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation”, *Louisiana Law Review*, vol. 65, n° 2, 2005, pág. 784. Por otro lado, existen diferencias incluso entre los países del *common law*, tal como se ha mencionado en varias oportunidades. Cfr. McCormick, D. N., *et. al.*, *Interpreting Precedents...*, pág. 4.

¹¹³ *Mast, Foos & Co. v. Stover Mfg. Co.*, 177 U.S. 485, 488 (1900).

Existen ordenamientos que exigen, para reconocer valor a decisiones judiciales pasadas, que exista más de una decisión judicial en el mismo sentido¹¹⁴. Entre ellos, es dable distinguir aquellos ordenamientos que determinan con exactitud la cantidad de sentencias necesarias para que la jurisprudencia tenga fuerza, de aquellos en los que se utiliza vagamente la expresión “jurisprudencia constante” —o expresiones afines, tales como “jurisprudencia pacífica”, “jurisprudencia uniforme” o “línea jurisprudencial”— en alusión, generalmente, a su mantenimiento en el tiempo y adopción por varios tribunales.

Por otro lado, también es factible distinguir entre los ordenamientos que reconocen fuerza vinculante a la jurisprudencia constante y aquellos que simplemente le reconocen cierta fuerza. En ese sentido, entre los primeros se encuentra México, cuyo caso será analizado más adelante (por constituir, en rigor, un sistema mixto). El Tribunal Federal alemán (BGH), también reconoce obligatoriedad (aunque no absoluta) a la jurisprudencia constante —a la que denomina *ständige Rechtsprechung*—. Por su parte, el Estado de Louisiana únicamente reconoce, en algunos casos, la fuerza persuasiva de la jurisprudencia constante.

En Francia se reconoce al precedente el carácter de *arrêt de principe*, cuando hubiera sido seguido por una línea continua de precedentes¹¹⁵. Curiosamente, si bien se trata de uno de los pocos países en los que la cita y referencias a precedentes en la sentencia judicial se encuentra prohibida¹¹⁶, la fuerza de estas reglas que surgen de la *jurisprudence constante* ha sido aceptada¹¹⁷.

En general, en aquellos países en los que se reconoce cierta fuerza a la jurisprudencia constante, aquella fuerza convive con algún tipo de precedente individual obligatorio, por lo que se ha preferido abrir una tercera categoría para estos casos, a la que se denominará “sistema mixto”.

iii. Sistema mixto

Por último, existen ordenamientos mixtos, en los que en algunos casos se reconoce obligatoriedad de una sola sentencia, mientras que otras veces se requiere una cantidad determinada.

Un ejemplo de este tipo de sistemas se da en México, donde la jurisprudencia obligatoria puede clasificarse en: i) jurisprudencia por reiteración; ii) jurisprudencia por contradicción; iii) jurisprudencia en casos constitucionales. Mientras que, en el primer caso, se aplica la

¹¹⁴ En este sentido, la doctrina de la jurisprudencia constante ha sido definida como aquella bajo la cual se le exige a un tribunal que tome en consideración las decisiones judiciales pasadas únicamente si hay suficiente uniformidad en la jurisprudencia. Cfr. Fon, Vincy; Parisi, Francesco, “Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis”, *International Review of Law and Economics*, 2006, pág. 522.

¹¹⁵ Sin embargo, vale aclarar que hay quienes afirman que una sola decisión de la Corte de Casación puede configurar “jurisprudencia constante”. Cfr. Troper, Michel; Grzegorzcyk, Christophe, “Precedent in France”, en McCormick, N.; Summers, R., *Interpreting Precedents*, pág. 124.

¹¹⁶ Cfr. Troper, M.; Grzegorzcyk, C., “Precedent in France”, pág. 115. Otro país en esta línea es Austria, en donde la sección 12 del Código Civil específicamente establece que las reglas y decisiones judiciales tomadas en casos particulares jamás tendrán fuerza de ley ni podrán ser extendidas a otros casos u otras personas.

¹¹⁷ Ídem.

noción de jurisprudencia constante —en tanto se exige cinco sentencias consecutivas—, en los otros dos casos basta una sola sentencia para generar obligatoriedad.

La jurisprudencia por reiteración se da, en los casos de amparo, ante la existencia de una serie de cinco fallos ininterrumpidos, dictados en diferentes sesiones, que resuelven un asunto de la misma forma¹¹⁸. Esta jurisprudencia obligatoria puede ser creada por: la Corte Suprema en pleno; una de las Salas de la Corte Suprema o los tribunales colegiados de circuito. En el primer caso, se requiere el voto de 9 jueces sobre 11 para generar obligatoriedad. Y la jurisprudencia solo puede ser dejada sin efecto por un voto unánime de la Corte Suprema¹¹⁹. El pronunciamiento dictado en una única ocasión es llamado “tesis aislada” y, como regla general, carece de obligatoriedad, aunque el juez puede citarlo si está de acuerdo con él¹²⁰.

En el caso de que la jurisprudencia por reiteración provenga de una de las Salas de la Corte, se requiere una mayoría de 4 jueces sobre 5¹²¹. Por otra parte, los tribunales colegiados de circuito¹²² también pueden generar jurisprudencia obligatoria por reiteración, cuando emiten cinco sentencias ininterrumpidas que hubieran sido dictadas de manera unánime¹²³.

En cambio, una única sentencia puede constituir “jurisprudencia” y, en consecuencia, tener obligatoriedad en el caso de “jurisprudencia por contradicción”: aquella que resuelve conflictos entre los grupos de tribunales colegiados (sea que se trate de contradicciones entre las salas de la Suprema Corte o entre tribunales colegiados de un mismo circuito o entre los Plenos de Circuito de distintos circuitos o entre tribunales colegiados de diferentes circuitos)¹²⁴. Tanto la jurisprudencia por reiteración como la jurisprudencia por contradicción constituyen jurisprudencia obligatoria, en la dimensión vertical y horizontal¹²⁵.

Por último, existe otro caso, también excepcional, en el que un único precedente puede adquirir el carácter de norma jurisprudencial, sin necesidad de ser ratificado en otra ocasión¹²⁶. Se trata del sistema de integración jurisprudencial en materia de “controversias constitucionales” y “acciones de inconstitucionalidad”, que establece que las sentencias dictadas en dichos procesos que hubieran sido aprobadas por cuanto menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas de la Corte Suprema, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados

¹¹⁸ Cfr. artículos 222-224 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos.

¹¹⁹ Cfr. Ley de Amparo, Art. 222-4 (2013).

¹²⁰ Tondopó Hernández, Carlos H., “La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano. Necesidad de aplicación retroactiva y ampliación en su alcance”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, n° 9, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8689/10719>, pág. 195. Última visita el 7-3-2018.

¹²¹ Ley de Amparo, art. 223.

¹²² Estos tribunales tienen a cargo la revisión de las decisiones judiciales de tribunales tanto federales como estatales, en un proceso similar al de la casación francesa. Cfr. Serna de la Garza, José María, “The concept of *Jurisprudencia* in Mexican Law”, *Mexican Law Review*, vol. 1, n° 2, pág. 137.

¹²³ Ley de Amparo, art. 224.

¹²⁴ Cfr. artículos 225 y ss. de la Ley de Amparo.

¹²⁵ Cfr. artículo 217 de la Ley de Amparo.

¹²⁶ Cfr. Estrada Romero, Maximino, “Reflexiones en torno a la jurisprudencia en México”, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/7.pdf>, última visita el 7-3-2018.

y del Distrito Federal, así como los tribunales administrativos y del trabajo, federales y locales¹²⁷.

El Tribunal Constitucional de Perú también es un caso mixto. Dicho Tribunal está facultado por el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional para crear un precedente vinculante mediante una simple manifestación en tal sentido en el texto de la sentencia y la precisión de su efecto normativo. Así es que, en su jurisprudencia, ha definido el precedente vinculante como “la regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal decide establecer como regla general y que, por ende, deviene en parámetro a seguir para la resolución de futuros procesos de naturaleza similar”¹²⁸. Hasta aquí, se trata de la aplicación de la doctrina del precedente individual obligatorio —aunque con alguna diferencia respecto del *common law*, pues no todo precedente es vinculante, sino que se requiere la manifestación expresa de dicho carácter en la sentencia—. No obstante, en un reciente caso, el Tribunal Constitucional ha dotado de obligatoriedad a la jurisprudencia constante o “doctrina jurisprudencial vinculante”, como él mismo la denomina¹²⁹.

El estado de Louisiana, también posee un sistema mixto, puesto que, como se ha mencionado, el precedente individual de la Suprema Corte tiene obligatoriedad para los jueces inferiores, pero no para sí misma (es decir, no en su dimensión horizontal). Tampoco es obligatorio el precedente individual de las cámaras de apelaciones estatales, en ninguna de las dos dimensiones. Pero sí lo es, en ambos casos, la jurisprudencia constante; es decir que la dimensión horizontal del precedente de la Suprema Corte y del precedente de tribunales inferiores del Estado de Louisiana se rige por la doctrina de la jurisprudencia constante, que ha sido definida por la Suprema Corte en los siguientes términos:

En Louisiana los tribunales no están obligados por la doctrina de *Stare decisis*, pero existe un reconocimiento en este estado de la doctrina de la *Jurisprudence constante*. A diferencia de *Stare decisis*, aquella doctrina no contempla la adhesión a un principio de derecho anunciado y aplicado en una única ocasión en el pasado. Sin embargo, cuando en virtud de repetidas decisiones en una larga línea de casos una regla de derecho ha sido aceptada y aplicada por los tribunales, estas adjudicaciones asumen la dignidad de *Jurisprudence constante*; y la regla de derecho sobre la que están basadas merece gran consideración en decisiones subsiguientes¹³⁰.

En Alemania, como se adelantó, respecto de aquellas cuestiones en las que el Tribunal Federal alemán (BGH) hubiera fijado doctrina a través de una “jurisprudencia constante” (*ständige Rechtsprechung*), los tribunales inferiores solo pueden desviarse si “razones

¹²⁷ Cfr. art. 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹²⁸ Expediente 0024-2003-AI/TC, Lima, Municipalidad Distrital de Lurín, sentencia del 10-10-2005; Expediente N.º 00859-2013, Arequipa Seguro Social de Salud – ESSalud, sentencia del 31-10-2017.

¹²⁹ Expediente N.º 00859-2013-PA/TC Arequipa Seguro Social de Salud – ESSalud, sentencia del 31-10-2017. Es interesante ver cómo, en esta sentencia, el Tribunal reconoce explícitamente el carácter de fuente del Derecho de la jurisprudencia y afirma que “es inherente a la función jurisdiccional la creación de Derecho a través de la jurisprudencia”. Esto no solo es una prueba firme del acercamiento y fusión de sistemas jurídicos que eran otrora considerados antagónicos, sino que es la superación manifiesta de la tesis de negación de la jurisprudencia como creadora de Derecho en los países del *civil law*.

¹³⁰ *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Co.* (1970), del voto en disidencia del Justice Summers.

claramente preponderantes o incluso absolutamente imperiosas juegan a favor de ello”¹³¹. Además, siempre que un tribunal se aparte del precedente, tiene la obligación de conceder cualquier recurso que se presente contra su sentencia. En materia penal, si el tribunal se aparta del precedente, deberá él mismo enviar la causa al tribunal superior sin necesidad de que la parte agraviada recurra¹³². En cambio, el precedente de la Corte Constitucional Federal es obligatorio¹³³.

Por último, Colombia también es un caso mixto. A partir de la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho del artículo 4º de la Ley 169 de 1896¹³⁴, tres sentencias uniformes de la Corte Suprema o del Consejo de Estado constituyen doctrina probable y son obligatorias para los jueces inferiores, quienes deben, si pretenden apartarse de ella, fundamentar con claridad. Es lo que se conoce como “doctrina probable”, la cual, en un principio, siguiendo la redacción literal de la norma citada, se consideraba únicamente persuasiva. Jurisprudencialmente, en cambio, como se ha visto, adquirió carácter vinculante. La obligatoriedad del precedente individual se da, en cambio, en el precedente emanado de la Corte Constitucional¹³⁵.

iv. El caso argentino

En la jurisprudencia de las cámaras de apelaciones federales argentinas no existe reconocimiento de obligatoriedad ni del precedente individual ni de la jurisprudencia pacífica o constante, con excepción de la obligatoriedad del fallo plenario¹³⁶. Por tratarse de una decisión en abstracto —es decir, el fallo plenario no resuelve ningún caso concreto, sino que se limita a establecer cuál es la doctrina legal sobre determinado asunto de derecho que deberá seguirse en adelante— es difícil catalogarlo como precedente en sentido estricto, puesto que, por empezar, no contiene descripción fáctica alguna. Se asemeja más al producto de una reunión de jueces con el objetivo de interpretar una norma.

De cualquier modo, desde la perspectiva de la dimensión del precedente bajo análisis, es posible afirmar que basta un solo fallo plenario para que la doctrina que de él emana resulte de aplicación obligatoria no solo para la propia cámara, sino también para los órganos judiciales inferiores.

La mención recurrente de la “jurisprudencia pacífica” (o expresiones afines) en las sentencias de las cámaras¹³⁷ podría llegar a indicar el reconocimiento de una mayor

¹³¹ Cfr. BGHZ 85, 64 (66); BGHZ 87, 150 (155); 125, 218 (222). Cfr. Alexy, Robert; Dreier, Roland, “Precedent in the Federal Republic of Germany”, en MacCormick, Neil; Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents...*, pág. 30.

¹³² Cfr. Couso, Jaime; Mera, Jorge, “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema. Estudio empírico”, *Revista Ius et Praxis*, año 13, n° 1, pág. 17.

¹³³ Cfr. Alexy, Robert; Dreier, R. “Precedent in the Federal Republic of Germany”, pág. 26.

¹³⁴ Cfr. Sentencia C-836 de 2001.

¹³⁵ Cfr. Sentencia C-104 de 1993.

¹³⁶ Cfr. art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial. Para un análisis detallado del tema, véase el capítulo III de la presente tesis.

¹³⁷ V.gr., CNACAF, Sala II, “Bachiochi Rojas Juan Carlos y otros c/BCR – Resol. 176-92 (repetición) s/proceso de conocimiento”, Expediente n° 37135/1998, sentencia del 6 de abril de 2006, considerando 9º; CNACAF, Sala I, “Montañez, Héctor Orlando R. c/La Nación (Gendarmería Nacional) s/ordinario”, Expediente n° 8674,

consideración de la fuerza de la jurisprudencia cuando esta es aceptada en el tiempo y entre los jueces que las integran. Sin embargo, el reconocimiento de una verdadera fuerza persuasiva de la jurisprudencia pacífica horizontal, cuyo apartamiento exigiría, por ejemplo, una justificación o fundamentación suficiente, no ha sido manifestado ni expresa ni implícitamente. Ello se relaciona con la ausencia de una doctrina del precedente en el ordenamiento jurídico argentino, aspecto sobre el cual se volverá más adelante.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho, al pasar, algunas menciones del precedente aislado y de la jurisprudencia constante de las que podría inducirse cierto reconocimiento de una mayor fuerza a esta última¹³⁸. Sin embargo, al igual que su doctrina acerca de la dimensión de la eficacia del precedente, la posición de la Corte al respecto no es clara ni definida. Por último, la reiteración del precedente fue tenida en cuenta por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en relación al precedente de la Corte Suprema, en el sentido de que, si bien en principio dicho precedente sería vinculante, es posible apartarse en determinadas circunstancias, dentro de las cuales se ubica el hecho de que la doctrina legal no hubiera tenido una razonable reiteración, lo que demostraría que no se ha consolidado¹³⁹.

D. Dimensión de la eficacia: obligatoriedad, persuasividad, valor ilustrativo

La dimensión de la eficacia del precedente se refiere a la intensidad con la que ese precedente influye en la decisión judicial posterior¹⁴⁰ y es, quizás, la más troncal en la doctrina del precedente y, a la vez, la más compleja.

La influencia que un precedente puede tener en la toma de decisiones judiciales posteriores en casos similares admite diversos grados o escalas de intensidad. Esos grados pueden clasificarse en las siguientes categorías¹⁴¹, aplicables al análisis del precedente tanto horizontal como vertical:

sentencia del 12 de febrero de 1985, considerando 2° (“Planteadas así las cosas, cuadra precisar que con arreglo a constante jurisprudencia de esta Sala (...) En efecto, esta Cámara tiene declarado desde antiguo...”).

¹³⁸ “Que, por lo demás, la sentencia en el caso “Barrios Altos” no constituye un precedente aislado, sino que señala una línea jurisprudencial constante.”. CSJN, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., causa N° 17.768, consid. 29 del voto de Petracchi. En este caso la Corte se refería a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre su propia jurisprudencia, la Corte ha dicho “Que la pretensión de un jubilado de que se apliquen las pautas de movilidad fijadas en la citada causa ‘Badaro’ basada en una interpretación extensiva de *un fallo aislado de esta Corte que carece de valor de precedente*, debe ser rechazada pues excede el estrecho marco del juicio de ejecución...”. *Fallos*, 335:344 (2012), *Langan, Carlos María c/ANSES s/ejecución previsional*, sentencia del 22 de marzo de 2012, consid. 4° (el destacado no pertenece al original).

¹³⁹ Véase, Suprema Corte de Buenos Aires, Ac. 85060, “Aguilar, María Lucía contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires, s/ expropiación inversa”, sentencia del 1-4-2004, voto del Dr. Hitters, FALTA FECHA. En este caso, la Suprema Corte aludió también, como otro factor de apartamiento, el hecho de que la decisión no sea unánime, es decir, cuando hubiera disidencias.

¹⁴⁰ Cfr. Taruffo, M., “Dimensiones del precedente”, pág. 18.

¹⁴¹ Esta clasificación fue desarrollada en la obra colectiva MacCormick, N. D.; Summers, R. S., *Interpreting Precedents...*, pág. 463. Debido a la complejidad de la clasificación y a la dificultad que acarrea la traducción de términos tan específicos y propios de la doctrina del precedente, se ha decidido colocar, junto a cada denominación, su equivalente en inglés.

i. Vinculatoriedad (formal bindingness)

En un sistema que reconoce la vinculatoriedad del precedente, aquella decisión judicial que no aplique el precedente no es válida, no es conforme a Derecho, y debería ser (y, normalmente, lo será, de hecho) revocada en caso de que se apele. Dentro de esta categoría, a su vez, se distingue:

(a) Vinculatoriedad formal sin posibilidad de *overruling* o modificación del precedente. Puede tratarse de:

i. *Obligatoriedad absoluta*: el precedente debe ser aplicado siempre, sin excepciones. Este es el modelo rígido que adoptaron las cortes inglesas en el siglo XIX y que fue mantenido hasta la segunda mitad del siglo XX¹⁴².

ii. *Obligatoriedad relativa*: el precedente debe ser aplicado, a menos que se configuren ciertas excepciones, que pueden estar o no definidas en el ordenamiento. Las excepciones a que se refiere esta categoría están relacionadas con excepciones a la regla de derecho que surge del *holding* o con excepciones que eliminan el precedente del sistema (por ejemplo, el hecho de haber sido dictado *per incuriam*¹⁴³).

(b) Vinculatoriedad formal con posibilidad de *overruling* o modificación del precedente: en estos casos el precedente se reconoce como obligatorio, pero se admiten ciertas circunstancias que justifican su modificación o eliminación del sistema.

ii. Reconocimiento de cierta fuerza (Force)

En este caso el precedente no es obligatorio, no obstante lo cual la decisión judicial que no respeta el precedente, aunque válida, está sujeta a crítica por esa razón y podría llegar a ser revocada. En otras palabras, si el precedente no es aplicado, ello no implica *per se* que la sentencia sea contraria a Derecho, pero el hecho de que un precedente no haya sido aplicado da lugar y motivos para una revisión y podrá dar lugar a la revocación (y, de hecho, esta a veces se da).

i. *Fuerza relativa*: el precedente debería ser aplicado —o la decisión podría ser pasible de revisión si no lo aplicara— a menos que se configurasen ciertas excepciones (que podrán o no estar delimitadas en el ordenamiento). Las excepciones a que se refiere esta categoría están relacionadas con excepciones a la regla de derecho que surge del *holding* o con excepciones que eliminan el precedente del sistema (por ejemplo, el hecho de ser dictado *per incuriam*).

¹⁴² Cfr. Healy, Thomas, “Stare decisis and the Constitution: Four Questions and Answers”, *Notre Dame Law Review*, vol. 38, is. 3, 2008, pág. 1207.

¹⁴³ Sobre este tipo de defectos *ab origine* puede verse el apartado III.II del presente capítulo.

ii. *Fuerza superable*: el precedente debería ser aplicado —o la decisión podría ser revisada si no lo aplicara— a menos que existiesen razones que justifiquen el apartamiento.

Un precedente podría tener, al mismo tiempo, fuerza relativa (por estar sujeto a ciertas excepciones) y fuerza superable (por poder ser dejado de lado cuando existan razones que lo justifiquen)¹⁴⁴.

La diferenciación más compleja es la que existe entre las categorías i. (vinculatoiedad formal) y ii. (reconocimiento de cierta fuerza). De acuerdo con Pecnezik, se trata de la sutil diferencia que existe entre *must* y *should*. Así, mientras en el primer caso, si una sentencia no sigue el precedente, no está conforme a Derecho (*unlawful*) —y será *necesariamente* revocada en una instancia ulterior—, en el segundo caso, si una sentencia no sigue el precedente, es conforme a Derecho, pero es pasible de crítica y *podrá* ser revocada en la apelación en base a dicho apartamiento¹⁴⁵. Sin embargo, no queda del todo clara esta distinción, en especial, en relación a la posibilidad de revocar el pronunciamiento en función de que no ha respetado el precedente, en el tipo 2): sería incorrecto afirmar, por un lado, que en el caso 2) no hay obligación jurídica de seguir el precedente (sino que aquel tiene fuerza únicamente), y que, por tanto, la sentencia que no sigue el precedente es conforme a Derecho, pero, por otro, que podrá ser sujeta a revisión sobre la base de que no siguió el precedente. No es posible revocar una sentencia por el incumplimiento de un deber que no existe.

Para echar algo de luz a la cuestión, quizás pueda decirse que, en el primer caso, la sentencia es nula, por el solo hecho de haberse apartado del precedente —el solo apartamiento es causal de nulidad, siempre que no se den las excepciones, claro está—, mientras que, en el segundo caso, la sentencia es anulable, debiéndose estudiar si el apartamiento de dicho precedente —que, en principio, no es obligatorio— configura un vicio suficiente para decretar su invalidez. Es decir que, en el tipo 2), la sentencia que no sigue el precedente es presumiblemente conforme a Derecho (en razón de que no hay obligación jurídica de seguir el precedente), pero tal presunción admite prueba en contrario y esa prueba podría ocasionar su nulidad. De cualquier modo, la nulidad en tal caso no sería por el solo hecho de no seguir el precedente, sino por algún vicio que ese no seguimiento trae aparejado en la sentencia (como, por ejemplo, su arbitrariedad).

iii. Ni vinculatoriedad ni reconocimiento de fuerza (*further support*)

El precedente constituye, en estos casos, un mero argumento de apoyo a la decisión, que puede o no estar. Aquella decisión judicial que se aparta del precedente es válida y puede estar fundamentada, aunque no tan bien fundamentada como lo estaría si el precedente hubiera sido citado para demostrar que la decisión alcanzada no lo contraría o bien que la decisión, que podría ser endeble por sí sola¹⁴⁶, descansa en decisiones anteriores o, incluso,

¹⁴⁴ Cfr. MacCormick, N., Summers, R., *Interpreting Precedents...*, pág. 475.

¹⁴⁵ Cfr. Peczenik, Alexander, “The Binding Force of Precedent”, en MacCormick, D. N.; Summers, R., *Interpreting Precedents...*, pág. 463 y ss; pág. 472.

¹⁴⁶ Este sería el caso de Chile, según Bravo Hurtado. Cfr. Bravo Hurtado, Pablo, “Hacia los precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n° 2, 2013, pág. 563.

que el precedente ha sido adecuadamente considerado y reconocido y, sin embargo, dejado de lado.

Sobre esto último, en *Hart v. Massanari*, la Cámara Federal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos sostuvo que, incluso en aquellos casos en los que el precedente no es obligatorio, conocerlo y tomarlo en consideración —aunque luego se decida contrariamente— es cumplir con las responsabilidades judiciales del *common law*. Se considera, en efecto, de mal gusto ignorar la existencia de un precedente contrario aun cuando este no tenga fuerza obligatoria¹⁴⁷ (como podría ser el precedente de una cámara de otro circuito o el precedente de un tribunal inferior).

También en esta categoría —*further support*— encuadrarían los casos de precedentes no publicados (*unpublished precedents* o *unpublished opinions*) a los que no se les reconoce fuerza obligatoria. No obstante, en algunos circuitos estos precedentes ni siquiera encuadran en esta categoría, debido a que está prohibido citarlos. En aquellos circuitos en los que su cita no está prohibida, en general se entiende que el hecho de que un panel de una cámara de apelaciones haya decidido no publicar una decisión es una señal para el panel posterior de que los jueces anteriores no querían aplicar la doctrina del “*law of the circuit*” en ese caso y que, incluso cuando el nuevo caso no pueda distinguirse de aquel que dio lugar a la *unpublished opinion*, el panel posterior no está obligado a seguirla¹⁴⁸.

iv. Precedente ilustrativo (Mere illustrativeness)

En este caso, hay una absoluta discrecionalidad del juez en el uso del precedente. El juez toma su decisión y luego cita precedentes como meros ejemplos de la decisión que ha tomado. Si no encuentra precedentes o si encuentra precedentes contrarios a su decisión, simplemente no cita nada. El precedente no es razón —ni suficiente ni considerable— para fundar la sentencia.

v. Precedente autoritativo y persuasivo

Si bien esta clasificación no excluye, sino que complementa la anterior, es preciso mencionarla dado que ha sido recibida por la jurisprudencia y doctrina, que normalmente hacen alusión al valor persuasivo del precedente. Las principales características de este último son: (i) su cita no es obligatoria, es decir, el juez puede ignorarlo; (ii) no es suficiente con citar el precedente persuasivo para fundar una sentencia —a diferencia de lo que ocurre con el *authoritative*—, sino que es preciso analizar sus méritos y dejar en evidencia *por qué*

¹⁴⁷ “Citing a precedent is, of course, not the same as following it; “respectfully disagree” within five words of “learned colleagues” is almost a cliché. After carefully considering and digesting the views of other courts and commentators—often giving conflicting guidance on a novel legal issue—courts will then proceed to follow one line of authority or another, or sometimes strike out in a completely different direction. While we would consider it bad form to ignore contrary authority by failing even to acknowledge its existence, it is well understood that—in the absence of binding precedent—courts may forge a different path than suggested by prior authorities that have considered the issue. So long as the earlier authority is acknowledged and considered, courts are deemed to have complied with their common law responsibilities”. *Hart v. Massanari*, 266 F.3d 1155, section II (9th Cir. 2001).

¹⁴⁸ Boggs, Danny J.; Brooks, Brian P., “Unpublished Opinions & the Nature of Precedent”, *Green Bag*, vol. 4, 2000, pág. 22.

ese precedente persuade¹⁴⁹. El juez, para cumplir con su responsabilidad, no podría meramente citar el precedente.

La diferencia entre precedente autoritativo y persuasivo es entonces la siguiente: el precedente autoritativo se aplica por su fuerza obligatoria y no por sus razones, mientras que el persuasivo no tiene fuerza de vinculatoriedad, pero puede llegar a tener razones que justifiquen su aplicación. De modo que, para aplicar un precedente persuasivo, debe demostrarse cuáles son esas razones; el juez debe demostrar por qué tal precedente lo persuadió.

vi. Las cámaras federales de apelaciones argentinas

La dimensión de la eficacia del precedente en las cámaras federales de apelaciones argentinas se ubica en la cuarta categoría —precedente ilustrativo—, con aisladas incursiones en la tercera —*further support*—, en ocasiones en las que se busca fundamentar una decisión endeble mediante la cita prolífera de jurisprudencia¹⁵⁰. Esto quiere decir que, en general, los jueces utilizan los precedentes como referencias, cuando están de acuerdo con ellos o bien para reafirmar una decisión ya tomada.

La tendencia a consultar la jurisprudencia de otras salas es innegable y se visualiza en la gran cantidad de citas jurisprudenciales que contienen las sentencias. Sin embargo, esta proliferación de citas no es suficiente para colocar a las cámaras la primera o segunda categoría de las desarrolladas respecto de esta dimensión de la eficacia del precedente. Aún más, la imposibilidad de encuadrar la situación en aquellas categorías viene dada por el convencimiento, que se manifiesta en la jurisprudencia, de que no hay necesidad de fundar un apartamiento en caso de que el precedente de la sala contigua no quiera aplicarse. De este modo, la consulta de jurisprudencia se efectúa en la mayoría de los casos, pero: (i) no con el convencimiento de que esa búsqueda responde a un deber jurídico de informarse y seguir la jurisprudencia de los pares; (ii) la jurisprudencia es citada únicamente en aquellos casos en los que el sentenciante está de acuerdo con ella. Se reflejarán estas afirmaciones en el capítulo IV, dedicado al análisis del trabajo de campo efectuado.

E. Dimensión de reconocimiento

La dimensión de reconocimiento del precedente tiene que ver con el modo en que la doctrina del precedente es acogida por cada ordenamiento jurídico. Así, mientras que en los sistemas jurídicos anclados en la tradición del *common law* la doctrina del precedente genera un deber jurídico sustentado en una costumbre ancestral, en el *civil law*, la recepción de la doctrina del precedente asumió otras formas más afines a la codificación de sus sistemas y a su estructura de fuentes del derecho.

i. El reconocimiento del precedente en el common law

¹⁴⁹ Colby v. J.C. Penney Co., 811 F.2d 1119, pág. 1123 (7th Cir. 1987).

¹⁵⁰ En este sentido, conversando con un funcionario de la CNACAF, se descubrió que, en ocasiones, la búsqueda e invocación de múltiples sentencias separadas en el tiempo tiene como objetivo el reforzar la fundamentación de la sentencia y demostrar el mantenimiento del criterio a lo largo de los años.

En los sistemas de *common law*, de donde es originaria la doctrina del precedente obligatorio, esta constituye una verdadera práctica jurisprudencial, es decir que el deber jurídico de aplicar los precedentes a casos similares posteriores nació a partir de la jurisprudencia misma y no necesitó ser receptado por ninguna norma escrita¹⁵¹ para ser cabalmente cumplido como lo es. En aquellos países, que no poseen un ordenamiento codificado, no existe ley o *statute* que específicamente obligue a los jueces a seguir los precedentes de sus superiores o los propios. Se trata, más bien, de un deber jurídico de origen jurisprudencial, con carácter de costumbre ancestral, que hoy en día constituye el núcleo del desenvolvimiento del derecho en esa tradición jurídica y que los jueces respetan “como una práctica correcta, como una norma”¹⁵².

Esta costumbre o práctica jurisprudencial por la cual se ha consagrado la obligatoriedad del precedente surgió paulatinamente y con sustento en las prácticas de la época y en las características no codificadas del sistema legal¹⁵³. De ningún modo fue una imposición por vía jurisprudencial de dicha obligatoriedad, sino que fue una práctica ínsitamente originada a partir de las características del sistema judicial y en atendimiento de las necesidades de los justiciables¹⁵⁴.

El surgimiento de este deber jurídico a partir de una costumbre judicial puede explicarse perfectamente desde la teoría de la formación de “customary rules” desarrollada por Finnis, que puede resumirse en los siguientes pasos: (a) la aceptación de que en un campo determinado dentro de los actos humanos es deseable que exista un criterio determinado y estable de conducta y, en consecuencia, una regla jurídica que requiera ese criterio de conducta; (b) el reconocimiento de que determinado criterio (x) es apropiado. Estos dos

¹⁵¹ Salvo contadas excepciones, como el “derecho del circuito”, que, a pesar de tener origen jurisprudencial, fue luego regulado por las normas o reglamentos internos de las cámaras de apelaciones. No obstante, incluso en estos casos, es sabido que el *statute* simplemente codifica las reglas jurisprudenciales. Se trata de reglas hechas por los tribunales mismos, no por un fiat legislativo. Cfr. Sloan, Amy E., “The Dog That Didn’t Bark: Stealth Procedures and the Erosion of Stare Decisis in the Federal Courts of Appeals”, en *Fordham Law Review*, vol. 74, pág. 722. En contra (es decir, afirmando que la doctrina del “law of the circuit” deriva de la legislación), véase *LaShawn A. v. Barry*, 87 F.3d 1389, 1395 (D.C. Cir. 1996).

¹⁵² Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, págs. 21 y 16.

¹⁵³ En relación al origen medieval de esta práctica, su evolución y afianzamiento en el siglo XVIII, véase Healy, Thomas, “Stare Decisis as a Constitutional Requirement”, especialmente págs. 56-88.

¹⁵⁴ Distinto es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Puede existir, sin duda, la tentación de asimilar el surgimiento jurisprudencial de la doctrina de obligatoriedad del precedente, puesto que la Corte IDH sostiene, a través de sus sentencias, que tanto estas como la interpretación que ella hace de la Convención a través de sus sentencias es obligatoria. En efecto, en virtud de la “doctrina del control de convencionalidad”, que surgió en el año 2006 a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, los Estados signatarios deben adecuar su derecho interno no solo al contenido normativo de la Convención, sino también a la interpretación que a esos términos ha otorgado la Corte IDH en su jurisprudencia. Esta interpretación resulta obligatoria tanto para los Estados que fueron parte del litigio como para los que no, siempre que hubieran aceptado la competencia jurisdiccional de la Corte IDH. (Para un análisis en profundidad del tema, véase Sagües, Néstor P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 8, n° 1, 2010, págs. 117–136.) Sin embargo, si bien se trata, también, de una pretendida obligatoriedad del precedente consagrada por vía jurisprudencial, tal obligatoriedad no es en modo alguno reflejo de una práctica jurisprudencial o costumbre ancestral ejercida por los países que han aceptado su jurisdicción ni responde a los estándares de justicia que inspiraron la práctica anglosajona.

primeros son juicios prácticos¹⁵⁵. Luego vienen los empíricos, que afirman que: (c) hay concurrencia y reconocimiento de ese patrón de conducta (x) de parte de los actores jurídicos; (d) hay reconocimiento de la *opinio juris* (la noción de obligatoriedad o deber jurídico)¹⁵⁶. Así, se da un nuevo juicio práctico, por el que se afirma que la difusión empírica de los juicios prácticos (a) y (b) y la concurrencia, también empírica, de la práctica y la generalidad del reconocimiento garantizan la existencia de una costumbre como un deber jurídico válido.

Todos estos pasos prácticos y empíricos pueden identificarse si se analiza el surgimiento del deber jurídico de aplicar el precedente judicial en los sistemas del *common law*. Por eso es posible afirmar que tal deber jurídico ha surgido de una “customary rule” o costumbre judicial. Esa costumbre —de reconocer obligatoriedad al precedente judicial— sería luego escrita, explicitada, en la propia letra de los precedentes (sin que esta escritura, mera manifestación, agregue ni quite nada al deber jurídico preexistente e independiente de su recepción). Así, los jueces del *common law*, al seguir el precedente obligatorio, están cumpliendo con un deber derivado de una costumbre jurídica y, a su vez, están manifestando la propia existencia de esa costumbre al escribir en sus sentencias que el precedente es obligatorio.

La concepción de la obligatoriedad del precedente como una costumbre jurídica permite echar por tierra las críticas a la circularidad que existiría si esa obligatoriedad se derivara únicamente de un precedente que así la establece. En otras palabras, los autores de esas críticas alegan que el hecho de que un primer precedente establezca que los precedentes son obligatorios es circular y carente de sentido, pues a quienes niegan o se oponen a la obligatoriedad del precedente les bastaría desconocer la obligatoriedad de ese primer precedente. Sin embargo, al admitir que existe una costumbre jurídica que respalda y da origen al deber jurídico de seguir el precedente, la circularidad desaparece.

ii. El reconocimiento del precedente en el civil law

El reconocimiento de cierta fuerza u obligatoriedad del precedente en los sistemas de *civil law* difiere de lo que sucedió en el *common law*. No es extraño que así sea: A diferencia del *common law*, donde la jurisprudencia es la fuente principal del Derecho, el *civil law* se diseñó como un sistema en el que la norma (los códigos) era la fuente principal, y la jurisprudencia quedaba relegada a un segundo plano (en parte, a raíz de la desconfianza que los revolucionarios franceses tenían hacia el poder judicial, en el contexto de la doctrina de la separación de poderes)¹⁵⁷.

En la tradición continental, los jueces no creaban derecho; se limitaban a aplicar las normas. Eran, como afirmaba Montesquieu, la boca de la ley¹⁵⁸. De allí que, cuando la jurisprudencia comenzó *de facto* a adquirir importancia —a raíz del fracaso del positivismo y de las limitaciones de la norma escrita para hacer frente a todas las controversias jurídicas—, fue necesario el reconocimiento de su valor por medio de normas escritas que avalaran su

¹⁵⁵ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, págs. 239-240 y 242.

¹⁵⁶ Ídem, pág. 240 y 242.

¹⁵⁷ Acerca de la influencia que esta concepción francesa tuvo en los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición del *civil law*, puede verse Bankowski, Zenon; MacCormick, D. Neil; Morawski, Lech; Ruiz Miguel, Alfonso, “Rationales for Precedent”, en MacCormick *et al*, *Interpreting Precedents...*, págs. 482-483.

¹⁵⁸ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1748, pág. 112.

función y regularan su aplicación. Es el caso, como se ha visto, de Alemania, Brasil, México y Perú, por poner algunos ejemplos¹⁵⁹. Es lo que sucedió, también, en Argentina, cuando la Constitución de 1949 —que luego sería derogada— estableció la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en su artículo 95 *in fine*. Sin embargo, existen casos de creación de una doctrina del precedente obligatorio en sistemas de *civil law* a partir de la jurisprudencia, tal como el de la Corte Constitucional colombiana.

El caso de Colombia es interesante, pues la Constitución de 1991 incorporó expresamente una cláusula conforme a la cual la jurisprudencia quedaba reducida a un mero criterio auxiliar de interpretación. En efecto, el artículo 230 dispone: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Para poder sortear este obstáculo, y ante una nueva tendencia acogedora del precedente vinculante, la Corte Constitucional debió abandonar la primigenia interpretación literal de dicho precepto y reemplazarla por otra según la cual ese “imperio de la ley” comprendía a ciertos precedentes de la Corte Suprema y el Consejo de Estado¹⁶⁰.

Hoy en día, en Argentina, la Corte Suprema ha delineado por vía jurisprudencial, una suerte de doctrina del precedente vertical —errática y confusa—, según la cual los tribunales inferiores deben acatar la jurisprudencia del Máximo Tribunal, a menos que posean nuevos fundamentos para que justifiquen el apartamiento¹⁶¹.

F. Dimensión temporal

La dimensión temporal del precedente se relaciona con el periodo de tiempo durante el cual el precedente es válido como tal. Comprende dos manifestaciones: una, en la que el precedente no pierde valor por el mero transcurso del tiempo y otra, en la que el precedente tiene un valor temporalmente limitado, es decir, sí pierde valor por el transcurso del tiempo, sea que el plazo de validez esté delimitado con exactitud o que el sistema tienda a desconocer la fuerza de un precedente que posee cierta antigüedad. Así, se puede clasificar esta dimensión en:

i. Precedente atemporal

¹⁵⁹ En México, cuando la Ley de Amparo estableció la obligatoriedad de la jurisprudencia por reiteración (el caso de cinco precedentes consecutivos y uniformes), surgieron dudas acerca de la constitucionalidad de esa obligatoriedad, en tanto la Constitución no mencionaba la jurisprudencia en ningún precepto. Fue necesaria, entonces, una reforma constitucional al por entonces artículo 107, que tomó la siguiente redacción: “La ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación”. Hoy en día es el artículo 94 de la Constitución el que goza de una redacción similar. Cfr. Estrada Romero, M., “Reflexiones...”, págs. 110-111.

En Brasil, por otra parte, el concepto de *súmulas vinculantes* fue incorporado también al ordenamiento jurídico mediante una reforma constitucional (la *Emenda Constitucional 45/2004*).

¹⁶⁰ Asimismo, la Corte debió alinear ciertos textos legales, como el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, para lograr su coherencia con la doctrina del precedente que estaba creando. Cfr. López Medina, Diego, “Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho”, en *Precedente* 2015, Cali, vol. 7, pág. 17.

¹⁶¹ Para un análisis detallado del tema, véase Garay, A., *La Doctrina del Precedente...*; Legarre, S., *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia...*; Bianchi, A., “De la obligatoriedad de los fallos...”, pág. 335.

La fuerza del precedente no pierde vigencia por el paso del tiempo ni por el cambio de integración del personal que conforma el tribunal¹⁶². Así, tiene igual obligatoriedad, en principio, el precedente que fue dictado la semana anterior que el que ha sido dictado hace diez años.

En general, esto es lo que sucede en los sistemas de *common law*, lo que no quiere decir que la antigüedad del precedente no sea tomada en cuenta en absoluto: en principio, goza de la misma obligatoriedad el precedente independientemente de cuándo ha sido dictado. Se podrá argumentar, en algún caso, por qué este último ha perdido valor (por ejemplo, por un importante cambio en las circunstancias sociales o económicas), pero jamás se aceptará una pérdida de valor del precedente por el mero transcurso del tiempo.

Curiosamente, el paso del tiempo puede influenciar en dos sentidos la fuerza del precedente. Así, aquellos precedentes muy antiguos que han sido mantenidos durante mucho tiempo adquieren una fuerza mayor. Algunos llaman a estos “ancient decisions”¹⁶³. Por el contrario, el paso de mucho tiempo desde que fue dictado el precedente y la argumentación de que ha quedado obsoleto o se ha producido un cambio de circunstancias, como se ha dicho, puede ser un motivo que justifique su revisión. Sea como fuere, es claro que no es el mero transcurso del tiempo, por sí mismo, el que habilita la revisión y eso diferencia al precedente atemporal del temporal, como se verá.

ii. Precedente temporal

Se reconoce cierta fuerza a un precedente, pero se la limita o restringe (es decir, la pierde definitiva o presuntamente) por el mero transcurso del tiempo. Existe, en Argentina, un caso en el que el legislador ha considerado que el precedente pierde su fuerza o valor una vez transcurrido cierto tiempo. Esto sucede cuando se prohíbe invocar, a los efectos de interponer el recurso de inaplicabilidad de ley, un precedente de antigüedad mayor a diez años¹⁶⁴. El recurso de inaplicabilidad es aquel que se interpone frente a la contradicción entre dos sentencias provenientes de distintas salas de una misma cámara¹⁶⁵. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 288 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, esa sentencia que está en aparente contradicción con la sentencia que el particular impugna mediante el recurso de inaplicabilidad debe necesariamente haber sido dictada en los últimos diez años. Ello implica, en cierto modo, que el legislador ha entendido que, con el paso de diez años, el valor del precedente se diluye.

En Polonia, el paso del tiempo o, mejor dicho, la fecha en la que el precedente ha sido dictado también puede influir sobre su valor o fuerza. En efecto, si bien ninguna norma lo

¹⁶² Si bien la regla del *stare decisis* no habilita, en la teoría, un cambio de integración del tribunal como justificativo del cambio jurisprudencial, en la práctica, esto suele darse. En tal sentido, el estudio de Ulmer prueba que, 64 de los 81 rechazos que halló en el periodo bajo estudio tuvieron lugar dentro de los primeros cinco años de la incorporación de un nuevo juez. Cfr. Ulmer, S. Sidney, “An Empirical Analysis of Selected Aspects of Lawmaking of the United States Supreme Court”, en *Journal of Public Law*, 1959, vol. 8, pág. 414.

¹⁶³ Garner, B., *et al*, *The Law of Judicial Precedent*, pág. 176.

¹⁶⁴ Vale aclarar que el precedente invocado para interponer el recurso no es reconocido como obligatorio, sino que se le reconoce una cierta “fuerza” o valía que potencialmente justificaría su comparación respecto de la sentencia que se está recurriendo, con el fin de eliminar una posible contradicción.

¹⁶⁵ Se estudiará en detalle en el capítulo III de la presente tesis.

indica expresamente, suele afirmarse que el valor que se otorga al precedente varía según este sea anterior o posterior a la caída del comunismo¹⁶⁶.

3. TÉCNICAS Y NOCIONES GENERALES EN TORNO AL PRECEDENTE

Como prolegómeno del análisis del funcionamiento de la doctrina del precedente en el ámbito específico de las cámaras de apelaciones, conviene dejar en claro el significado de algunas palabras específicas de la práctica judicial del *common law* en torno a la aplicación del precedente. Esto es necesario pues, al tratarse de terminología ajena a nuestra práctica judicial, anticipar su verdadero significado podría evitar cierta confusión en su traducción o en la comprensión del presente trabajo doctoral.

A continuación, se analizarán entonces conceptos como el de similitud y analogía, *distinguishing* y *overruling*.

A. Similitud y analogía

Un presupuesto esencial o condición necesaria en la aplicación del precedente es la similitud o analogía: el caso pendiente de resolución debe tener cierta similitud respecto del caso anterior que justifique el otorgamiento de la misma solución. Esa es la base, precisamente, de uno de los principios fundantes del *stare decisis*: “*treat like cases alike*” (trata de igual modo los casos semejantes).

Para evaluar la existencia de esa similitud o analogía, se afirma la necesidad de realizar un proceso de comparación de casos¹⁶⁷, fundamentalmente entre los hechos del caso que constituye el precedente y los hechos del caso que debe resolverse¹⁶⁸.

Aquel proceso de comparación inicial en la aplicación del precedente obligatorio no debe confundirse con el razonamiento analógico propio del ser humano. El razonamiento analógico supone tres procesos: i) el *retrieval*, es decir, la selección de una fuente análoga — *target*— con la cual comparar algún aspecto de una situación actual; ii) el *mapping*, es decir, la identificación de similitudes entre la fuente y el *target*; iii) la transferencia, mediante la

¹⁶⁶ Cfr. Peczenik, A., “The Binding Force...”, en MacCormick, D. N.; Summers, R., *Interpreting Precedents...*, pág. 479.

¹⁶⁷ Garay, A., *La Doctrina del Precedente...*, pág. 99.

¹⁶⁸ Cfr. Bankowski, Z., “Rationales for Precedent”, en MacCormick, D. N.; Summers, R., *Interpreting Precedents...*, pág. 489.

cual los elementos estructurales de la fuente son utilizados para alcanzar una decisión sobre el *target*¹⁶⁹.

Sin embargo, la comparación en la aplicación del precedente obligatorio parece ir por otro lado. De por sí, a diferencia del razonamiento por analogía en la aplicación del precedente obligatorio no tiene lugar la selección de fuentes útiles para el decisor, sino que la fuente viene impuesta: el precedente es obligatorio como tal, sin importar la opinión del decisor actual sobre la bondad o justicia de la situación fuente¹⁷⁰; el sistema jurídico de uso del precedente no implica la selección de una fuente análoga entre numerosos candidatos ni tampoco el uso de la analogía para ayudar al decisor a alcanzar una mejor decisión. Más bien, se trata de la obligación de adherirse a una decisión previa que se considera errada solamente en virtud de su existencia. Se trata, ni más ni menos, de la obligación del decisor de tomar lo que él piensa que es una mala decisión¹⁷¹.

Desde ya que no siempre que se sigue un precedente obligatorio la solución que él impone es considerada errada. Sin embargo, es cierto que es específicamente en esos casos excepcionales —en los que el precedente que se debe aplicar se considerada equivocado— cuando adquiere verdadera relevancia la doctrina del precedente obligatorio¹⁷². En aquellos casos en los que el juez está de acuerdo con el precedente que debe seguir, ese “deber” no impone su verdadera autoridad: si no existiera esa obligación o deber, probablemente el juez seguiría el precedente de todas formas, pues está de acuerdo con los fundamentos o la decisión que él fija. En cambio, cuando el juez no está de acuerdo con el precedente que debe seguir es cuando la obligación concreta de seguirlo se manifiesta en su totalidad, pues, en esos casos, si no existiera esa obligación, el precedente no se seguiría.

Sin perjuicio de que lo antedicho es enteramente aplicable a la doctrina del precedente obligatorio, es preciso destacar que no lo es respecto de otras aplicaciones de la doctrina del precedente (como, por ejemplo, el precedente persuasivo), en donde el razonamiento por analogía describe con gran exactitud lo que el decisor realiza en la aplicación del precedente¹⁷³.

B. Defectos ab origine, distinguishing, overruling

¹⁶⁹ Gick, Mary L.; Holyoak, Keith J., “Analogical problem solving”, *Cognitive Psychology*, vol. 12, 1980, ppág. 314-315.

¹⁷⁰ Schauer también destaca como criterio de selección de esas fuentes, su fuerza persuasiva, que fortalece la decisión del *target* respecto de quienes podrían llegar a oponerse. Schauer, F., “Why Precedent in Law...”, pág. 7.

¹⁷¹ Schauer, Frederick, “Why Precedent in Law...”, pág.

¹⁷² Cfr. Garay, A., *La Doctrina del Precedente...*, pág. 203; Chiarloni, Sergio, “Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza”, pág. 6; Schauer, Frederick, “Precedent”, *Stanford Law Review*, vol. 39, n° 3, pág. 576.

¹⁷³ Esta distinción resultará útil al momento de analizar el uso del término “analogía” por parte de las cámaras federales de apelaciones argentinas. Sobre el particular, véase el capítulo IV, §5.E.iii.

Existen tres razones por medio de las cuales un precedente puede ver limitada o, incluso, perder su eficacia: i) por vicios en el procedimiento que le ha dado origen o en su estructura (defectos *ab origine*); ii) por falta de pertinencia o similitud necesaria en relación al caso concreto presente (*distinguishing*); iii) por ausencia de presupuestos que justifiquen su supervivencia (*overruling*)¹⁷⁴. Debe quedar claro que la limitación o pérdida de eficacia del precedente nada tiene que ver con la validez de la sentencia que fue dictada en la causa que originó ese precedente. La eficacia del precedente se limita al valor que aquel tiene para casos futuros similares, pero deja intacta la cosa juzgada en causa originaria.

Seguidamente, se examinarán cada uno de los supuestos mencionados:

i. Defectos *ab origine*

Se trata de vicios objetivos y comprobables, intrínsecos a la decisión, que la privan de carácter de precedente vinculante¹⁷⁵. Tales vicios podrán ser: contrariedad a una norma, ignorancia de o contrariedad a un precedente obligatorio¹⁷⁶ o bien contradicción en la decisión. Muchos de esos ejemplos quedan englobados en las denominadas “decisiones *per incuriam*”, definidas como aquellas que fueron tomadas “en ignorancia u olvido de una norma o precedente obligatorio, de modo que en tales casos algún aspecto de la decisión o algún paso en el razonamiento en que se basa la decisión es demostrablemente errado¹⁷⁷”. Un ejemplo de esto se dio en *Tucker v. Phyfer*¹⁷⁸, una sentencia del segundo circuito de las cámaras federales de apelaciones de Estados Unidos. Existía un precedente de un panel anterior de la cámara que, por la regla del *prior panel rule*, debía ser seguido en *Tucker*. El problema era que aquel precedente no había tenido en cuenta una decisión de la Suprema Corte que hubiese modificado el resultado. En consecuencia, los jueces en *Tucker* se sintieron libres de apartarse de aquel precedente del panel anterior. En otro caso del estilo, los jueces se negaron a seguir el precedente de un panel anterior del circuito porque la decisión había sido tomada sin consideración de una norma (la *Rule 38*)¹⁷⁹.

También carece de valor como precedente la decisión dictada *sub silentio*¹⁸⁰, que se da cuando el tribunal asume la justicia de una norma o de una interpretación —generalmente, porque no era ese el punto en discusión en el caso—. En tal situación, tal presunción no obliga a un tribunal inferior o al propio tribunal a decidir que la norma es injusta en un caso ulterior en que la justicia de esa norma sea puesta en consideración. Esto se relaciona con lo

174 Cfr. Moretti, Francesca, “El precedente judicial en el sistema inglés”, en Galgano, Francisco (coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fundación Cultural del Notariado, España, 2000, pág. 43.

175 Cfr. Moretti, F., “El precedente judicial...”, pág. 43.

176 Peczenik, A., “The Binding Force of Precedent”, en McCormick, D.N.; Summers, R., *Interpreting Precedents...*, pág. 473.

177 *Morrelle Ltd. v. Wakeling* [1955] 2QB 389, pág. 406, del voto de Lord Evershed MR.

178 819 F.2d, págs. 1030 y 1035 (11th Cir. 1987).

179 *Affholder Inc v. Southern Rock Inc. 746 F.2d 305. 53 USLW 2284, 40 Fed.R.Serv.2d 461*. Cabe la aclaración de que, en este caso, la decisión fue tomada no solo con intervención de los miembros del panel anterior, sino de todos los jueces activos del circuito, en el procedimiento llamado *en banc*, que será analizado en detalle más adelante en esta tesis.

180 Cfr. Cross, R; Harris, J.K., *Precedent...*, pág. 158 y ss. Allí se brindan ejemplos concretos de decisiones de este tipo.

que se ha analizado supra, sobre el valor del precedente estrictamente en relación a aquello que se decide en el caso en que fue dictado.

ii. Distinguishing

En línea con lo que se expuso acerca de la necesidad de que exista una similitud entre el precedente y el caso bajo análisis, la práctica del *distinguishing* consiste precisamente en dejar de aplicar el precedente en virtud de una disimilitud fáctica relevante entre este y el caso que debe resolverse. Tal técnica reconoce un precedente *prima facie* aplicable que, en un análisis más exhaustivo, demuestra no serlo. Esa disimilitud que existe entre los hechos del caso anterior y del caso actual exige y es lo suficientemente entitativa para que la solución para el caso presente deba ser distinta de la del caso anterior.

El *distinguishing* se refiere siempre a cuestiones fácticas y no a cuestiones de derecho¹⁸¹. De ahí la diferencia de esta técnica respecto de aquellos casos en los que el precedente no se aplica pues se han hallado nuevos argumentos. Un ejemplo de esto último es el sistema de obligatoriedad atenuada del precedente vertical de la Corte Suprema de la Nación Argentina: aquel precedente puede ser dejado sin efecto si los jueces inferiores encuentran nuevos argumentos para hacerlo. Pero, en esos casos, lo que está sucediendo no es un *distinguishing*, pues esos nuevos argumentos se refieren al derecho y no a los hechos¹⁸². Si, en cambio, esos jueces inferiores encontraran diferencias relevantes entre los hechos que dieron lugar al precedente de la Corte y el que ahora deben resolver, no estaría en juego la obligatoriedad del precedente de la Corte, sino que este no sería de aplicación, pues procedería el *distinguishing*.

Existen dos clases de *distinguishing*: el *non restrictive* y el *restrictive* (otros las denominan, respectivamente, *distinguishing “in the strong sense”* o *“in the weak sense”*¹⁸³). En el primer caso, el precedente no se considera aplicable en virtud de la falta de pertinencia o suficiente analogía con el caso concreto, sin que por ello su *ratio* sea modificada o impugnada¹⁸⁴. En el segundo caso, en cambio, el juez posterior advierte que la *ratio* del precedente es demasiado amplia en relación con los hechos que le dieron origen y propone, por tanto, considerar la *ratio* en un sentido más limitado y cercano al supuesto fáctico originario¹⁸⁵. Esta limitación a la *ratio* dejará afuera la situación fáctica del caso concreto que

¹⁸¹ Cfr. Legarre, Santiago, “Precedent in Argentine Law”, *Loyola Law Review*, vol. 57, 2011, pág. 787.

¹⁸² Ídem.

¹⁸³ Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays of Law and Morality*, Oxford University Press, second edition, capítulo 10.

¹⁸⁴ Cfr. Moretti, Francesca, “El precedente judicial...”, pág. 46.

¹⁸⁵ MacCormick se refirió a esta posibilidad de limitar el alcance de la *ratio* como el poder de “revisar” la *ratio* original. Cfr. MacCormick, D. N., “Why Cases have *Rationes* and What These Are”, en Goldstein, L., (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pág. 170. Llewellyn también visibilizó esta posibilidad de que un tribunal analice un caso viejo, teniendo en mente que el tribunal que lo resolvió solo podía decidir lo que ante él se presentara, y concluya que “la disputa ante el anterior tribunal era mucho más acotada de lo que ese tribunal pensó que era, y por ello exigía la aplicación de una regla mucho más ceñida”. En tal caso, la doctrina del precedente establece que no es posible la imposición *ex cathedra* de una regla más amplia, porque ello trascendería los poderes del tribunal anterior. Cfr. Llewellyn, Karl N., *The brumble bush. On our law and its study*, Oceana Publications Inc. New York, London, Rome, 7a impr., 1981, pág. 53.

el juez debe resolver —por eso se trata de un *distinguishing*— y, en consecuencia, el precedente no será aplicado¹⁸⁶.

La importancia de la distinción entre *distinguishing* y *overruling* es que, en el primer caso, por regla general, el precedente no se ve afectado, sigue siendo válido y aplicable en futuros casos. Sin embargo, es preciso indicar que un *restrictive distinguishing* que limite demasiado el campo de aplicación del precedente podrá llevar, en algunos casos, a su *overruling*¹⁸⁷.

iii. Overruling

Este término es generalmente traducido en nuestro idioma como “apartamiento”. “*To overrule a precedent*” sería “apartarse de él”. Sin embargo, esto parte de una gran confusión que amerita una explicación, basada en la adecuada distinción entre “dejar sin efecto” (*to overrule*) y “apartarse” (*to depart*).

En el *common law*, el vocablo “*overrule*” tiene un sentido fuerte, similar a lo que en castellano sería “revocar, derogar o dejar sin efecto”¹⁸⁸. El precedente “se saca del sistema” o “se hace borrón y cuenta nueva”¹⁸⁹. Originalmente el vocablo comprendía únicamente el verdadero *overruling*: cuando el tribunal superior “saca del sistema” el precedente del inferior. Sin embargo, se ha aceptado y extendido su uso a la situación en la que un tribunal, obligado por sus propios precedentes, deja sin efecto uno de ellos¹⁹⁰.

Por ende, el *overruling* únicamente puede ser llevado a cabo por el tribunal que tiene la competencia necesaria para dejar sin efecto o eliminar del sistema un determinado precedente, a saber: el tribunal superior respecto del precedente de un inferior o un tribunal respecto de su propio precedente. Jamás un tribunal inferior podrá “*overrule*” —dejar sin efecto, eliminar del sistema— el precedente de un tribunal superior. Sin embargo, en el *civil law*, al traducirse “*overruling*” como “apartamiento”, parecería que cuando el tribunal inferior se niega a “aplicar” o a “seguir” el precedente de un tribunal superior, lo que está sucediendo es un “*overruling*”. Y ello, técnicamente, es incorrecto, porque el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no queda fuera del sistema por el hecho de que el juez del Juzgado Federal n° 1 haya decidido no seguirlo.

El *overruling* no es un mero apartamiento por el cual el precedente no se aplicaría en un caso concreto, pero seguiría siendo potencialmente aplicable en el futuro. Más bien, cuando se da el *overruling*, el precedente ya no tiene valor como tal; lo que se produce es un cambio de jurisprudencia.

En general, la práctica del *overruling* se fue delineando jurisprudencialmente frente a distintos factores que ameritaban un cambio en la jurisprudencia (cambio de circunstancias sociales, económicas, políticas, cambio legislativo, etcétera), en todos los cuales subyace,

¹⁸⁶ Cfr. Moretti, F., “El precedente judicial...”, pág. 46.

¹⁸⁷ Anónimo, “*Stare Decisis* and the Lower Courts: Two Recent Cases”, en *Columbia Law Review*, vol. 59, 1959, págs. 504-516.

¹⁸⁸ Garay, A., *La Doctrina del Precedente...*, pág. 209.

¹⁸⁹ “To be wiped off the slate” es la metáfora utilizada. Cfr. Cross, R.; Harris, J.K., *Precedent...*, pág. 128.

¹⁹⁰ Cross, R.; Harris, J.K., *Precedent...*, pág. 131. Otras expresiones utilizadas para ese caso son “precedentes en conflicto” o “apartarse de un precedente anterior” (“to depart”). Cfr. ídem, pág. 131.

por supuesto, la necesidad de superar la tensión entre la estabilidad del precedente y la justicia del caso. La única norma escrita que ha receptado la técnica fue el “*Practice Statement*” de la *House of Lords*, mediante la cual dicho tribunal flexibilizó su doctrina del precedente horizontal, aceptando que, si bien el normalmente sus propios precedentes eran obligatorios, con el fin de evitar que una adhesión demasiado rígida pudiera llevar a injusticias o restringir indebidamente el desarrollo del derecho, se debía reconocer el poder de apartarse del precedente cuando pareciera correcto.

En ocasiones, se utiliza también el término “*undermine*”, para indicar una especie de pérdida de valor del precedente, frente a situaciones similares a las que constituyen *overruling*: por ejemplo, un precedente se considera “*undermined*” cuando un *statute*, una sentencia posterior del tribunal superior o del circuito *en banc* son contrarios a él¹⁹¹.

4. DOCTRINA DEL PRECEDENTE Y DOCTRINA DEL PRECEDENTE OBLIGATORIO

Para desarrollar adecuadamente la hipótesis de este trabajo doctoral, se considera necesario efectuar una distinción entre la doctrina del precedente y la doctrina del precedente obligatorio. Tal como se ha visto en el presente capítulo, las múltiples dimensiones o aristas que tiene el precedente, y que se exteriorizan en su aplicación en un tiempo y en un espacio determinados, dejan en evidencia que no siempre que se reconoce valor a un precedente se está haciendo referencia a su obligatoriedad y que el precedente, incluso dentro de un mismo ordenamiento, puede manifestarse de las formas más variadas. El campo de análisis del uso del precedente en un sistema judicial es mucho más extenso y, para ser exhaustivo, debería abarcar todas aquellas dimensiones y analizarlas respecto de cada tribunal o instancia judicial en particular.

Por otro lado, como se ha visto, el uso del precedente judicial ha trascendido la clasificación de los sistemas jurídicos del *common law* y *civil law*. Es por ello que una de las hipótesis de la que parte esta tesis, en virtud de la cual sería necesaria una doctrina del precedente que regule adecuadamente el uso de la jurisprudencia en las cámaras de apelaciones argentinas, exige que se distinga conceptualmente aquello que se entiende por “doctrina del precedente”.

La doctrina del precedente es una regla o conjunto de reglas que define y establece con precisión qué valor tienen los precedentes judiciales en un ordenamiento jurídico determinado (o en una instancia judicial determinada). Pero no solo es una regla de reconocimiento de la relevancia de los precedentes, sino que abarca otros matices, tales como las reglas para la derogación, modificación o interrupción de un precedente, los criterios para resolver sus antinomias, los mecanismos para la determinación de la *ratio*¹⁹².

¹⁹¹ Cfr. Sloan, A., “The Dog...”, pág. 720, nota al pie n° 34.

¹⁹² Núñez Vaquero, Álvaro, “Precedente en materia de hechos”, en *Revista de Derecho*, vol. xxxi, n° 1, 2018, pág. 55.

Esas reglas de reconocimiento podrán ser consuetudinarias, jurisprudenciales, positivas (constitucionales, legales, o incluso reglamentarias¹⁹³), según cómo se hubiera manifestado lo que se ha tratado en el presente capítulo como la “dimensión del reconocimiento” del precedente en un sistema legal determinado.

Un ejemplo de norma constitucional que fija la doctrina del precedente es el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia. Dicho artículo fue producto de una vertiente escéptica de la jurisprudencia como fuente del derecho y tal sentido consagró una doctrina del precedente según la cual este no podía ser obligatorio en ningún caso, a partir de la siguiente redacción: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, *la jurisprudencia*, los principios generales del derecho y la doctrina *son criterios auxiliares de la actividad judicial*”. Sin embargo, la interpretación de este artículo sería luego flexibilizada por la Corte Constitucional con el fin de reconocer cierta obligatoriedad al precedente de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, de modo que la Corte Constitucional interpretó que el sometimiento al “imperio de la ley” también implica un sometimiento a cierta clase de precedentes, conocidos en Colombia como “doctrina probable”, tal como se explicó *supra*, en referencia a la dimensión estructural del precedente¹⁹⁴.

La Constitución de México también consagra genéricamente la doctrina del precedente en su artículo 94, estableciendo sus lineamientos básicos y reenvía a la ley para que fije los casos concretos. En efecto, dicho artículo establece: “La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución”. De esta forma, el artículo sienta las bases de la doctrina del precedente, estableciendo límites que deberá respetar aquella ley que se dicte a los efectos de concretizar esa delegación. Esos límites que fija la propia Constitución son los siguientes: i) ámbito personal: los únicos tribunales cuyos precedentes pueden adquirir obligatoriedad son los tribunales federales y los plenos de circuito; ii) ámbito material: la materia sobre la que deben versar los precedentes a los que la ley les otorgue obligatoriedad es la interpretación de normas y de la Constitución. Este requisito no estaba en la redacción original del artículo, sino que ha ido modificándose en las sucesivas reformas; iii) la ley deberá crear una doctrina del precedente que no solo establezca los casos en que este sea obligatorio, sino que además indique expresamente cómo modificar o interrumpir aquel precedente. Se trata de una doctrina sólida, que no deja nada librado a la discrecionalidad de los jueces.

La doctrina del precedente puede establecer múltiples soluciones jurídicas para la aplicación del precedente, que surgirán de las múltiples variables con que se pueden combinar todas sus dimensiones (institucional, objetiva, estructural, eficacia, formal y temporal). Así, tan solo por poner como ejemplo las manifestaciones de la dimensión de la eficacia, se podrá determinar que los precedentes o la jurisprudencia son una fuente auxiliar

¹⁹³ Como ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos, a través de los reglamentos de los circuitos, que establecen la doctrina de “law of the circuit”.

¹⁹⁴ Para profundizar sobre la evolución de esta interpretación, véase Montoya Vallejo, Santiago A., “Análisis comparado de la formación de la jurisprudencia en México y del precedente judicial en Colombia”, en *Revista CES Derecho*, vol. 8, págs. 71-99.

o persuasiva, que tienen una vinculatoriedad condicionada, es decir, que deben ser consultadas y respetadas, a menos que el juez manifieste una buena razón para no hacerlo; que son obligatorios, es decir, que el juez debe decidir de la misma forma en que se ha decidido el precedente incluso cuando tenga buenas razones para no hacerlo¹⁹⁵. Solo en este último caso se puede hablar de “precedente obligatorio”¹⁹⁶.

Mientras que la doctrina del precedente obligatorio ha sido, históricamente, patrimonio de los sistemas del *common law*, la doctrina del precedente —es decir, una serie de reglas que establezcan cómo deben usarse los precedentes— debería existir en todos los ordenamientos, independientemente del sistema o tradición jurídica al que pertenezcan, y esta será una de las conclusiones generales más significativas de esta investigación. Así lo exigen la importancia que ha adquirido la jurisprudencia en todos los sistemas jurídicos y el respeto por la igualdad, la estabilidad y la seguridad jurídica de cualquier ordenamiento.

En otras palabras, todo ordenamiento jurídico debería definir qué valor tiene el precedente para los jueces. Así como es necesario saber qué valor tiene la ley y qué valor tienen los principios jurídicos para que estos puedan ser aplicados, es también necesario saber qué valor tienen los precedentes judiciales y cómo deben aplicarse. Sin perjuicio de ello, es claro que la propuesta de esta tesis, en relación con la instancia de apelación, no es la consolidación de cualquier doctrina del precedente, sino de una doctrina del precedente obligatorio. Pero, como paso previo a demostrar la necesidad de una doctrina del precedente obligatorio, es necesario dejar en evidencia o bien la inexistencia de cualquier tipo de doctrina del precedente en las cámaras federales de apelaciones argentinas o bien la inutilidad o inconveniencia de la doctrina vigente.

Habiendo dejado en claro qué se entiende por doctrina del precedente en general, hay una doctrina del precedente específica que resulta de vital importancia a los efectos de esta tesis: aquella que se ha desarrollado en las cámaras federales de apelaciones de Estados Unidos. Corresponde, pues, tratarla por separado.

¹⁹⁵ Cross, pág. 4. A su vez, la doctrina del precedente puede establecer que ciertos precedentes sean obligatorios (por ejemplo, los de tribunales superiores) y otros meramente persuasivos (por ejemplo, los de tribunales inferiores) y establecer que un solo precedente obliga o que la obligación surge recién con una cantidad determinada de precedentes en el mismo sentido (jurisprudencia constante).

¹⁹⁶ El término en inglés es “binding”. También suele decirse que tiene “coercive effect”. Cfr. Cross, R.; Harris, J.W., *Precedent...*, pág. 4.

CAPÍTULO II

LAS CÁMARAS DE APELACIONES COMO PARTE DEL PODER JUDICIAL: HISTORIA, NATURALEZA Y ESTRUCTURA

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo, se recorrerá la historia de las cámaras de apelaciones y su evolución en el organigrama del Poder Judicial de la Nación, para comprender el papel tienen en él, cómo y por qué fue creada la instancia de apelación y cómo ha ido evolucionando hasta alcanzar su conformación actual. Esto será de utilidad como prolegómeno para analizar la naturaleza del órgano judicial, sus características propias como órgano colegiado y el papel de las salas como divisiones de la cámara.

El análisis se irá especificando para concentrarse, concretamente, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la cual no siempre existió como tal en el Poder Judicial de la Nación. Esa Cámara constituye el órgano de estudio que se ha seleccionado para realizar el análisis jurisprudencial que es parte de esta tesis. En otra parte se han indicado expresamente cuáles son las razones que han llevado a esa elección¹⁹⁷.

2. EL ORIGEN DE LAS CÁMARAS DE APELACIONES EN EL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

La organización judicial que sucedió al dictado de nuestra Constitución Nacional en 1853 no contemplaba la existencia de tribunales intermedios de apelación¹⁹⁸. Esta segunda

¹⁹⁷ Véase, al respecto, §2 del capítulo IV.

¹⁹⁸ Sí existían cámaras de apelaciones en diversos ámbitos provinciales con anterioridad a la organización constitucional de nuestro país (véase, al respecto, Pugliese, María Rosa, “La administración de justicia”, en Academia Nacional de la Historia, *Nueva historia de la Nación Argentina. La configuración de la República independiente 1810-1914*, Tomo V, Buenos Aires, Planeta, págs. 420 y ss.), pero su estudio excede por mucho

instancia quedó, durante mucho tiempo, a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y no fue sino hasta varias décadas más tarde cuando se crearon las cámaras federales, con la ley 4055, de 1902. Recién en el año 1977, mediante el dictado de la ley 21628, nacería la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, y diversas leyes de los años posteriores irían delineando su conformación actual.

A continuación, un minucioso repaso por la evolución normativa ilustrará en detalle el *iter* mencionado. Luego del análisis de cada norma, se ofrece un cuadro ilustrativo de cómo ha ido modificándose la conformación del Poder Judicial de la Nación en lo que a esta tesis interesa.

En principio, se pondrá el foco específicamente en el desarrollo histórico de las cámaras nacionales con competencia federal en el territorio capitalino, dejando de lado: (i) la competencia ordinaria; (ii) la competencia federal ubicada fuera de la Capital Federal.

A medida que se avance en la historia judicial argentina, el enfoque se circunscribirá aún más, hasta abarcar únicamente la materia contencioso-administrativa federal.

A. Antecedentes de la organización de la justicia federal argentina

La organización de nuestra justicia federal ha recibido su principal inspiración en el modelo estadounidense. De allí se ha tomado, precisamente, la modalidad de tribunales intermedios ubicados entre el superior tribunal y los juzgados. Sin embargo, se ha procurado adaptar las características y el funcionamiento de las cortes de circuito norteamericanas a la disímil realidad de nuestro país —con un federalismo más atemperado y con menores posibilidades de comunicación entre los territorios de la República, entre otras diferencias—, tal como quedará expuesto en los siguientes acápite.

Prueba de lo afirmado es que fue la propia comisión de legislación encargada de producir despacho con ocasión de la sanción de la ley 27 la que estimuló el estudio del derecho estadounidense como condición necesaria para una mejor comprensión de la justicia federal que por medio de dicha ley se estaba organizando:

Convendría, pues, que el Congreso por sí, o al menos el gobierno, nombrase una comisión de hombres adecuados encargada de entresacar, traducir y compilar cuanto fuese necesario para formar un tratado, o al menos un manual ilustrativo y explicativo del sistema judicial de los Estados Unidos, bajo todas sus relaciones de aplicación al nuestro. Importaría igualmente que el Congreso o al menos el gobierno, ordenase ya que en las universidades y academias de jurisprudencia de la República, se emprendiese el formal estudio de esta parte de nuestro derecho público. Puesto que ese sistema ha de ser el del país, no puede desconocerse la necesidad de que él sea medítamente enseñado¹⁹⁹.

el análisis y el objetivo de este trabajo, por lo que me limitaré a analizar su existencia y conformación desde la sanción de la Constitución Nacional en adelante.

¹⁹⁹ Debate en la Cámara de Senadores del 27 de septiembre de 1862, pág. 426. Puede accederse al debate parlamentario en

i. Constitución Nacional de 1853-60

El texto constitucional finalmente sancionado en 1853 creó y reguló, en su Sección Tercera, el Poder Judicial de la Nación. Específicamente, su artículo 94 dispuso que

El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

Por su parte, los artículos 100 y 101 fijaron la competencia de la justicia federal en los siguientes términos:

Artículo 100: Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero.

Artículo 101: En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

A su vez, el artículo 67, inciso 17, dispuso: “Corresponde al Congreso: [...] Establecer tribunales inferiores a la Suprema Corte de Justicia [...]”

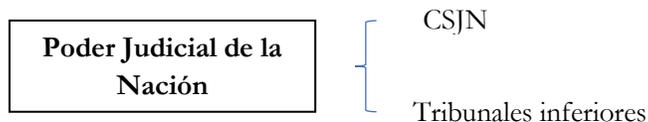
El análisis conjunto de dichos textos permite visualizar el nacimiento del máximo tribunal del Poder Judicial de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), así como el de otros tribunales que estarían acompañando a la Corte en la administración de justicia de nacional. Los constituyentes llamaron, a esos otros tribunales, “tribunales inferiores”, sin mayores precisiones sobre su conformación, organización y número, cuestiones que dejaron en manos del Congreso Nacional.

No obstante, la expresión “según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso”, contenida en el artículo 101 dio lugar a muchos debates. En particular, y en lo que a los efectos del presente trabajo interesa, se discutía la flexibilidad otorgada a los legisladores para crear tribunales intermedios tales como cámaras de apelaciones o cortes de circuitos. En concreto, quienes se oponían a la creación de ese tipo de tribunales, entendían que eso significaría quitarle a la Corte Suprema la competencia apelada que le atribuía la Constitución. Un extenso debate al respecto tuvo lugar en el Congreso Nacional, al

<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/wdebates/Ley.00027.Debate.Organizacion.del.Poder.Judicial.pdf>, última visita el 2-3-2015.

momento de discutir la reforma a la justicia federal que luego daría lugar a la sanción de la ley 4055²⁰⁰.

Hasta aquí, el organigrama de la justicia federal era el siguiente:



ii. Ley 182. Ley 27 de Organización de la Justicia Nacional²⁰¹

La primera ley que dio cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 94 fue la ley 182, dictada por el Congreso del Paraná el 28 de agosto de 1858. Esa ley creaba cámaras de circuito, pero nunca llegó a aplicarse pues, luego de la incorporación de Buenos Aires a la Confederación, quedó reemplazada por la ley 27. La ley 27 reprodujo la mayor parte de las disposiciones de la ley 182 pero omitió, precisamente, la que creaba las cámaras de circuito²⁰², como se verá a continuación.

Resuelta la estructura constitucional, y una vez zanjados los principales conflictos políticos que por ese entonces atravesaba la Confederación Argentina —en especial, la incorporación de Buenos Aires—, comenzó a ponerse en marcha la organización jurídica del nuevo país. Con ese fin se sancionó, la referida ley 27 de Organización de la Justicia Nacional, que estructuró el Poder Judicial de la Nación —siguiendo las pautas constitucionales— con dos instancias encargadas de la administración de la justicia nacional: la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la cima de la estructura judicial y regulada en el capítulo II, y los juzgados seccionales (o juzgados inferiores de sección), regulados en el capítulo III. Esta ley no previó, como se dijo, la existencia de cámaras, a pesar de que la norma en la que se inspiró —la ley 182— sí las creaba.

Es interesante analizar lo que la comisión de asamblea nacional que examinó las reformas sobre la justicia federal propuestas en la convención de Buenos Aires de 1860 manifestó respecto de la decisión de prescindir —o, quizás, de dilatar la creación— de tribunales intermedios. Aquella comisión sostuvo: “no es posible crearlo todo de una vez; es necesario ir por partes. Hoy creamos los jueces federales, mañana estableceremos las otras cámaras o

²⁰⁰ El debate parlamentario se encuentra íntegramente publicado en <http://www.hcdn.gov.ar/secparl/dip/debates/>. Véase, en especial, Cámara de Diputados, 5ª sesión de prórroga, 20 de noviembre de 1901, págs. 431 y ss.

²⁰¹ Sancionada el 13-10-1862, promulgada el 16-10-1862.

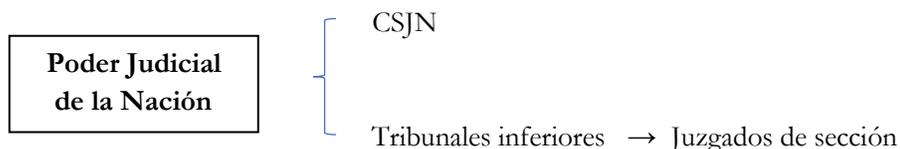
²⁰² Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil*, Ediar Soc. An. Editores, Buenos Aires, 1957, 2ª ed., t. II, pág. 52, nota al pie n.º 29.

las otras cortes de circuito, tribunales intermediarios entre los jueces federales y la suprema corte, para que respondan a las necesidades ulteriores del país”²⁰³.

Asimismo, del análisis del despacho de la comisión de legislación sobre el proyecto de ley que más tarde se sancionaría como ley 27, se advierte que dicha comisión sostuvo que “después de escogitar otros arbitrios, al fin se decidió a proponer la creación de la Corte Suprema y de los juzgados seccionales, suspendiendo por ahora la de las cortes o tribunales de distrito, intermediario entre aquélla y éstos [...] El tiempo y la experiencia señalarán el momento en que sea útil y posible crear las cortes de distrito, y entonces se hará fácilmente una nueva distribución de las funciones indicadas.²⁰⁴” Así fue que se pospuso la creación de una instancia intermedia entre la Corte y los juzgados.

Los juzgados de sección, por su parte, eran juzgados unipersonales (artículo 15), que ejercían cierta competencia de apelación facultativa respecto de las sentencias de los juzgados inferiores de provincia. Facultativa, pues el apelante podía acudir a estos juzgados o al juzgado o tribunal superior de la provincia, según su preferencia (artículo 21). A su vez, la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados seccionales tramitaba ante la Corte Suprema de Justicia (cfr. artículo 22).

La competencia en las causas contencioso-administrativas se otorgaba expresamente a dichos Juzgados seccionales (artículo 20)²⁰⁵.



iii. Ley 48. Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales²⁰⁶

La ley 48 vino a complementar, corregir y profundizar la ley organizativa del Poder Judicial de la Nación²⁰⁷. Sin embargo, mantuvo la estructura judicial creada por la norma anterior y, en ese sentido, tampoco estableció una instancia intermedia entre los jueces de

²⁰³ Esto se desprende del debate parlamentario realizado con ocasión de la sanción de la que sería la ley 4055, en palabras del por entonces Ministro de Justicia, 5ª sesión de prórroga, del 29 de noviembre de 1901, pág. 439, disponible en <http://www.hcdn.gov.ar/secparl/dip/debates/>, última visita el 1-3-2015.

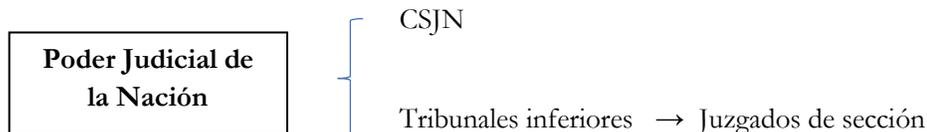
²⁰⁴ El debate está disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/wdebates/Ley.00027.Debate.Organizacion.del.Poder.Judicial.pdf>, última visita el 2-3-2015, pág. 425.

²⁰⁵ La demandabilidad del Estado en esta época era, por cierto, prácticamente nula, bajo el imperio del principio “the King can do no wrong”.

²⁰⁶ Sancionada el 25-8-1863, promulgada el 14-9-1863. El proyecto de ley fue presentado el 25 de junio de 1900 por el entonces diputado Barraquero, de la provincia de Mendoza. De allí pasó a consideración de la comisión de justicia, que el día 29 de noviembre de 1901 emitió su despacho y propuso el proyecto de ley a la Cámara de Diputados.

²⁰⁷ En efecto, en su artículo 23 establece que “La presente ley será considerada como adicional y correctiva de la del 16 de Octubre de 1862”.

sección y la Corte Suprema. Previó, en cambio, la apelación directa de las sentencias de los jueces de sección ante la Corte —en los casos procedentes—.



iv. Ley 49. Delitos y Penalidad cuyo Juzgamiento compete a los Tribunales Nacionales. Ley 50 de Procedimiento ante los Tribunales Nacionales

Corresponde una mención muy breve a estas leyes, complementarias de la ley 48, pero que nada han agregado al organigrama de la justicia federal. La primera, como su título refiere, consistió en una enumeración de delitos que configuraron la competencia federal en lo penal. La segunda, más de índole procesal, reguló todas las características específicas del proceso ante la justicia federal (recusación, pruebas, recursos, etcétera).

v. Ley 4055 sobre Reformas de la Justicia Federal y Creación de Cámaras de Apelación²⁰⁸

Frente a la sobrecarga de trabajo que ocasionaba la competencia apelada de la Corte Suprema, se plantearon diferentes alternativas: o se aumentaba el número de miembros de la Corte y se la dividía en salas²⁰⁹ —de modo que cada una sesionara por separado y pudiera así triplicar el índice de sentencias de apelación dictadas— o se creaban nuevos tribunales²¹⁰. Dentro de esta última opción, a su vez, se abrían varios caminos: (i) la creación de cortes de circuito o distrito, que tendrían jurisdicción originaria en ciertas causas con apelación a la corte suprema; (ii) la creación de cámaras federales de apelación con competencia en todas las apelaciones que no fueran regidas por la constitución, las leyes de la nación y los tratados con potencias extranjeras; (iii) la creación de cámaras federales de apelación con competencia en todos los asuntos apelables y el reconocimiento de una tercera instancia ante la Corte Suprema en ciertos asuntos.

²⁰⁸ Sancionada el 8-1-1902.

²⁰⁹ Bregaban por esta opción quienes entendían que la creación de tribunales intermedios significaba sustraer del conocimiento de la Corte cuestiones apelables que el texto constitucional ponía a su cargo y, por ende, esgrimían la inconstitucionalidad de dicha solución. Puede verse, al respecto, el discurso del diputado Argañaz, diputado por la provincia de Santiago del Estero, en la 5ª sesión de prórroga, del 29 de noviembre de 1901, págs. 434 y ss., disponible en <http://www.hcdn.gov.ar/secparl/dip/debates/>, última visita el 1-3-2015.

²¹⁰ “Aquí se presentan dos sistemas: uno propone dividir la corte en tres salas; el otro propone crear dos cortes intermedias, dos cámaras federales de apelación, como dice el proyecto. Una de estas ideas es la del proyecto presentado en la comisión por nuestro colega el doctor Argañaz y la otra por el doctor Barraquero”. Debate parlamentario, Cámara de Diputados, 5ª sesión de prórroga, 29 de noviembre de 1901, discurso del diputado Balestra, pág. 430, disponible en <http://www.hcdn.gov.ar/secparl/dip/debates/>, última visita el 1-3-2015.

Luego de diversos proyectos de ley que preveían la instauración de cortes de circuito — algunos de los cuales incluso llegaron a obtener media sanción del Senado²¹¹—, fue recién la ley 4055 la que estableció que el Poder Judicial de la Nación sería ejercido mediante tres instancias: la Corte Suprema de Justicia, cuatro cámaras federales de apelación, y los jueces de sección de la Capital y de las provincias (artículo 1°). Así surgían, dentro de la justicia nacional de la República Argentina, las cámaras federales de apelación²¹².

A título anecdótico, cabe hacer notar que tanto el texto original del proyecto de ley presentado el diputado Barraquero como el elevado por la comisión de justicia a la Cámara de Diputados en su primer despacho preveía la creación de solo dos cámaras en la capital de la República. Finalmente, luego de un amplio debate, se entendió que era necesario —debido a la cantidad de causas— que existieran tres. Finalmente, se crearon cuatro al agregarse la cámara de La Plata “consultando así todos los intereses regionales y las vías de comunicación con relación a los puntos donde deben funcionar las cámaras”²¹³.

Las razones que dieron origen a la creación de las cámaras quedaron plasmadas en el debate parlamentario:

[...] desde el año 63 en que se dictó la ley de jurisdicción y competencia de los tribunales federales [...] hasta ahora, no se ha introducido más reforma en el organismo á que se aplicaba esa ley de competencia y de jurisdicción, consistente en una suprema corte y tantos juzgados federales de sección como provincias tiene la República, que la creación de dos juzgados federales en la capital de la República. El país, entretanto, en ese período de tiempo, ha sufrido una de las transformaciones más grandes de que haya ejemplo, no sólo en esta América, sino en toda la tierra, por la afluencia de población y el aumento de riqueza, es decir, los elementos que crean las relaciones jurídicas, que hacen necesaria la justicia. La justicia federal, y especialmente la corte, ha quedado allá, en su estado primitivo, algo así como un organismo de otra época, algo paleontológico, obligado á servir las necesidades cada vez más crecientes del oleaje nuevo, que ha acabado por producir el efecto que era preveible [...] Y ahí está, en una de las situaciones más graves para el país, pues en realidad no existe justicia de apelación en materia federal en la República Argentina²¹⁴.

[...]

Estamos haciendo una reforma á la ley de organización de la justicia federal, impulsados muy principalmente por la situación irregular, anómala, en que se encuentra actualmente la suprema corte de justicia con este cúmulo enorme de trabajo,

²¹¹ El Senado había dado media sanción, en 1896, a un proyecto de ley que creaba tres cortes nacionales de circuito, pero dicho proyecto caducó pues no fue aprobado por la Cámara de Diputados en el plazo de dos años.

²¹² Sobre la denominación de estas cámaras federales y la redacción del artículo 1° de la ley bajo análisis, en especial la noción de “poder judicial de la nación” es muy rico el debate en Cámara de Diputados. Debate parlamentario, Cámara de Diputados, 6ª sesión de prórroga, 9 de diciembre de 1901, págs. 498 y ss., disponible en <http://www.hcdn.gov.ar/secparl/dip/debates/>, última visita el 1-3-2015.

²¹³ Debate parlamentario, Cámara de Diputados, 6ª sesión de prórroga, 11 de diciembre de 1901, discurso del diputado Fonrouge, pág. 515, disponible en <http://www.hcdn.gov.ar/secparl/dip/debates/>, última visita el 1-3-2015.

²¹⁴ Debate parlamentario, Cámara de Diputados, 5ª sesión de prórroga, 29 de noviembre de 1901, discurso del diputado Balestra, pág. 430, disponible en <http://www.hcdn.gov.ar/secparl/dip/debates/>, última visita el 1-3-2015.

que no le permite, no obstante la laboriosidad de sus miembros, regularizar el despacho de las causas²¹⁵.

[...]

la reforma que se propone en la justicia federal tiene un doble propósito [...] Este doble propósito es facilitar, acelerar la justicia creando cortes intermediarias, y abaratar la justicia, particularmente en las provincias²¹⁶.

Como se desprende de las transcripciones efectuadas, el cúmulo de causas y el consecuente colapso de la Corte Suprema, así como el crecimiento poblacional, fueron los motivos que inspiraron, sustancialmente, la creación de tribunales intermedios.

Fue el capítulo II de la ley 4055 el que se dedicó exclusivamente a aquellas cámaras federales, regulándolas del siguiente modo:

- (i) cada una de ellas estaba conformada por tres miembros (artículo 12); es decir, eran tribunales colegiados y no unipersonales como los juzgados de sección. Sin embargo, esta colegiación era todavía ajena al concepto de salas; la cámara entera estaba compuesta únicamente de tres jueces;
- (ii) tenían a su cargo el ejercicio de la jurisdicción apelada, que cada una ejercía en su circunscripción (artículo 12). Es decir, la existencia de cuatro cámaras respondía a una distribución territorial de su competencia en cuatro circunscripciones²¹⁷, pero no había una distribución de competencia material, lo que conllevaba que cada cámara conociera en todos los asuntos federales dentro de su circunscripción.

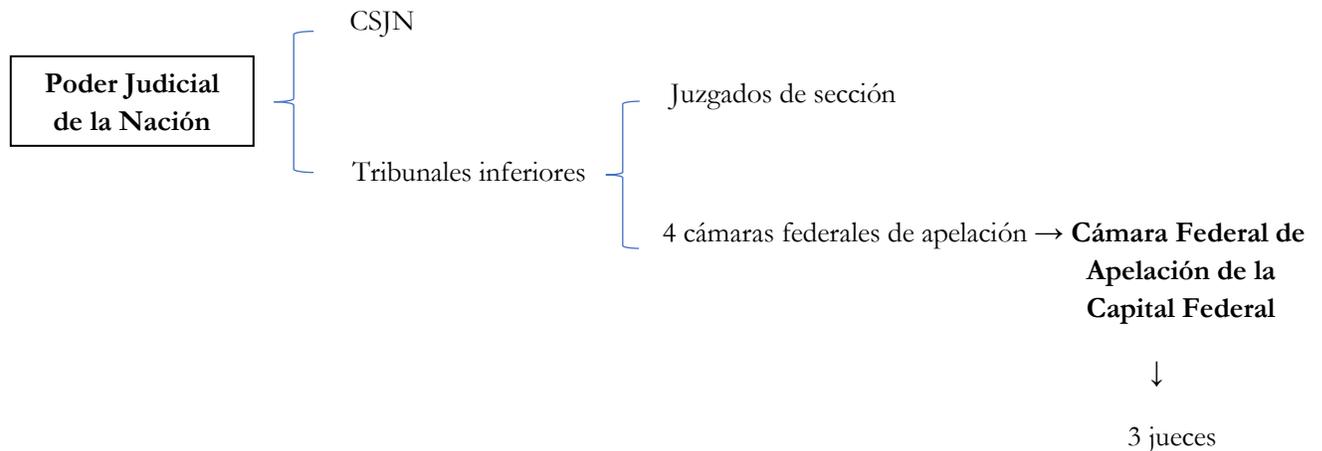
La Cámara Federal de Apelación de la Capital Federal no limitaba su competencia a los asuntos fallados en primera instancia únicamente en la ciudad capitalina, sino que su circunscripción comprendía: “la Capital de la República, las provincias de San Luis, de Mendoza y San Juan” (artículo 12).

Para ese entonces, ya había sido sancionada en 1900 la ley 3952 de demandas contra la Nación, por lo que el panorama sobre la competencia contencioso-administrativa estaba en un período de transición.

²¹⁵ Debate parlamentario, Cámara de Diputados, 6ª sesión de prórroga, 9 de diciembre de 1901, discurso del diputado Alfonso, pág. 503, disponible en <http://www.hcdn.gov.ar/secparl/dip/debates/>, última visita el 1-3-2015.

²¹⁶ Debate parlamentario, Cámara de Diputados, 6ª sesión de prórroga, 9 de diciembre de 1901, discurso del diputado Vivanco, pág. 508, disponible en <http://www.hcdn.gov.ar/secparl/dip/debates/>, última visita el 1-3-2015.

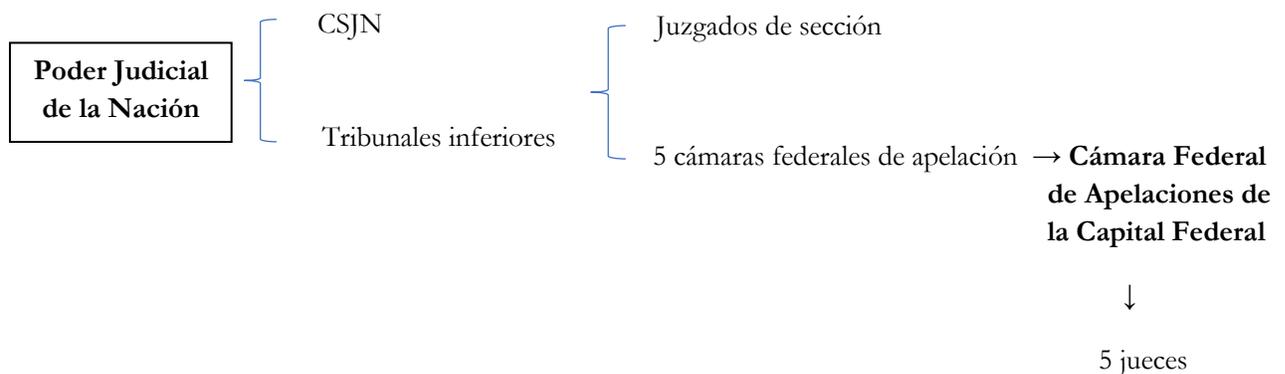
²¹⁷ Más tarde, a través de la ley 7055, se crearía la Cámara Federal de Apelaciones del Rosario.



vi. Ley 7055 de Administración de Justicia de la Capital Federal²¹⁸ y ley 7099²¹⁹

La ley 7055, por medio de su artículo 4º, elevó a cinco los miembros de la Cámara federal de apelación de la Capital Federal²²⁰.

Por su parte, la ley 7099 creó la Cámara Federal de Apelaciones del Rosario, elevando a cinco el número de cámaras federales existentes.



²¹⁸ Sancionada el 16-8-1910, publicada el 22-8-1910.

²¹⁹ Sancionada el 20-9-1910, publicada el 27-9-1910.

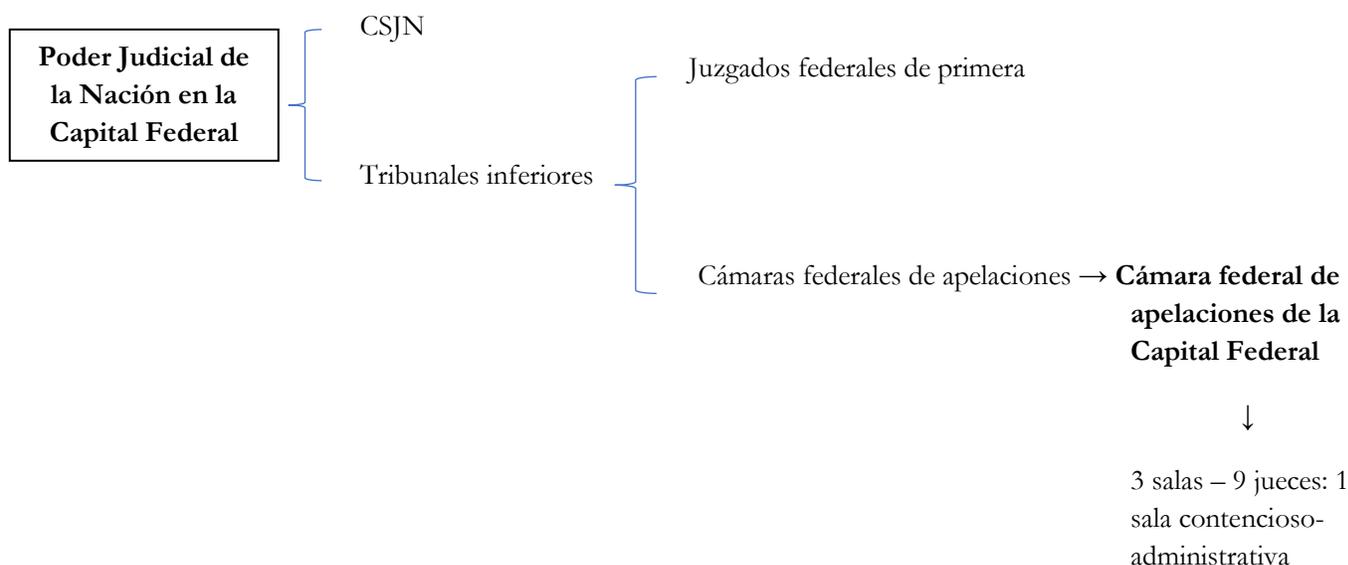
²²⁰ Artículo 4º: Desde la sanción de la presente ley la Cámara de Apelaciones que funciona en la Capital Federal en virtud de la Ley N° 4055 se compondrá de cinco miembros y sus resoluciones causarán ejecutoria en materia criminal.

vii. Ley 12967²²¹

De acuerdo con las normas hasta aquí analizadas existía entonces un Poder Judicial de la Nación ejercido en primera instancia por juzgados unipersonales, cuyas sentencias eran apelables en una segunda instancia ante las cámaras federales de apelaciones y, en ciertos casos expresamente determinados por la ley, con posibilidad de recurso ante la Corte. Por un carril paralelo, corrían los casos de competencia originaria de la Corte previstos en la Constitución Nacional.

La evolución legislativa posterior a este estadio demuestra cómo —probablemente en razón de la imposibilidad fáctica de las cámaras de atender absolutamente todas las controversias existentes en su circunscripción²²²— la competencia material de las cámaras de apelación se fue redistribuyendo a través de la creación de salas o cámaras especializadas en una determinada materia. A esta altura del análisis y a los efectos de este trabajo, centrado en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, conviene dejar de lado las demás cámaras y poner el foco en la historia del surgimiento de aquel tribunal.

La ley 12967 fue la encargada de elevar a nueve el número de miembros de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal y dividirla en tres salas: una con competencia civil y comercial, otra contencioso-administrativa y otra criminal y correccional (artículo 2°). De este modo, se inicia en dicho tribunal la modalidad de actuación por medio de salas conformadas de acuerdo a la especialidad de los asuntos que cada una de ellas trataría.



²²¹ Sancionada el 28-3-1947, publicada el 12-4-1947.

²²² Esta acumulación de causas, y la consecuente recarga de trabajo para las cámaras a crearse, ya había sido prevista en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 4055, cuando se discutía bajo qué circunscripción debía encuadrarse la provincia de Santa Fe. Congreso Nacional, Cámara de Diputados, 13ª sesión de prórroga, 8 de enero de 1902, discurso del diputado Barraquero, disponible en <http://www.hcdn.gov.ar/secparl/dip/debates/>, última visita el 1-3-2015.

viii. Ley 13998. Nueva Organización de la Justicia Nacional²²³

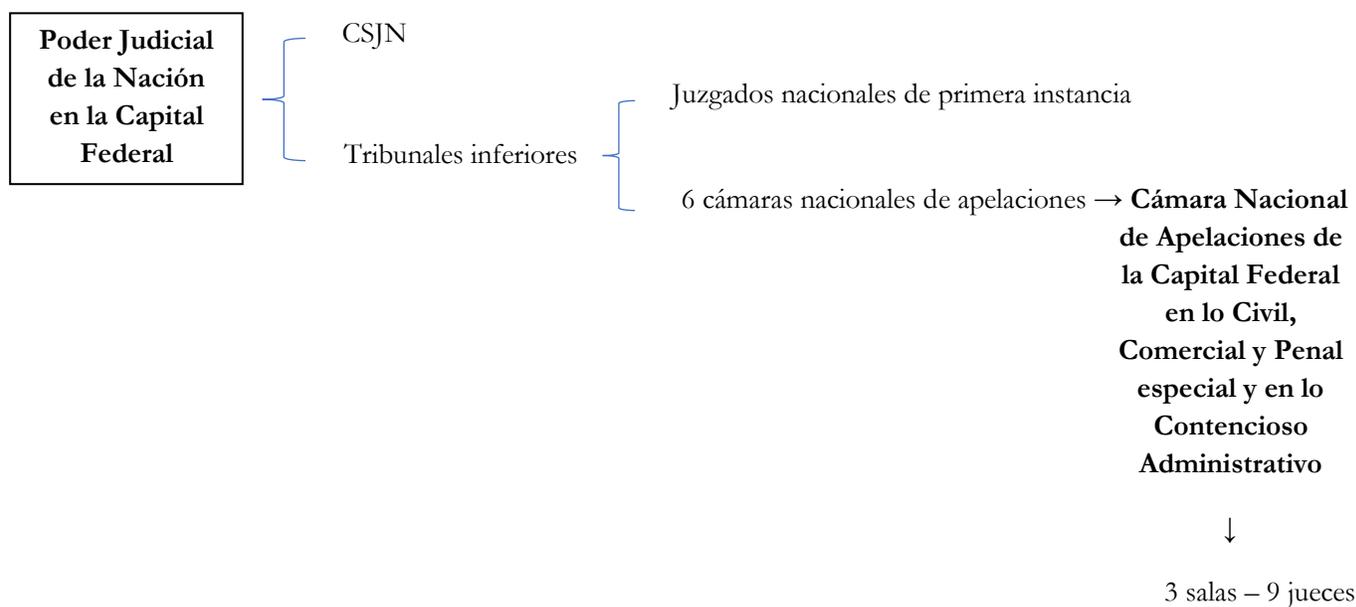
La ley 13998 transformó la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal, creada por ley 4055, en la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal en lo Civil, Comercial y Penal especial y en lo Contencioso Administrativo (artículo 33).

Hasta su sanción, las leyes orgánicas que regían en la Capital Federal denominaban “cámaras de apelaciones” a los tribunales de alzada instituidos para ejercer competencia ordinaria en el territorio capitalino, que funcionaban junto a la referida Cámara Federal de la Capital. La ley 13998, en cambio, adoptó el nombre genérico de “cámaras nacionales” para designar tanto a las cámaras con asiento en las provincias y en la capital con competencia federal como a los tribunales de apelación de la capital con competencia ordinaria.

Más tarde, el decreto-ley 1285/58 volvería a la antigua designación para los tribunales provinciales, pero mantendría el término “nacionales” para las cámaras que funcionaban en la capital, entre las que corresponde distinguir aquellas con específica competencia en materia federal (es el caso de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso-Administrativo) de las que poseen competencia ordinaria (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en lo Comercial, etcétera.)

La ley 13998 también previó la actuación del tribunal en salas. En efecto, el artículo 34 estableció que dicha cámara

Actuará dividida en tres salas, por especialidades dentro de su competencia, según las disposiciones que adopte la misma cámara [...]



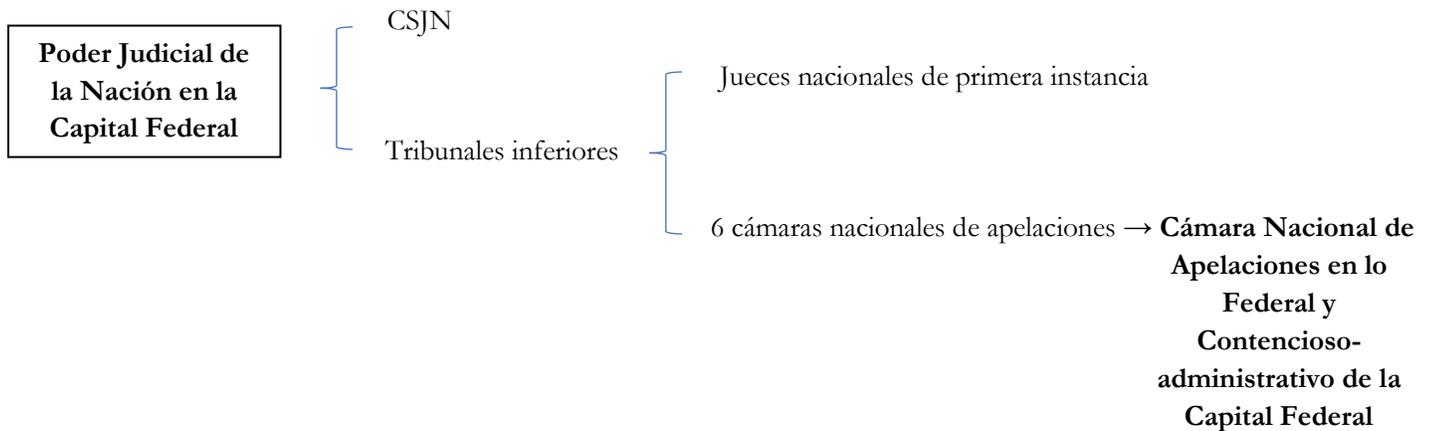
²²³ Sancionada el 29-9-1950, promulgada el 6-10-1950.

ix. Decreto ley 1285/58²²⁴. Reorganización de la Justicia Nacional

El decreto ley 1285/58 derogó la ley 13998 (artículo 67) y modificó las denominaciones de las cámaras nacionales de apelaciones y de los juzgados nacionales que dicha norma establecía, sustituyéndolas por las adoptadas en su texto (artículo 64).

En lo que a esta tesis interesa, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Penal Especial y en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal pasó a denominarse Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso-Administrativo (artículo 33), acercándose más a la denominación actual del tribunal. Sin embargo, su competencia no se circunscribió solo a la materia contencioso-administrativa, sino que, al igual que su antecesora, abarcaba toda la materia federal. En efecto, era el tribunal de alzada de los jueces nacionales de primera instancia en lo civil y comercial federal, en lo criminal y correccional federal y en lo contencioso administrativo (artículo 33).

La Cámara estaba dividida en salas y, una vez más, las particularidades de su funcionamiento y organización quedaron relegadas al reglamento interno que dictara.

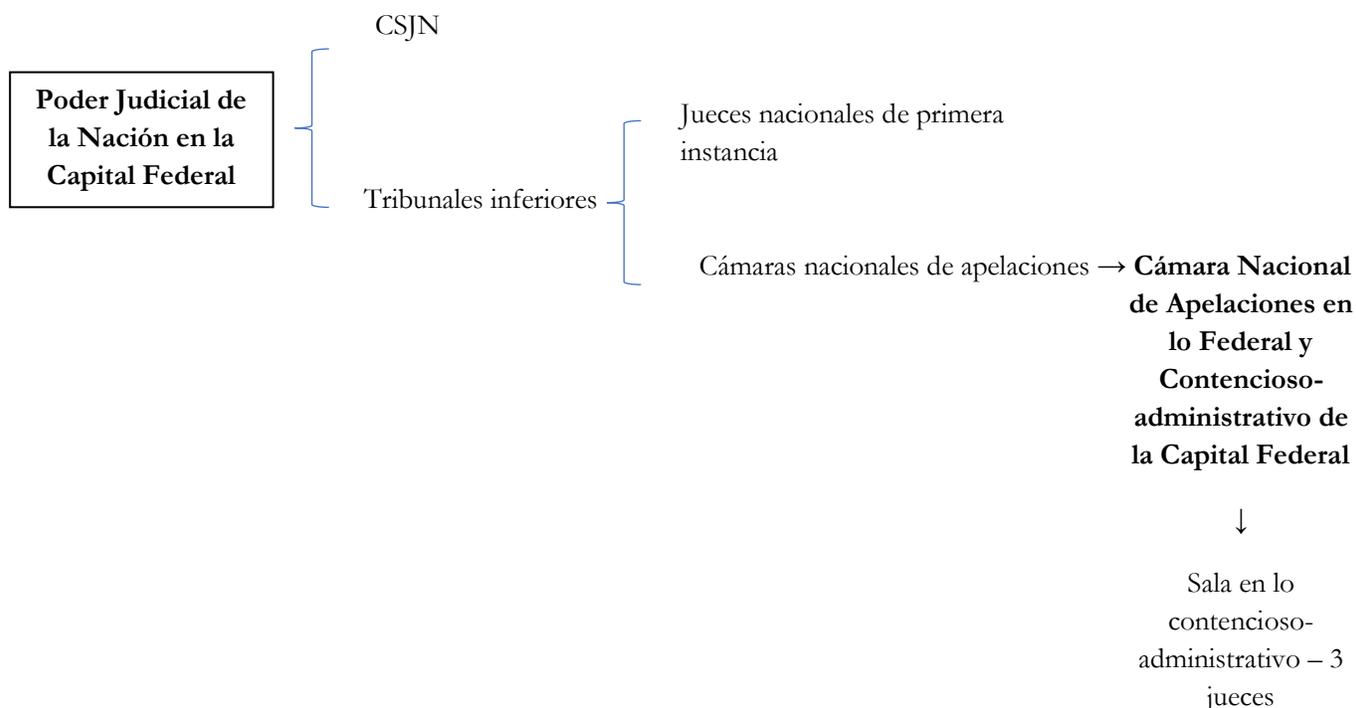


x. Ley 17928 de Reformas en la Justicia Nacional de la Capital Federal

Esta ley, que quedó incorporada al texto del decreto-ley 1285/58 (cfr. artículo 29), creó dos nuevas salas en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso-administrativo (artículo 2º). Una de esas salas tendría competencia en lo civil y comercial; la otra, en lo contencioso administrativo. Cada una de ellas estaba compuesta por tres jueces (artículo 4º).

²²⁴ Dictado el 4-2-1958, publicado el 7-2-1958.

Paralelamente, se fueron dictando otras leyes que creaban diversas salas en aquella Cámara (v.gr. la ley 21161, cuyo artículo 12 creaba una nueva sala en lo criminal y correccional). Se trató, en efecto, de una etapa prolífica en lo que a leyes de organización de la justicia nacional respecta (leyes 21203, 21341, 21613, entre otras). Pero es momento de volver a afinar el enfoque, para priorizar la historia relativa a las salas especializadas en lo contencioso-administrativo.

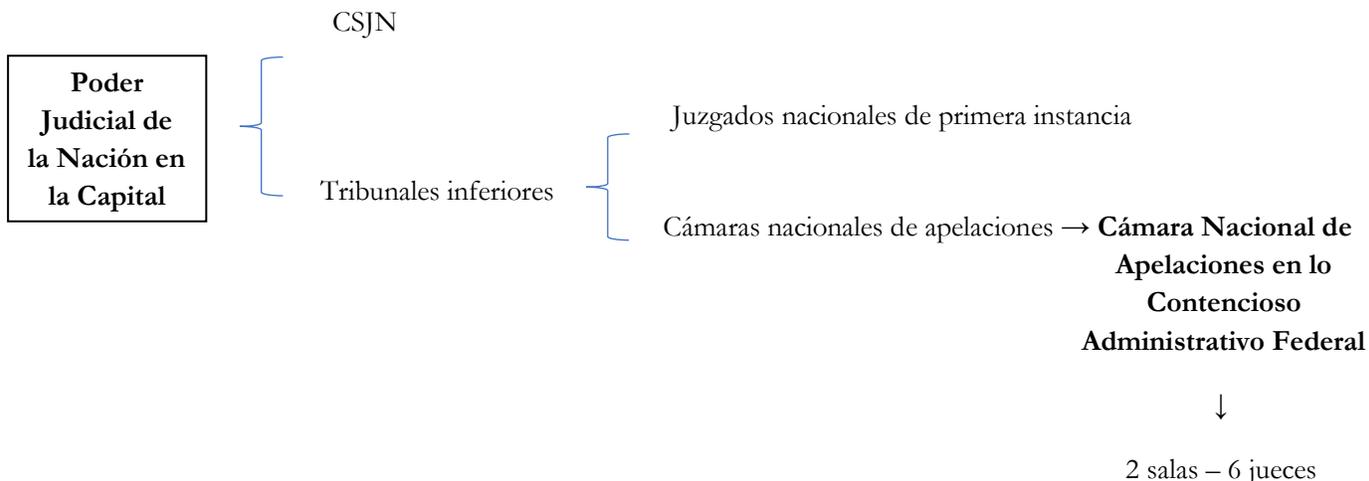


xi. Ley 21628²²⁵. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal

Esta norma creó, finalmente, la actual Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal (artículo 3°). La integró con seis jueces y previó su actuación en dos salas de tres miembros cada una (artículo 3°). La competencia material de esta Cámara era exclusivamente contencioso-administrativa, en el ámbito territorial de la Capital Federal (artículo 4°).

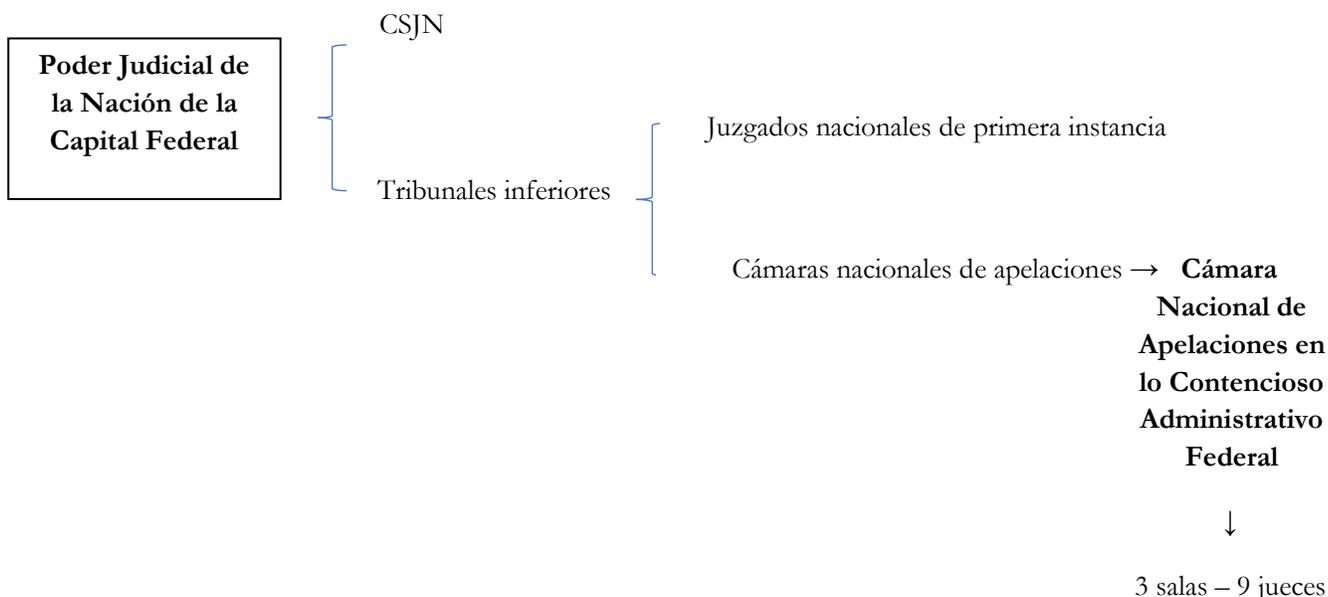
Las salas de esta nueva Cámara quedaron conformadas, por expresa disposición de la ley en su artículo 8°, con los jueces de las anteriores salas en lo contencioso-administrativo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo de la Capital Federal.

²²⁵ Sancionada el 26-8-1977.



xii. Ley 21973²²⁶

Dos años después de la creación de la actual Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, la ley 21973, mediante su artículo 1º, creó una nueva sala, que se integró con tres nuevos jueces. Así, la Cámara en cuestión pasó a estar conformada por tres salas de tres jueces cada una.



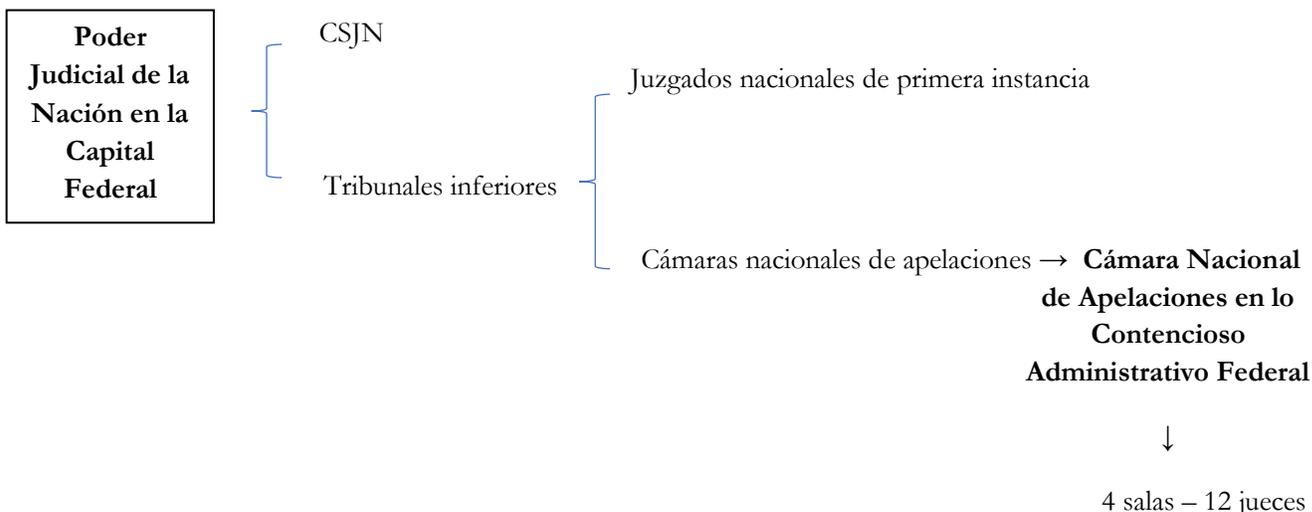
xiii. Ley 22090²²⁷

Pasarían solo unos meses hasta que, con la sanción de la ley 22090, se adicionara una nueva sala a la Cámara, elevando el total a cuatro salas, con tres jueces cada una.

²²⁶ Sancionada y promulgada por el entonces Presidente de la Nación, Videla, el 4-4-1979.

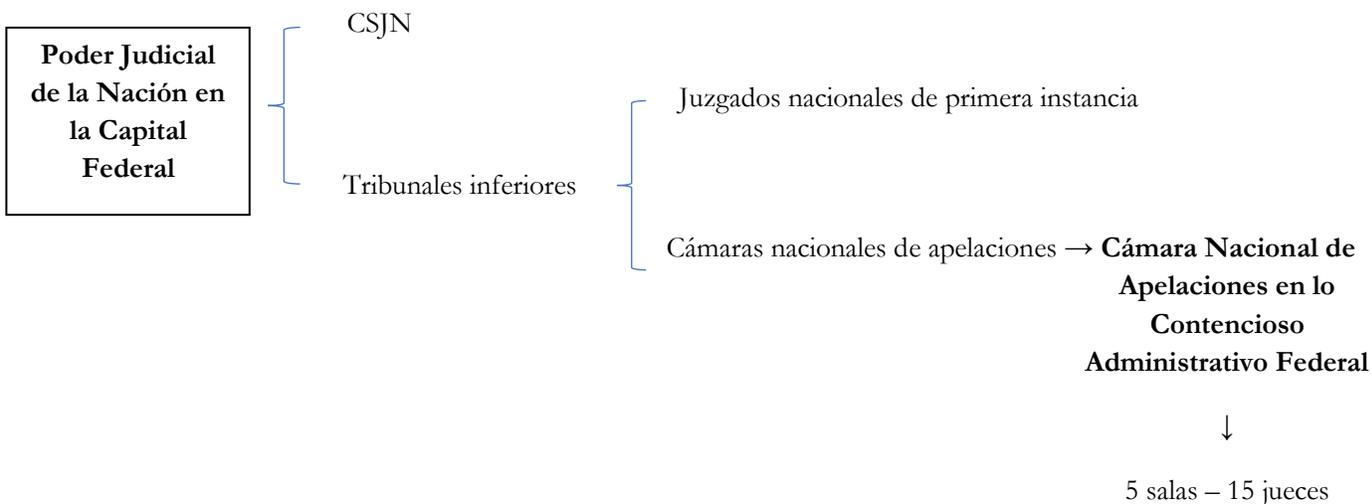
²²⁷ Sancionada y promulgada por el entonces Presidente de la Nación, Videla, el 17-10-1979.

Esta norma estableció la individualización de la sala creada con el número IV (artículo 1°).



xiv. Ley 24384²²⁸

Esta ley, que creó una quinta sala en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (artículo 1°), dio a este tribunal la conformación que hoy en día mantiene: cinco salas de tres jueces cada una. Individualizó la nueva sala creada como Sala V.



²²⁸ Sancionada el 19-10-1994, promulgada el 8-11-1994.

xv. Ley 26853²²⁹. Cámaras Federales de Casación. Acordada CSJN 23/2013

Si bien no es objeto específico de este trabajo, cabe mencionar la creación de la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal por medio de la ley 26853 (artículo 1°), con competencia en los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión interpuestos contra las sentencias dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y por las demás cámaras federales de apelación del país en causas contencioso-administrativas federales (artículo 2°).

La constitucionalidad de la conformación de estas cámaras con jueces subrogantes prevista por la propia ley ha sido cuestionada, por lo que existen medidas cautelares que suspenden dicha conformación hasta tanto se resuelva la constitucionalidad de la norma²³⁰. Además, la Corte Suprema, mediante acordada 23/2013, del 15 de agosto de 2013, ha supeditado la aplicación de esta ley a la efectiva instalación y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales por ella creados. Al día de hoy, las cámaras de casación aún no han sido puestas en funcionamiento y existe un proyecto de ley para derogar la ley 26853 y retornar al régimen del recurso de inaplicabilidad y los fallos plenarios que es el que, por ahora, continúa vigente, de acuerdo con la acordada 23/2013.

3. NATURALEZA JURÍDICA, ESTRUCTURA INTERNA Y FUNCIONAMIENTO DE LA CÁMARA Y SUS SALAS. EL RECURSO DE APELACIÓN

A. Introducción

Muy poco se ha escrito sobre estos aspectos de las cámaras de apelaciones, aun cuando su consideración se vuelve indispensable a la hora de analizar institutos propios de la instancia de apelación en nuestro país tales como el recurso de inaplicabilidad de ley, los fallos plenarios y la obligatoriedad horizontal del precedente entre las salas de una misma cámara.

Algunas de las preguntas fundamentales que corresponde plantear, y que intentarán resolverse a continuación, son las siguientes: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de una cámara de apelaciones? ¿Cómo funciona internamente y cómo se regula esa función? ¿Cuáles son sus autoridades? ¿Qué funciones cumplen? ¿La cámara y sus salas conforman un tribunal único? ¿La sentencia como acto jurisdiccional se atribuye a la cámara o a la sala que la dictó? ¿Qué relación jurídica existe entre las salas? ¿Tienen autoridad unas sobre otras?

A continuación, como primer paso en la búsqueda de respuesta a los interrogantes formulados, se intentará dejar en claro el significado de muchos de los conceptos que están

²²⁹ Sancionada el 24-4-2013, promulgada el 9-5-2013.

²³⁰ Juzgado Contencioso Administrativo n.º 6, “Fargosi Alejandro Eduardo c/ EN-PEN-LEY 26853 s/ proceso de conocimiento”, causa n.º 22568/2013.

implicados en ellos, entre los cuales se encuentran los de órgano judicial, tribunal, colegiación, cámara de apelaciones, salas, reglamento interno y apelación. Dicha labor se emprenderá, en principio, de manera abstracta, pero con constantes referencias a la situación específica del tribunal en el que se centra esta tesis: la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

El análisis de estas cuestiones, así como el estudio del origen de las cámaras de apelaciones que se efectuó en otro capítulo, podrán aportar algo de luz para evaluar la función de la cámara y el efectivo cumplimiento del objetivo de uniformar la jurisprudencia que el legislador previó.

B. Órgano judicial. Tribunal

El órgano judicial es aquel órgano del Estado al que incumbe la función de dirimir conflictos jurídicos entre partes (procesos contenciosos) o constituir, integrar o acordar eficacia a relaciones de derecho privado (procesos voluntarios)²³¹.

Según Lino Palacio, por órgano del Estado debe entenderse al funcionario público que actúa o bien individualmente o bien en colegio con otros de la misma jerarquía²³². Una lectura literal de estas definiciones llevaría a identificar el órgano con el funcionario (lo que implicaría que cada juez que compone un tribunal constituyera él mismo un órgano judicial). Sin embargo, Palacio dirá más adelante que cada uno de los órganos del Estado que tienen a cargo esa función está personificado o bien en un funcionario o en un conjunto de funcionarios²³³. Por lo tanto, el órgano judicial puede estar formado por un solo juez o por un conjunto de jueces y, en base a ello, puede ser a) un *órgano unipersonal* (juzgado), por estar integrado por un solo juez o magistrado, o b) un *órgano colegiado* (tribunal), por estar integrado por varios jueces o magistrados que se encuentran en paridad jerárquica. Para este autor, órgano judicial es, entonces, el juzgado o el tribunal, según la cantidad de funcionarios que lo integren. Y bajo este prisma analiza la normativa sobre la materia: “Las palabras “juzgado” y “tribunal”, como indicativas, respectivamente, de órganos judiciales unipersonales y colegiados, son las que por lo general utilizan las leyes orgánicas²³⁴”.

El Diccionario de la lengua española, por su parte, brinda cuatro acepciones del término “tribunal”²³⁵:

1. m. Lugar destinado a los jueces para administrar justicia y dictar sentencias.
2. m. Ministro o ministros que ejercen la justicia y pronuncian la sentencia.

²³¹ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1975, t. II, pág. 7.

²³² Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1975, t. II, pág. 8.

²³³ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1975, t. II, pág. 8.

²³⁴ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1975, t. II, pág. 10, nota al pie n.º 10.

²³⁵ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22ª ed., 2012, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=tribunal>, última visita el 19-3-2015.

3. m. Conjunto de jueces ante el cual se efectúan exámenes, oposiciones y otros certámenes o actos análogos.
4. m. pl. por antonom. Los de justicia

De acuerdo con la segunda acepción del Diccionario, el término “tribunal” podría utilizarse para referirse a un solo ministro o a varios ministros (más de uno). Tribunal sería entonces *el* ministro o *los* ministros, lo que lleva a desechar que el vocablo tribunal se refiera únicamente al órgano judicial colegiado —y no al unipersonal— y concebir, en cambio, la existencia de tribunales unipersonales, por un lado, y tribunales colegiados, por el otro.

En síntesis, para Lino Palacio, órgano judicial sería el género y tribunal la especie: el órgano judicial colegiado. En la del Diccionario de la Real Academia, órgano judicial y tribunal serían sinónimos que se refieren al género (ministro o ministros que ejercen la justicia), y las subespecies serían unipersonal y colegiado, según que dicho tribunal u órgano judicial esté formado por una sola persona o por varias.

Este criterio amplio relativo al vocablo “tribunal”, adoptado por el Diccionario de la Real Academia, es también el sostenido por diversos procesalistas en el ámbito jurídico, que utilizan el término genérico “tribunales” para referirse tanto al juzgado como al tribunal.

El análisis etimológico del término tribunal da cuenta de que el vocablo no era originariamente utilizado en referencia al elemento personal que impartía justicia, sino al lugar en el que quienes estaban a cargo de la administración de justicia, decían sus veredictos. El vocablo “juzgado”, hoy empleado en referencia a un órgano unipersonal, en realidad aludía, en su origen, al colegio o junta de jueces. Como afirma Prieto Castro:

procede del Derecho romano, donde *tribuna* (de *tribunus*) era el lugar destacado en que se colocaba la silla curul para el juez o el magistrado. Traslaticamente ha venido a significar no sólo la sede, sino el organismo y, con mayor restricción aun, el elemento personal del mismo, esto es, los titulares (conjunto de magistrados) de la jurisdicción. “Juzgado”, derivación del participio del presente del verbo *judicare* (juzgar, administrar justicia), hoy se emplea, como vemos, para nombrar al órgano unipersonal, siendo así que por su origen significa “colegio” o “junta” de jueces (análogamente, “jurado”); y de esta acepción personal ha pasado a la objetiva y de sede²³⁶.

Queda claro, entonces, que los términos que se analizan han ido variando en su significado y queda abierto el interrogante en relación a si el vocablo “tribunal” puede ser utilizado para referirse a órganos unipersonales y colegiados o solo a estos últimos. Más allá de que no es posible dar una respuesta abstracta a ese interrogante, pues dependerá, en cada caso, de la elección lingüística que hubiera efectuado cada ordenamiento, sí es interesante considerar qué sentido le otorga al término la Constitución Nacional, cuando se refiere, en el artículo 108, a los “tribunales inferiores” que formarán parte del Poder Judicial.

La redacción genérica de la norma sugiere que el término es utilizado en sentido amplio, en alusión a la segunda acepción de la Real Academia; es decir, el artículo haría referencia a “tribunal” como sinónimo de órgano judicial, pudiendo ser este unipersonal o colegiado.

²³⁶ Prieto Castro, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, Librería General, Zaragoza, 1946, pág. 112.

Aduna lo dicho el hecho de que, en efecto, los primeros tribunales inferiores que se crearon en cumplimiento del mandato constitucional contenido en dicho artículo fueron juzgados unipersonales de sección, como se ha visto en la primera parte de este capítulo. La postura contraria implicaría que los constituyentes hubieren autorizado al Congreso a crear únicamente órganos judiciales colegiados por debajo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, limitación que no encuentra razón de ser y que, en su caso, habría sido incumplida.

De este modo, y tal como se ha comprobado también a partir del análisis histórico, el organigrama judicial federal argentino se integra con tribunales unipersonales y colegiados. Ello que amerita algunas reflexiones sobre unipersonalidad y colegiación.

C. Unipersonalidad y colegiación

De conformidad con lo analizado anteriormente, un tribunal u órgano judicial puede ser unipersonal o colegiado. Unipersonal es aquel está integrado por una sola persona. Podría pensarse que colegiado será entonces el integrado por dos o más personas. Sin embargo, una nueva consulta al Diccionario de la Real Academia indica que colegiado es el “tribunal que se forma con tres o más individuos, por contraposición al tribunal unipersonal”.

La definición —si bien abre el debate sobre la imposibilidad de existencia de un tribunal con dos miembros y sobre las razones de dicha imposibilidad— adquiere cierta lógica en el campo jurídico, si se reflexiona sobre la necesidad de al menos tres personas para tomar cualquier decisión bajo el sistema de mayorías. No sería necesario, sin embargo, que el tribunal tuviera tres personas si las decisiones debieran tomarse por unanimidad (real o ficticia)²³⁷.

De cualquier modo, las cámaras siempre se han caracterizado, al menos en nuestra organización judicial, por ser tribunales colegiados de tres o más personas²³⁸. Lo que ha ido variando —aumentando— es el número de integrantes de cada cámara, pero desde el momento de su creación han sido tribunales colegiados, integrados por un mínimo de tres personas y eso no ha variado. Tal como sostiene Palacio, la regla general en la estructura judicial argentina es que la primera instancia se encuentre a cargo de tribunales unipersonales y la segunda, de colegiados²³⁹.

El mayor beneficio que se le reconoce al tribunal colegiado es la deliberación previa al dictado de la sentencia, que favorece y facilita el hallazgo de la solución justa²⁴⁰. Este beneficio se acrecienta en la segunda instancia, por cuanto no se trata de un nuevo juicio sino

²³⁷ Sobre la unanimidad real o ficticia, puede verse el capítulo ...

²³⁸ También es y ha sido así en la tradición jurídica estadounidense. Cfr. Lamar, Alexander, “En Banc Hearings in the Federal Courts of Appeals: Accommodating Institutional Responsibilities (Part I)”, *New York University Law Review*, n.º 3, vol. 40, 1965, pág. 563.

²³⁹ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1975, t. II, pág. 22.

²⁴⁰ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1975, t. II, pág. 23. Esto, claro está, siempre que esa deliberación verdaderamente tenga lugar, para lo cual los jueces deben tener reuniones periódicas y no limitarse a circular las opiniones por los despachos individuales sin intercambiar opiniones sobre el caso.

de la revisión de lo decidido en la instancia anterior y, por ende, la actividad del órgano judicial se concentra en la *deliberación* sobre el acierto o error del pronunciamiento impugnado²⁴¹. En este sentido, la Corte Suprema sostuvo que las sentencias de los tribunales colegiados no deben ser concebidas como la colección o sumatoria de las opiniones individuales de sus integrantes, sino como el producto del intercambio racional de ideas entre ellos²⁴².

Además, si la segunda instancia estuviera cargo de un único juez, la eventual revocatoria de la sentencia dictada en primera instancia quedaría más expuesta al riesgo de convertirse en una mera disparidad de criterio u opiniones divergentes entre dos jueces²⁴³. La pluralidad de jueces, en cambio, estimula la objetividad e imparcialidad de las decisiones tomadas y, en cierta forma, pone un freno al factor de subjetividad o discrecionalidad judicial que puede tener más peso en la sentencia dictada por un solo juez (reflejado, por ejemplo, en preferencias políticas, económicas o parcialidades en determinados asuntos o con determinadas personas), así como dota de cierta inmunidad al órgano judicial de inferencias, coacciones o presiones a las que sería más fácil someter a una sola persona.

La decisión de un grupo, se ha dicho, tiene una perspectiva más amplia que la individual, e inspira un mayor grado de continuidad: ciertas dudas previas, reflexiones, decisiones o actitudes, que pueden ser fácilmente olvidadas o pasadas por alto por un individuo, serán probablemente recordadas y resaltadas por otro miembro del tribunal²⁴⁴.

Todas aquellas razones justifican que las cámaras de apelaciones se hayan constituido como órganos colegiados y no unipersonales, a la vez que explican que las supremas cortes o los tribunales constitucionales también se integren con una cierta cantidad de jueces y no con uno solo. En contra, se ha dicho que el tribunal colegiado retarda y encarece la tramitación de los procesos. Frente a esta crítica y como alternativa, algunos procesalistas han propuesto la instauración de tribunales colegiados de única instancia²⁴⁵. Eso atentaría, en cambio, con garantías reconocidas nacional e internacionalmente en torno a que el caso sea juzgado, al menos, por una doble instancia.

En cuanto a la dimensión concreta del tribunal colegiado, sin duda la cantidad de magistrados que lo integren estará directamente relacionada con la cantidad de trabajo a su cargo, así como con la existencia o no de otros tribunales de igual jerarquía y competencia con la que dividir ese trabajo. Con anterioridad a la creación de la actual Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, solía haber más de una cámara

²⁴¹ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1975, t. II, pág. 24.

²⁴² CSJN, Fallos 329:3559, “Barrera, Genaro vs. Salvador Agliano y otro”, sentencia del 5 de septiembre de 2006.

²⁴³ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1975, t. II, pág. 23.

²⁴⁴ Llewellyn, Karl L., *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Little, Brown and Company, Boston – Toronto, 1960, pág. 31.

²⁴⁵ Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil*, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1957, 2ª ed., t. I, pág. 133; Fernández, Exposición de Motivos al Proyecto de Código Procesal Civil, 1962, pág. 23, y otros.

con la misma competencia (tal como consta en la reseña histórica efectuada en el comienzo de este capítulo). No obstante, lo usual hoy en día es que exista una única cámara con determinada competencia material y territorial, y que la división del trabajo se realice mediante la organización de dicha cámara en salas.

Lo conveniente, tanto en el caso de que hubiera muchas cámaras como en el caso de que solo fuera una con diferentes salas, es que el grupo de magistrados que finalmente tenga a cargo el dictado de sentencia no fuese demasiado grande, por las dificultades obvias que ello implica. La intervención de una cantidad reducida de magistrados, integrados por no más de cinco miembros, es preferible, en primer lugar, pues de otro modo podría dificultarse la deliberación y coordinación de criterios²⁴⁶. Generalmente, se considera que tres jueces es el número ideal para resolver un caso²⁴⁷.

Por otro lado, si un gran número de jueces debiera participar en todas las controversias, se duplicarían esfuerzos y se perdería en eficiencia. En el ordenamiento argentino, además, sería un contrasentido preferir que, por ejemplo, sean los quince jueces de la CNACAF los que intervengan en absolutamente todos los casos dado que, el aumento de la cantidad de jueces a ese número se dio precisamente por el colapso de causas judiciales iniciadas y con el objetivo de poder distribuirse el trabajo.

Es por todo eso que, en las cámaras federales de apelación argentinas, se ha adoptado la práctica de formar subdivisiones —salas de tres jueces cada una—²⁴⁸. De allí se deriva el principio general es que cada controversia es resuelta por una única sala en representación de la cámara, sin que las demás salas intervengan²⁴⁹. Eso también es lo que sucede en los Estados Unidos, como se analizará oportunamente en la §6 del capítulo III.

En base a lo hasta aquí analizado, cabe concluir entonces que las cámaras de apelaciones federales argentinas pertenecen a la categoría jurídica de “tribunales u órganos judiciales colegiados” y han quedado claras las razones que justifican esa colegiación.

D. La cámara de apelaciones como tribunal

²⁴⁶ En este sentido, “ha de preferirse la intervención de órganos reducidos, integrados por tres o no más de cinco miembros, pues la experiencia demuestra que los tribunales de composición numerosa dificultan la deliberación y coordinación de criterios”. Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1975, t. II, pág. 24.

²⁴⁷ Cfr. Pound, Roscoe, *Appellate Procedure in Civil Cases*, Little, Brown and Company, Boston, 1941, págs. 384-385.

²⁴⁸ Estas subdivisiones no existen en todas las cámaras federales de apelaciones, como se mencionó varias veces a lo largo de esta tesis, pero sí en la mayoría. Por ejemplo, en jurisdicciones en las que el caudal de apelaciones podría ser menor, las cámaras federales aún están integradas únicamente por tres jueces (v.gr. Cámara Federal de Posadas, de General Roca, de Paraná, de Resistencia). Esto no descarta, no obstante, que en un futuro pudieran ser ampliadas mediante la creación de nuevas salas, si la cantidad de trabajo o la organización del tribunal lo requiriesen.

²⁴⁹ La proposición de una doctrina del precedente horizontal obligatorio mantiene este principio general, en tanto el *en banc* o plenario es, precisamente, reducido a una excepción que no será necesaria en tanto y en cuanto se respete esa obligatoriedad.

A continuación, se analizará entonces cuál es la función de la cámara de apelaciones en el organigrama judicial argentino y cómo lo lleva a cabo: su composición, organización, estructura, funcionamiento, autoridades y competencia.

i. El recurso de apelación

Las cámaras de apelaciones tienen como principal función el tratamiento y la resolución de los recursos de apelación interpuestos por las partes de un proceso²⁵⁰. No obstante, la relación entre apelación y colegiación no es necesaria, sino contingente: puede haber apelación ante un órgano unipersonal, siempre que así la ley lo disponga. Palacio menciona un ejemplo de nuestro ordenamiento procesal en el que la apelación se daba ante un único juez: es el caso de las sentencias dictadas por los jueces de paz legos, las que eran recurribles ante jueces letrados de primera instancia²⁵¹. Está claro, no obstante, que es la excepción y que la colegialidad es preferida, por las razones que se brindaron más arriba.

El recurso de apelación es un medio por el cual una controversia jurídica ya resuelta por uno o más magistrados es revisada —de acuerdo con determinados parámetros y limitaciones— por un nuevo tribunal (sea unipersonal, sea colegiado). Es “el remedio procesal tendiente a hacer efectivo el doble examen de la causa”; el recurso no habilita un nuevo proceso —con todas las diligencias probatorias y etapas características de la primera instancia—, sino que es una revisión de lo ya decidido²⁵².

La *appellatio*, como tal, no existió siempre. En la primera etapa del proceso civil romano, la del *ordo iudiciorum privatorum*, no había recursos contra las sentencias²⁵³. Recién con el sistema extraordinario o de la *extraordinaria cognitio* aparecería la posibilidad de impugnar la sentencia mediante la *appellatio*²⁵⁴. Paralelamente, en el proceso germánico la sentencia era inapelable, y si alguna de las partes la rechazaba, la discrepancia se resolvía mediante un duelo (*Zweikamp*)²⁵⁵.

Si bien es lógico intuir que el recurso fue creado en beneficio del perjudicado por aquella primera sentencia dictada en la causa, con el fin de que otro órgano judicial pudiera subsanar los posibles errores que el primero pudo haber cometido, en realidad el origen del recurso fue como instrumento de centralización política:

A esa finalidad obedece tanto su aparición en el procedimiento extraordinario romano, en el cual se reconoce al Emperador, como titular originario de la jurisdicción, la

²⁵⁰ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal también conoce los recursos directos previstos expresamente en las leyes específicas.

²⁵¹ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1975, t. II, pág. 23.

²⁵² Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, 2ª edición, t. V, pág. 82.

²⁵³ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, 2ª edición, t. I, pág. 80.

²⁵⁴ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, 2ª edición, t. I, pág. 81.

²⁵⁵ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, 2ª edición, t. I, pág. 82.

potestad de rever en última instancia las causas sustanciadas en provincias, como su resurgimiento a raíz de la formación de las modernas nacionalidades europeas y de la consolidación del poder real, época en la cual la apelación constituye una afirmación de soberanía frente a los señores feudales²⁵⁶.

El recurso, entonces, encuentra sus orígenes en el Derecho Romano y en el Derecho Canónico, que fueron desarrollando modelos de sistemas de apelación y revisión más formales y centralizados²⁵⁷.

La esencia de este remedio procesal puede resumirse en los siguientes caracteres: i) garantiza la revisión, por un órgano judicial distinto, de lo que ha sido resuelto en una instancia inferior; ii) siempre que esa sentencia de primera instancia hubiera ocasionado un perjuicio; iii) por tratarse de un recurso ordinario, el tribunal de apelación tiene la misma amplitud de conocimiento en la causa que el órgano de primera instancia en tanto hubiera sido materia de agravio²⁵⁸; iv) las partes pueden manifestar sus argumentos ante el tribunal de segunda instancia; v) como resultado de la revisión el tribunal de segunda instancia emite una decisión fundada²⁵⁹.

Actualmente, el recurso de apelación se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículos 242-279), en donde se determinan los requisitos de procedencia y admisibilidad (monto apelable, formalidades en que debe ser efectuada la apelación, plazos). No corresponde aquí profundizar más sobre las particularidades que el recurso de apelación adopta en el ordenamiento procesal argentino, pues se han dejado claros los lineamientos que lo caracterizan, lo fundan y lo regulan. Es evidente entonces que, hoy en día, la finalidad actual del recurso es constituirse en una garantía de imparcialidad y objetividad.

ii. Reglamento interno. Naturaleza jurídica

En general, es la propia ley de creación de la cámara la que manda y faculta al tribunal a dictar ese reglamento interno del órgano judicial e incluso, a veces, lo somete a la aprobación de un tribunal superior jerárquico. Ejemplo de ello es el artículo 22 de la ley 4055, que establecía que

Las Cámaras Federales dictarán su reglamento interno y lo someterán a la aprobación de la Suprema Corte.

²⁵⁶ Palacio, Lino Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, 2ª edición, t. I, pág. 82.

²⁵⁷ Martineau, Robert J., *Modern Appellate Practice. Federal and States Civil Appeals*, Bancroft-Whitney Co., San Francisco, 1983, pág. 3.

²⁵⁸ Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, tomo II, 1968, pág. 730; Fassi, Santiago y Yáñez, César, *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 1989, pág. 252.

²⁵⁹ Se trata de un “recurso positivo” que, como tal, exige que se dicte sentencia efectivamente resolviendo la cuestión apelada y no es posible simplemente dejar sin efecto la sentencia apelada y dispone el reenvío al órgano de primera instancia para que dicte una nueva sentencia. Cfr. Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993, págs. 366-367.

Esta exigencia coloca al reglamento en la categoría de “actos sujetos a aprobación”. Este tipo de actos ha sido definido como un acto administrativo válido porque ha nacido conforme al ordenamiento jurídico vigente, siendo emitido —contrariamente a lo que acontece con el acto “ad referéndum”— por el funcionario con competencia para dictarlo; la posterior aprobación —que es una de las formas a través de las cuales se ejerce el control administrativo preventivo— sólo le confiere eficacia a ese acto válido anterior²⁶⁰. La aprobación de ese acto es declarativa, produciendo efectos retroactivos a la fecha del acto originario²⁶¹.

No hay una disposición similar a la de la ley 4055 en el decreto-ley 1258/85, ni tampoco en la ley 21628, que crea concretamente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Sin embargo, el decreto-ley reenvía en diversas circunstancias al reglamento, dando por supuesto que este será dictado.

La denominación, “reglamento”, proviene del hecho de que se trata de “una manifestación de voluntad de órganos administrativos, creadora de status generales, impersonales y objetivos”²⁶². Este reglamento lleva la forma de una acordada dictada por la propia cámara, en ejercicio de la función legislativa que tiene a su cargo.

En lo que hace a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la estructura de su reglamento interno es la siguiente:

Capítulo I: Cámara – Integración

Capítulo II: Autoridades. Designación

Capítulo III: Presidencia

Capítulo IV: Junta de Superintendencia

Capítulo V: Acuerdos plenarios en materia de superintendencia

Capítulo VI: Salas

Capítulo VII: Secretaría General

²⁶⁰ Cfr. Heredia, Horacio, *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1942, págs. 74 y 75; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1966, pág. 646, n° 230; Sayagués Laso, Enrique; Martins, Daniel H., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pág. 417.

²⁶¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *El Principado S.A. c/ E.N. – M° de Defensa – s/ contrato administrativo*, causa n.° 36.038/96, sentencia del 7-10-1998; Procuración del Tesoro, Dictámenes T. 52, pág. 521.

²⁶² “Si bien el reglamento stricto sensu proviene comúnmente del Poder Ejecutivo, en los ordenamientos jurídicos en general, y en el nuestro en particular, se admite que el reglamento provenga de otros órganos, verbigracia del Legislativo o del Judicial (ver Constitución Nacional, artículos 66 y 113). Aun en estos últimos supuestos se tratará de un reglamento “administrativo”, pues [...] la función administrativa es considerada en su aspecto substancial, material u objetivo, vale decir teniendo en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad”. Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 5ª ed., 2000, t. I, pág. 112.

Para comprender el contenido de todas aquellas cuestiones tratadas en el reglamento interno es preciso efectuar una breve distinción entre la función jurisdiccional y las funciones legislativa y administrativa de la cámara²⁶³. Esta distinción es importante, pues los actos dictados en ejercicio de una u otra función tendrán su propio régimen jurídico y quedarán sujetos a principios diversos.

La actividad propia de las cámaras de apelaciones, en cuanto órganos del poder judicial, es la función judicial o jurisdiccional, relacionada con la resolución de controversias o conflictos jurídicos entre partes mediante actos típicos denominados sentencias. Lo típico de la actividad judicial es que se desarrolla en un proceso y regula la discusión de dos litigantes ante una autoridad imparcial²⁶⁴.

Sin embargo, junto a esta función específica y materialmente propia del poder judicial, las cámaras desarrollan también las otras funciones del Estado: la legislativa y la administrativa²⁶⁵. Un acto típico del ejercicio de la función legislativa por parte de la cámara es, precisamente, el dictado de su reglamento interno. Actos típicos del ejercicio de la función administrativa son, por ejemplo, el nombramiento o remoción de empleados, la aplicación de sanciones, la compra de muebles y útiles, etcétera.

iii. Salas

La distribución del trabajo y otras cuestiones administrativas dentro de una determinada instancia judicial es una de las materias fundamentales que suelen ser reguladas por los reglamentos internos del tribunal. Esa distribución puede organizarse en diversas modalidades:

- a) la creación de dos o más cámaras con idéntica competencia
- b) la creación de una única cámara dividida en salas.

A su vez, la distribución del trabajo entre las distintas cámaras —en la hipótesis a)— o entre las distintas salas —en la hipótesis b)—, admite dos sistemas diferentes: i) el sistema de turnos y ii) el sistema aleatorio de sorteo.

En lo que hace a las cámaras federales de apelaciones de Argentina, las salas distribuyen su labor mediante un sistema de sorteo informático que garantiza que todas reciban una cantidad proporcional de causas²⁶⁶. En el momento en que el litigante se presenta con su escrito inicial ante el tribunal, cualquiera de las salas que integran la cámara es

²⁶³ Esta dualidad de materia jurisdiccional, por un lado, y materia administrativa, por el otro, se ve reflejada en el propio reglamento, que prevé la convocatoria a plenarios de una y otra índole (artículo 10° inciso 5°).

²⁶⁴ “La revisión (pero no tanto) de los actos administrativos del Poder Judicial”, *Rev. Derecho Administrativo*, n.° 5, sept.-dic. 1993, n.° 14, pág. 499.

²⁶⁵ En tal sentido, Balbín ha puesto de relieve que “Cada uno de los poderes del estado ejerce también materias ajenas o extrañas, esto es, materias de los otros poderes en los siguientes casos: Potestades ajenas y concurrentes, es decir aquellas que sean necesarias para el ejercicio de las potestades materialmente propias. Por ejemplo, el ejercicio de potestades materialmente administrativas por los Poderes Legislativo o Judicial.” Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I., pág. 65.

²⁶⁶ Los artículos 6° y 7° del Reglamento para la Asignación de Causas en la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo así lo establecen. Cuando el sistema informático fallare, se prevé la asignación por bolillero. Se volverá sobre estos artículos más adelante, en referencia específica a la CNACAF.

potencialmente competente para conocer en dicho asunto. Mediante el sorteo que se realiza ante la Secretaría General, se desinsacula a una de las salas, y esa sala es la que poseerá, a partir de allí, competencia para decidir el caso en nombre de la cámara. Las demás salas ostentarán una suerte de “incompetencia de turno”²⁶⁷.

Ese último es el sistema que consagra la ley 13998 y todas las que le siguieron. Curiosamente, dicha ley no disponía que la cámara se estructurase en salas obligatoriamente, sino que lo concibe como una suerte de “facultad”. En efecto, su artículo 25 establecía que “Las cámaras nacionales de apelaciones podrán dividirse en salas de tres miembros cuando estén integradas por número suficiente de jueces.”

En cambio, el decreto 1258/85 asumió otra redacción. En su artículo 25, dispone: “Las cámaras nacionales de apelaciones se dividirán en salas. Designarán su presidente y uno o más vicepresidentes, que distribuirán sus funciones en la forma que lo determinen las reglamentaciones que se dicten”. En línea con esto, la ley 21628, dispuso, en su artículo 3°, que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que estaba creando estaría integrada por seis jueces y actuaría dividida en dos salas de tres miembros cada una.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las salas y la relación entre ellas y la cámara, debe quedar claro, en primer lugar, que no se trata de un órgano judicial distinto de la cámara, sino que, por el contrario, es una subdivisión de esa cámara, inspirada en la necesidad de distribuir el trabajo, que emite sentencias a su nombre y representación. Tanto el análisis histórico como el realizado aquí respecto de la colegiación y el efectuado en el capítulo referido a los fallos plenarios acerca de la contradicción, dejan en claro que la existencia de salas dentro de una única cámara se debe únicamente a la necesidad de distribuir el trabajo. Por ello, en aquellas jurisdicciones donde la cantidad de trabajo no lo amerita, el tribunal no se encuentra dividido en salas (v.gr. Mar del Plata, Paraná, General Roca).

La normativa también es clara al respecto. El artículo 3° de la ley 21628 establece “Créase la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, que estará integrada por seis (6) jueces y actuará dividida en dos (2) salas de tres (3) miembros cada una”. Basta analizar literalmente su texto para comprender que los seis jueces (que luego, por diversas normas, se extendieron a quince), forman parte, ante todo y en primer lugar, de la cámara. Integran la cámara. Es la actuación de esa Cámara la que, luego, se dividirá, tal como dispone la norma.

De todos modos, es evidente que, aun en el caso de que se tratara de tribunales distintos, en tanto tienen a su cargo la resolución de controversias con la misma competencia material y personal, las reflexiones de esta tesis sobre el precedente serían igualmente aplicables (en

²⁶⁷ No existe unanimidad doctrinaria acerca de si es esta una verdadera incompetencia en razón del turno puesto que las salas contencioso-administrativo federales —que son las que nos ocupan— no se manejan por turnos como sí lo hacen otros fueros (por ejemplo, el fuero penal), sino, como se ha dicho, por sorteo informático. Pero sobre lo que no habría duda es que, una vez que sale sorteada una determinada sala, el conocimiento de dicho proceso por parte de otra sala sería una clara vulneración de las reglas de distribución de causas vigentes (sean estas legales o reglamentarias), que si no llegara a justificar la procedencia de una excepción de incompetencia (C1°CC, Tucumán, La Ley, t. 122, fallo N° 55.293; PALACIO, Lino E., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II, Bs. As., 1994, pág. 369), cuanto menos obligaría a la remisión del expediente a la sala a la que, por sorteo, le correspondería conocer.

efecto, los mecanismos de uniformidad fueron previstos por primera vez en nuestra legislación cuando existían distintas cámaras con igual competencia).

Esto, que parece claro cuando se estudia el origen histórico de las cámaras de apelaciones y, específicamente, el origen de la creación de las salas dentro de una cámara, ha sido, sin embargo, dejado de lado en la práctica. Prima entre los jueces de las salas una concepción según la cual la sala es un órgano judicial independiente. Tal concepción se manifiesta en la forma de resolver las controversias, en la subestimación del precedente de otras salas y en el lenguaje utilizado al dictar las decisiones judiciales. Todo ello ha quedado expuesto en el análisis jurisprudencial.

iv. Vocalías

Vocal, según el Diccionario de la Real Academia Española, es la “persona que tiene voz en un consejo, una congregación o junta...”²⁶⁸. El término proviene del vocablo “voz” y es utilizado en diversos ámbitos, además del jurídico.

En las cámaras de apelaciones, cada vocalía indica el “lugar” que ocupa cada uno de los magistrados en la estructura de las salas que conforman la cámara. Es una forma de individualizar a cada magistrado dentro de una sala.

En general, los reglamentos internos las designan en forma numérica y consecutiva de acuerdo con las salas que integran la cámara (vocalía 1, vocalía 2, vocalía 3). De este modo, se podrá indicar, por ejemplo, que la vocalía 1 de la sala III se encuentra vacante, o de licencia, más allá de cuál sea la persona física que concretamente sea o haya sido su titular. Esta identificación de vocalías dentro de cada sala permite regular, verbigracia, los turnos de vocalías durante ferias judiciales, el orden de votación o circulación de un expediente dentro de cada sala, y otras cuestiones que necesitan ser reguladas genéricamente, es decir, con independencia del nombre y apellido del magistrado que circunstancialmente forma parte de una de las salas de la cámara.

E. Composición, estructura y funcionamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF)

En el caso de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, el artículo 1° del Reglamento interno establece que dicha cámara está compuesta por cinco salas integradas por tres jueces cada una, y que estas salas se individualizarán con los números romanos I, II, III, IV y V.

El artículo 3° de la ley 12330 preveía que para juzgar en juicio ordinario “formará tribunal una de las salas, conforme al orden de turno...”. Concordantemente, el Reglamento para la Asignación de Causas en la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal²⁶⁹ utiliza el vocablo “tribunal” para referirse tanto a la Cámara como a las salas que la

²⁶⁸ <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=vocal>.

²⁶⁹ Acordada 7/94, del 10-8-1994.

componen. En efecto, en su texto puede visualizarse el término con mayúscula (artículo 8°²⁷⁰) y con minúscula (artículo 2°, incisos 2° y 4°, artículo 11).

El uso de la mayúscula para unos casos y de la minúscula para otros parecería indicar, conforme a las reglas ortográficas vigentes, que la primera vez se está haciendo referencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal como institución —mediante una mención anafórica precedida del artículo determinado—, mientras que la segunda, a las salas que la conforman —utilizando el término “tribunal” como nombre común²⁷¹—.

Esta doble denominación se observa también en la jurisprudencia de la Cámara: los jueces aluden indistintamente a la cámara y a la sala como “tribunal”. Sin embargo, a diferencia del uso que parece atribuirle la normativa, la práctica jurisprudencial de la CNACAF demuestra que subyace, en los jueces, una cierta concepción —errada— de que cada sala es un tribunal independiente de la cámara. Esto, que ya ha sido mencionado en la sección anterior, será analizado concretamente en relación con esta cámara en el capítulo referido a la jurisprudencia recabada en el trabajo de campo.

Otras normativas utilizan el término “tribunal en pleno” o “tribunal plenario” para indicar la reunión de todos los magistrados que integran las distintas salas que conforman la cámara. En esa línea, mientras que las decisiones judiciales de las salas son *sentencias*, lisa y llanamente, las del tribunal plenario, son *fallos plenarios*. Unas y otros tienen distintos efectos jurídicos.

La participación de una u otra sala en el conocimiento de una controversia jurídica determinada está regulada, precisamente, en el Reglamento de Asignación de Causas²⁷² mencionado que, al igual que el Reglamento Interno, constituye una acordada dictada por la Cámara en ejercicio de la función legislativa que tiene a su cargo. Por medio de dicha

²⁷⁰ Este artículo (cfr. Acordada 8/01) establece que “... la asignación a una Sala del *Tribunal* o a un Juzgado de Primera Instancia determinará la radicación respectiva de las restantes causas en el mismo *tribunal*, sin dar lugar a compensación.” (El destacado no pertenece al original). Como se puede ver, el texto transcrito tiene la riqueza de incorporar el término tanto con mayúscula como con minúscula, con el aparente fin de indicar realidades distintas (en el primer caso, en referencia a la Cámara, en el segundo, en referencia a las salas).

²⁷¹ La *Ortografía de la lengua española* prescribe que “Se escriben con mayúscula inicial todas las palabras significativas que componen la denominación completa de entidades, instituciones, organismos, departamentos o divisiones administrativas, unidades militares, partidos políticos, organizaciones, asociaciones [...]”. Real Academia Española, *Ortografía de la lengua española*, 1ª ed., Buenos Aires, Espasa, 2011, pág. 483. A su vez, en referencia a las menciones anafóricas indica que “Los nombres comunes que se utilizan para referirse anafóricamente a instituciones o a entidades que se han citado con anterioridad no deben escribirse con inicial mayúscula, aunque coincidan con el sustantivo genérico incluido en la denominación completa: *El programa fue diseñado por el Departamento de Lingüística Computacional. Este departamento se creó hace varios años* [...] No obstante, si el sustantivo genérico se emplea precedido simplemente del artículo determinado (*el, la*), puede escribirse con mayúscula inicial [...]”. Real Academia Española, *Ortografía de la lengua española*, 1ª ed., Buenos Aires, Espasa, 2011, pág. 484. Por último, respecto a las entidades con mayúscula colectiva o institucional, la regla es que “Existe un grupo de sustantivos que, junto a sus usos como nombres comunes, cuentan con acepciones en las que designan entidades, organismos o instituciones. Cuando se emplean con este valor, se escriben con mayúscula inicial [...] Cuando estos mismos sustantivos no designan la institución, sino que se emplean como nombres comunes, se escriben siempre con minúscula.” Real Academia Española, *Ortografía de la lengua española*, 1ª ed., Buenos Aires, Espasa, 2011, págs. 484-485.

²⁷² Acordada 7/94, dictada el 10 de agosto de 1994.

acordada se establece que, presentada una causa ante la Cámara, la desinsaculación de la sala que decidirá se producirá mediante sorteo informático —o, en su defecto, mediante bolillero—²⁷³ cuyo efecto jurídico principal es dar lugar a la *radicación* de la causa (artículo 7°).

i. Autoridades

En base a la organización interna descrita, deben distinguirse las autoridades de la cámara de las autoridades de las salas, así como sus funciones. Estas cuestiones también son reguladas por los reglamentos internos de los órganos judiciales. Así, de acuerdo con el artículo 3° del Reglamento interno de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, las autoridades de dicha cámara serán:

- a) el Presidente
- b) el Vicepresidente primero
- c) el Vicepresidente segundo

El Presidente de la Cámara es elegido entre los jueces que la integran. Representa al tribunal ante cualquier persona física o jurídica, incluso ante la Corte Suprema y los demás poderes del Estado²⁷⁴.

De este modo, la cámara en tanto tribunal es un órgano del poder judicial, representado por su presidente, por medio del cual se dan sus relaciones para con otras personas u órganos. Las salas, en cambio, no pueden entablar relaciones jurídicas con otras personas de derecho por sí mismas, sino que deben hacerlo por medio de la presidencia de la Cámara. Esto asienta la idea de que la existencia de salas responde a una distribución administrativa del trabajo entre pequeños tribunales colegiados dentro de un gran tribunal.

Por otra parte, del reglamento interno se desprende que una sala no tiene autoridad sobre la otra, sino que es la cámara en su conjunto —y el Tribunal o Junta de Superintendencia, en su caso— la que tiene autoridad sobre las salas que la integran. La autoridad a la que alude el reglamento es la autoridad administrativa.

La autoridad de cada sala será el Presidente de la sala. Se trata de cargos electivos, cuyo modo de designación también es regulado por el reglamento interno (artículos 4° y 5°).

El órgano encargado de la función administrativa de la cámara en general es —en todo aquello no exclusivamente atribuido al Presidente de la cámara— la Junta de Superintendencia, formada por el Presidente de cámara (o, en caso de ausencia o

²⁷³ Artículo 6°: “La asignación de la causa al Juzgado o sala que deba intervenir será efectuada a través del sistema informático —de conformidad al programa elaborado a tales fines, con la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en función de la clasificación por códigos y objetos del Anexo IV, la que tiene por finalidad la asignación a todos los juzgados y salas de idéntico número de causas de análoga complejidad. Cuando el sistema informático saliere de servicio, la asignación se efectuará por sorteo, mediante bolillero, y el resultado se hará constar en el formulario para ingreso de causas por medio de un sello...”

²⁷⁴ Cfr. artículo 10°, inciso 4°, del reglamento de la CNACAF.

impedimento, el Vicepresidente primero o segundo) —quien representa a su vez a la sala a la cual pertenece— y un vocal por cada una de las otras salas (artículo 11).

F. Conclusiones parciales

A lo largo de este capítulo se ha examinado cómo y por qué surgen, en la historia de la justicia federal argentina, las cámaras de apelaciones. Esto facilitó la comprensión del rol que desempeñan en el organigrama judicial, y permitió visualizar la conexión del sistema de justicia federal argentino con el estadounidense. Asimismo, se analizó la evolución histórica de las cámaras a través del cambio de normas procesales, hasta alcanzar la composición actual, y se realizaron explícitas referencias, cuando fue oportuno, a la cámara que se ha tomado como muestrario de análisis en esta tesis.

Se consideró necesario explicar también cómo surge el sistema de división de tareas a partir de la creación de salas dentro de un tribunal, así como la relación entre las salas y la cámara que ellas integran. Para esto, se partió del análisis del órgano judicial en cuanto tal, y de los conceptos de órgano judicial unipersonal y colegiado, pues el funcionamiento de las cámaras de apelaciones y la modalidad de toma de decisiones que en ella tiene lugar solo puede comprenderse a partir de la idea de colegialidad.

Se concluyó que la adopción del sistema de división del tribunal a través de la creación de salas dentro de una misma cámara responde a la necesidad histórica de dividir las tareas y de distribuir las causas de un modo equitativo. Esto excluye que las salas sean tribunales en sí mismos, distintos e independientes de la cámara a la que pertenecen. El olvido de esta realidad es una de las causas por las que los mecanismos que el legislador ha previsto para evitar las contradicciones en las cámaras y uniformar la jurisprudencia (la facultad de autoconvocarse, el recurso de inaplicabilidad de ley y los fallos plenarios) han fracasado. Pues si las salas recordasen que son parte de un todo, representantes en cada caso concreto en que han salido sorteadas de la cámara a la que pertenecen, entonces la actitud en torno a la uniformidad de la jurisprudencia probablemente habría sido otra.

Esta es la concepción aún vigente en las cámaras de apelaciones estadounidenses, cuya historia y modalidad de funcionamiento es casi idéntica a la nuestra, como se verá en el capítulo III. En efecto, allí los propios jueces reconocen que estar al tanto de las decisiones de paneles al que el juez no pertenece es una gran labor —sobre todo para un juez que seguramente estará muy ocupado— pero que, si la cámara quiere mantener, como institución — como órgano judicial— una actitud unificada en aquellos asuntos en los que los jueces no están de acuerdo, es imperativo que cada juez esté familiarizado con los precedentes que dictan los paneles a los que no pertenece. De allí que, para los jueces, leer todas las sentencias de la cámara está dentro de sus deberes regulares²⁷⁵.

²⁷⁵ Letter from Ninth Circuit Judge Hamley. 236. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* 317 (1960); 235. *Western Pac. R.R. Corp. v. Western Pac. R.R.*, 197 F.2d 994, 1015 (9th Cir. 1951), vacated, 345 U.S. 247 (1953); Lamar, A., “En banc...”, pág. 728. Llewellyn, K., *The Common Law Tradition...*, pág. 239. Interview with Ninth Circuit Judge Hamley.

Aquella “actitud institucional” es la que las cámaras de apelaciones deben recuperar y ello podría lograrse con la incorporación del deber de informarse de la jurisprudencia de las demás salas, de tener reuniones periódicas y de seguir el precedente de sus pares. Esto daría lugar a sentencias con mejores fundamentos, a una mejora de la opinión pública sobre la legitimidad, la integridad y la imparcialidad del poder judicial y, a largo plazo, significaría una reducción del tiempo y del trabajo, pues una vez que quedase claro el pensamiento de la cámara como institución respecto de los asuntos más controversiales que tienen en sus manos, se evitarían muchos recursos que son estimulados por la propia contradicción entre las salas.

Por último, el estudio realizado en este capítulo permite concluir que aun si permaneciera la antigua división de la instancia de apelación en cámaras, eso no habilitaría que dos cámaras con igual competencia material, personal y territorial dictaran sentencias en sentido contradictorio. El análisis del surgimiento de los fallos plenarios en la historia del poder judicial argentino corroborará lo dicho, pues demostrará que estos surgieron para unificar la jurisprudencia de cámaras distintas ante la intolerabilidad de contradicciones entre ellas.

CAPÍTULO III

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY Y FALLOS PLENARIOS: SU RELACIÓN CON LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE HORIZONTAL

El estudio de los fallos plenarios y de los procedimientos que lo originan (el recurso de inaplicabilidad de ley o la autoconvocatoria de la cámara) resulta insoslayable en una tesis que tiene por objeto el análisis de la obligatoriedad del precedente en las cámaras de apelaciones argentinas. Estos mecanismos, creados con el objeto de garantizar la uniformidad de la jurisprudencia en las cámaras de apelaciones plantean un interrogante inicial: si existen como consecuencia de un deber previo de seguir el precedente horizontal o si, por el contrario, su existencia no se relaciona con la obligatoriedad del precedente horizontal (o, incluso, la descarta).

Es preciso destacar, antes de adentrarse en el análisis de aquellas cuestiones, que la situación jurídica actual del recurso de inaplicabilidad y de los fallos plenarios es de transición e incierta, toda vez que: (i) la ley 26853 ha derogado los artículos del Código Procesal que los regulaban y creado el recurso de casación; (ii) se prevé una reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; (iii) existe un proyecto de ley que propone derogar la ley 26853 y retornar al régimen de los fallos plenarios. Todo ello será analizado en la sección 5 de este capítulo.

No obstante, el análisis de estos institutos sigue siendo imprescindible a los fines de esta tesis, por cuanto ha sido el régimen vigente por décadas y posee una influencia protagónica no solo en las conclusiones que puedan obtenerse sobre la existencia de obligatoriedad horizontal en las cámaras de apelaciones, sino también en la delimitación y análisis de cualquier nuevo régimen que pretenda sustituirlos.

Para esclarecer la relación entre la existencia de fallos plenarios en nuestra legislación procesal y la doctrina del precedente horizontal en las cámaras de apelaciones, a lo largo del siguiente capítulo se estudiará el origen de los plenarios y del recurso de inaplicabilidad de ley en nuestro ordenamiento jurídico (sección V.III) y su funcionamiento a partir de su incorporación al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (sección V.IV). Asimismo, se comparará estos institutos con aquellos que regulan la obligatoriedad horizontal del precedente en Estados Unidos, sistema en el que, efectivamente, estos mecanismos existen como complemento de una doctrina del precedente horizontal obligatorio. Con este último objetivo, se examinarán la doctrina del “derecho del circuito” y el procedimiento *en banc* (sección V.VI).

1. LA CONTRADICCIÓN EN TRIBUNALES COLEGIADOS

Si bien la diferencia entre las dos interpretaciones que justificarían la existencia de los plenarios en el ordenamiento jurídico argentino es muy importante —pues implica el reconocimiento o no de fuerza obligatoria a lo que cada sala hubiera decidido con anterioridad— ambas coinciden en que los institutos del recurso de inaplicabilidad y los fallos plenarios tienden a evitar la contradicción entre salas de un mismo tribunal. A continuación, se analizará entonces la naturaleza de esa contradicción en tribunales colegiados como las cámaras federales de apelaciones, con el fin de comprender y analizar la naturaleza de los fallos plenarios como mecanismos de resolución de esa contradicción.

Las cámaras federales de apelaciones argentinas son tribunales colegiados, es decir, compuesto de dos o más jueces (en el caso de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por quince jueces)²⁷⁶, que —de acuerdo con las normas de su creación— organizan su trabajo a través de la conformación de salas (en el caso, cinco salas de tres jueces cada una)²⁷⁷. De este modo, cuando una causa ingresa al sistema judicial para ser resuelta por la cámara, se sortea una de aquellas salas, que será la que dictará sentencia *a nombre y en representación* de todo el tribunal, poniendo fin a la controversia planteada. Así es que la sentencia que emana de la sala insaculada es atribuida directamente a la cámara.

Esto es así por las dificultades que traería que los quince jueces se reunieran y sentenciaran todas y cada una de las numerosas causas que ingresan diariamente. Porque, además, el hecho de que la cámara esté compuesta por quince jueces responde precisamente a la posibilidad de que esos jueces se dividan el trabajo en busca de celeridad en los procesos y eficacia en la justicia; si bastaran tres jueces para atender todas las causas, la cámara estaría conformada

²⁷⁶ En relación con esto, véase el capítulo II, sección 3.

²⁷⁷ No todas las cámaras federales de apelaciones se encuentran divididas en salas, pero, en general, aquellas que se encuentran en grandes ciudades o que tienen mayor cantidad de litigios, lo están. Para identificar aquellas que están integradas únicamente por tres jueces, véase la sección 2 del capítulo IV.

por una única sala de tres jueces, y no por quince. La historia de creación y ampliación de las cámaras da cuenta de ello²⁷⁸.

Es posible advertir, entonces, que las salas que integran la CNACAF no se forman sobre la base de la especialidad de los jueces en ciertas materias —como sí sucede en otros casos²⁷⁹—, sino en función de la necesidad de organización y división del trabajo. Esta distinción es importante porque, en el caso de que las salas sí estuvieran divididas por especialidad, a simple vista la existencia de plenarios podría no ser tan imprescindible: la opinión de cada sala en temas relativos a su especialidad debería primar sobre las de las demás, como lógica consecuencia de que los jueces especialistas en un tema son quienes están en mejor situación para evaluarlo²⁸⁰.

La división de las cámaras federales de apelaciones argentinas en salas responde, pues, a la división y organización del trabajo dentro del mismo tribunal. Esto evidencia que, cuando una de las salas dicta una sentencia, lo hace en representación de la cámara a la que pertenece y, por ende, esa decisión es atribuida a la cámara en su totalidad y no a los tres jueces que, circunstancialmente, salieron sorteados para resolverla²⁸¹.

Si bien los restantes doce jueces que no han salido sorteados para el conocimiento de una causa, en circunstancias normales, jamás la conocerán, basta que tres (o dos) jueces que

²⁷⁸ Sobre el particular, véase el capítulo II, sección 2.

²⁷⁹ Como es, por ejemplo, el del Tribunal Supremo de España, que se divide en la Sala Primera, de lo Civil, la Sala Segunda, de lo Penal, la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, la Sala Cuarta, de lo Social, la Sala Quinta, de lo Militar (todas estas, Salas Ordinarias) y el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, la Sala de Conflictos de Jurisdicción, la Sala de Conflictos de Competencia y la Sala Especial del artículo 61 LOPJ (todas ellas, Salas Especiales). Cfr. <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Informacion-institucional/Como-funciona-el-TS-/>, última visita el 21-4-2016. También están divididas por especialidad la England and Wales Court of Appeal (que se estructura en una *Civil Division* y una *Criminal Division*) y las High Courts. Un ejemplo nacional es el del antiguo Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires: se dividía en dos salas, una en lo civil y otra en lo criminal. Dos sentencias conformes hacían cosa juzgada, pero si una de las salas revocaba la sentencia de primera instancia, se podía recurrir a la otra, quien sí dictaba sentencia definitiva. Cfr. Levaggi, Abelardo, “La codificación en el procedimiento civil en la Argentina”, *Revista chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile, 1984, pág. 216. En la actualidad, algunos tribunales superiores provinciales conservan la división en salas por especialidad. Es el caso del Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, dividido en cinco salas de tres miembros cada una (Penal, Civil y Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, Electoral y de Competencia Originaria).

²⁸⁰ En este sentido, en el caso del Tribunal Supremo español, el plenario no está previsto para el Tribunal en su totalidad, sino para los magistrados que forman parte de cada Sala. Cfr. Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 197 y el Acuerdo de 23 de diciembre de 2014 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 19 de noviembre de 2014, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2015” (texto accesible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-163#top, última visita el 21-4-2016). Dicho Acuerdo prevé la reunión en pleno de la Sala Primera, Tercera y de la Quinta. La Sala Segunda, por su parte, ha adquirido la práctica de celebrar Juntas Generales para unificar criterio. Cfr. con Couso, J.; Mera, J., “El rol uniformador...”, págs. 157-158.

²⁸¹ Esto también es así en Estados Unidos: la decisión de los paneles es atribuida a la cámara de apelaciones. Cfr. Con Lamar, A., “En Banc Hearings... (Part I)”, págs. 563-564.

integren una sala dicten sentencia, para que se considere que la cámara se ha expedido sobre el asunto.

Así es que la sentencia de la cámara es dictada por tres jueces, que deben ponerse de acuerdo sobre la decisión que resolverá esa controversia concreta. La posibilidad de desacuerdo entre esos tres jueces, sin duda, existe. Siempre que dos o más personas deben tomar una decisión, hay posibilidades de que no se pongan de acuerdo acerca de qué decisión tomar: es improbable que todos los seres humanos que ocupan el cargo de juez piensen exactamente lo mismo en todas las controversias que deben resolver. Por eso es que, en general, en órganos colegiados, las decisiones unánimes no abundan, y es esperable que así sea²⁸². Es por eso también que, en los órganos colegiados argentinos, no se ha adoptado la unanimidad real ni la unanimidad ficticia como modo de toma de decisiones.

En un sistema de unanimidad real los miembros deliberan hasta que llegan a una solución en la que todos estén de acuerdo con convencimiento de que esa es la solución correcta. La exigencia normativa de esta situación sería algo absurda, a sabiendas de que en muchos casos ese convencimiento podría no alcanzarse jamás.

La unanimidad ficticia o forzada, por su parte, es aquella en la que la opinión de los miembros en desacuerdo directamente se omite y se emite en cambio un solo voto firmado por todos, que es en realidad (puertas adentro del tribunal) el voto de la mayoría²⁸³. En estos casos se desconoce la autoría individual de lo decidido y se atribuye directamente la sentencia al tribunal²⁸⁴. Este sigue siendo el sistema vigente en Francia y en Italia, donde no se admiten opiniones concurrentes ni disidencias ni se revela la autoría de la decisión judicial²⁸⁵. Otros ejemplos de Europa continental con sistemas de unanimidad forzada o ficticia son Grecia,

²⁸² Dice Finnis, al respecto, que “no hay necesidad de insistir en que la unanimidad sobre la solución deseable a un problema de coordinación específico no puede lograrse en la práctica en ninguna comunidad con un bien común complejo y con miembros inteligentes.” Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000 (traducción de *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, a cargo de C. Orrego), pág. 262.

²⁸³ Una variante se presenta cuando un magistrado, notando que sus fundamentos no constituyen mayoría, y frente a dos opiniones contrapuestas de sus colegas, decide dejar de lado su íntimo convencimiento para adherir, de esas dos, a la opinión que le parece más deseable. Es lo que ha sucedido en la sentencia dictada por una cámara de apelaciones de la Provincia de Entre Ríos en el caso *Etchevehere* (cfr. Garay, A., *La Doctrina...*, pág. 184). Allí, la discrepancia de fundamentos ponía en riesgo la validez de la sentencia, pues no había mayoría respecto de los fundamentos, aunque sí respecto del resultado. Es por eso que el juez optó por exponer cuáles eran sus sinceros fundamentos, mas expresamente abandonarlos para adherir a los de su colega y dar lugar así a una mayoría que evitara la nulidad de la sentencia. No obstante, la Corte Suprema la dejó sin efecto, por considerar que la opinión de ese magistrado era contraria a su propio convencimiento. En esa decisión, la Corte está anulando no solo la unanimidad ficticia sino la mayoría ficticia. Cfr. CSJN, *Arturo R. Etchevehere y otro v. Gilberto Izaguirre*, Fallos 304:590, sentencia del 4 de mayo de 1982.

²⁸⁴ Legarre, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia...*, pág. 86.

²⁸⁵ Cfr. Summers, R., “Institutional...”, en MacCormick, D. N.; Summer, R., *Interpreting Precedents...*, pág. 451.

Dinamarca, Rusia, Bélgica, Luxemburgo y Holanda²⁸⁶. Este sistema regía también en la judicatura del antiguo régimen²⁸⁷.

Ahora bien, la colegialidad específica de las cámaras de apelaciones, que se traduce en subdivisiones de tres jueces trabajando a la par en causas diferentes, abre el escenario para diversos desacuerdos que pueden darse en el momento que una de sus salas debe resolver una causa:

(i) **En el caso concreto:** Puede suceder que los miembros de una misma sala no coincidan sobre cómo resolver una determinada controversia (esta es la situación de “disidencia” de puertas adentro, es decir, en el seno de una misma sala, entre los jueces que la componen).

(ii) **En relación con un precedente de la cámara:** Este escenario admite, a su vez, dos variantes.

a. Puede suceder que todos o algunos jueces de la sala “a” no coincidan con un precedente que esa misma sala “a” ha dictado en un caso similar anterior.

b. Puede suceder que los jueces de la sala “a” no coincidan con un precedente de los jueces de la sala “b” respecto de cómo debe resolverse determinada cuestión jurídica planteada en casos análogos (por ejemplo, que los jueces de la sala “a” piensen que debe aplicarse a ciertos intereses la tasa pasiva, y los de la sala “b” piensen que debe aplicarse la activa²⁸⁸).

La hipótesis (i), de desacuerdo entre los jueces que conforman una sala sobre la resolución del conflicto, se resuelve fácilmente mediante el procedimiento de toma de decisiones basado en la mayoría²⁸⁹. La toma de decisiones por mayoría constituye una de las posibles variantes de “la regla de autoridad”, que supone que las decisiones se adoptan en función de lo que

²⁸⁶ Cfr. Nadelmann, Kurt H., “The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 8, 1959, pág. 413.

²⁸⁷ “El fallo del tribunal debía ser (o al menos parecer) siempre unánime y la deliberación de la decisión en los tribunales debía por ello ser secreta, comprometiéndose sus integrantes a no revelar jamás su contenido ni la eventual diversidad de los votos. Una vez redactada la sentencia, ella debía ser firmada por todos, aun por los que no estuvieran conformes con el contenido de la decisión. Para el público sólo debía existir la apariencia de unanimidad, pues la justicia de la decisión no derivaba de la deliberación, del intercambio de razones [...] sino de la espontánea coincidencia de los jueces en una misma solución: la única solución, la verdad unánime, que funcionaba como reflejo de la unidad indivisible del poder real y alusión a la infalibilidad del juicio divino.”. Cfr. Accatino Scagliotti, Daniela, “La fundamentación de las sentencias. ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, en *Revista de Derecho*, vol. XV, 2003, págs. 18-19.

²⁸⁸ Con todos los posibles escenarios que esa hipótesis puede plantear (que los tres jueces de la sala II piensen igual y que los tres jueces de la sala III también estén de acuerdo entre sí o que dos de los jueces de la sala II piensen de un modo y otros dos de la III del modo contrario, y una matemática lista de variables).

²⁸⁹ Cfr. Legarre, S., *Obligatoriedad atenuada...*, capítulo II.

piensan la mayor parte de los miembros²⁹⁰. De tal modo, será decisión de la sala aquello que opine la mayoría, que, en una cámara “modelo” de tres jueces, siempre será de 2-1, más allá de que uno de los jueces —el disidente— no esté de acuerdo.

La hipótesis (ii.a), que representa el desacuerdo entre los jueces de una sala con un precedente de esa misma sala es visualizada como un cambio de jurisprudencia y, frente a ello, el ordenamiento procesal —y la interpretación que se le ha dado— no prevé ningún tipo de solución o recurso. Se volverá sobre el cambio de jurisprudencia en el capítulo VI.

La hipótesis (ii.b), es decir, aquellos casos en los que los jueces que integran una sala no están de acuerdo con el precedente de otra sala, exige una solución, pues si las subdivisiones del órgano judicial se contradicen entre sí al dictar sus sentencias, se produce el escándalo jurídico de la autocontradicción: la misma cámara estaría diciendo “sí” y “no” al mismo tiempo.

La aplicación del sistema de mayoría sobre las salas no es la mejor solución, pues ello implicaría que la cuestión sería resuelta definitivamente recién una vez que la mayoría de las salas estuvieran de acuerdo (por ejemplo, si son cinco salas, hasta que tres de ellas se pronuncien en igual sentido). Aquello no es deseable, en primer lugar, porque no garantiza que exista una real mayoría entre los jueces individualmente considerados²⁹¹ y, en segundo lugar, porque mientras tanto se estarían resolviendo casos concretos en sentido contradictorio. Sin embargo, esta es la solución que propicia el instituto del “plenario virtual” que contempla el Código Procesal Civil y Comercial argentino, sobre el cual se profundizará más adelante.

Por principio general, y más allá de la previsión procesal sobre el plenario virtual, que no es usualmente utilizado, la contradicción entre precedentes de distintas salas se resuelve en nuestro ordenamiento, aplicando el sistema de mayoría sobre la totalidad de los jueces que conforman la sala: para ello, se convoca a todos a una reunión (plenaria), con el fin de que se pongan de acuerdo sobre la cuestión controvertida y fijen la doctrina aplicable de allí en más. Una vez que están todos reunidos, se aplica la regla de la mayoría, y se decide en virtud de lo que piensa la mayor parte de los miembros de la cámara. El resultado de esa decisión es el fallo plenario.

²⁹⁰ Legarre, S., *Obligatoriedad atenuada...*, pág. 47. La otra variante de toma de decisiones es la regla de unanimidad, cuyas dificultades ya fueron mencionadas.

²⁹¹ Siguiendo con el ejemplo de cinco salas de tres jueces cada una, supongamos que *dos* de ellas votan unánimemente la doctrina X (la doctrina X cuenta con 6 votos) y las otras *tres* salas votan en mayoría (2-1) la doctrina Y (la doctrina Y cuenta con 6 votos). Así, la doctrina obligatoria sería la Y, pues cuenta con la mayoría de tres salas. Sin embargo, si todos los magistrados votaran individualmente, la doctrina obligatoria resultaría la X, puesto que a los 6 votos de las dos cámaras unánimes se sumarían los 3 votos de las disidencias en las restantes tres cámaras, llegando a un número de 9 votos. Este ejemplo es tomado de Falcón, en su crítica a los plenarios virtuales. Se volverá sobre ello más tarde.

En síntesis, el análisis del funcionamiento del instituto del fallo plenario demuestra que la contradicción es el gran problema que aquel viene a resolver. Si verdaderamente lo resuelve o si lo hace eficazmente, es algo que deberá ser abordado más adelante.

2. LA NATURALEZA DE LOS FALLOS PLENARIOS

Planteado el escenario de contradicción en el que se enmarca el fallo plenario, corresponde analizar su naturaleza y la relación que puede otorgarle el legislador con el reconocimiento de obligatoriedad al precedente horizontal.

Ya han sido planteadas introductoriamente las dos perspectivas desde las cuales se puede interpretar la existencia de los fallos plenarios y del recurso de inaplicabilidad en el ordenamiento jurídico argentino: o son paliativos frente al incumplimiento de un deber principal, que es el de seguir el precedente horizontal (este es el modo en que funcionan en las *courts of appeals* estadounidenses, como se verá) o son institutos que tienden a evitar una contradicción que es inevitable en un sistema que no reconoce la obligatoriedad horizontal del precedente en las cámaras de apelaciones, pero en el que se considera que ciertas contradicciones deben ser subsanadas de algún modo.

La primera hipótesis implicaría que, por ejemplo, el precedente de la sala “A” fuera vinculante para la sala “B”, de modo tal que cuando esta última pretendiera modificarlo debiera convocar a toda la cámara para hacerlo. Para ello existiría el plenario. A su vez, en el caso de que la sala “B” no respetara dicha obligatoriedad y, en lugar de convocar al pleno, abandonara por sí misma el precedente de la sala “A”, a través del dictado de una sentencia contraria a él, el recurso de inaplicabilidad serviría para restablecer esa obligatoriedad que fue inobservada o bien para reevaluar el precedente de la sala “A” y decidir, en pleno, cuál será el criterio vinculante.

En la segunda hipótesis, por el contrario, en tanto el precedente de una sala no sería obligatorio para las demás, el legislador se habría visto obligado a prever mecanismos tendientes a generar un precedente que sí fuera obligatorio en aquellas situaciones en las que la contradicción entre subgrupos de un mismo órgano fuera intolerable. En este escenario, los fallos plenarios serían un mero resultado de la división de la cámara en salas que funcionan en simultáneo, pero no abarcarían el reconocimiento de la obligatoriedad del precedente horizontal de cada sala.

A lo largo de esta sección, se analizarán en abstracto ambas hipótesis, para luego examinar cuál de ellas es aplicable al ordenamiento jurídico argentino.

A. El fallo plenario como complemento de la obligatoriedad reconocida al precedente horizontal

En esta hipótesis, el fallo plenario —y los mecanismos procesales para su dictado— son vistos como complementos de una doctrina del precedente horizontal obligatorio, que establecería la obligatoriedad del precedente de una sala para las demás salas que forman parte de esa cámara.

Desde este enfoque, el principio general sería que el precedente de la sala es obligatorio. Frente al caso de que una sala no hubiera cumplido con esa obligación de seguirlo o de que una sala quisiera dejar sin efecto aquel precedente obligatorio, aparecería el procedimiento plenario. En este escenario, el verdadero mecanismo para evitar la contradicción es el reconocimiento de obligatoriedad al precedente que emana de una sala. Como las demás salas están obligadas a seguirlo, la contradicción se evita. Se trata de un mecanismo *ex ante*, en donde el foco está puesto en anticiparse a la contradicción, más que a remediarla una vez que ha ocurrido.

En el caso de que ese reconocimiento de obligatoriedad al precedente horizontal fuera complementado con un mecanismo plenario que tienda a resolver la contradicción, si esta no hubiera sido evitada, la naturaleza de ese mecanismo podría admitir dos variantes:

(a) El plenario podría ser consagrado como “sanción” frente al “incumplimiento” de una sala: como la sala A (por seguir con el ejemplo) no respetó la obligatoriedad que el precedente de la sala B tenía, se da el derecho al particular —o bien, se reconoce la facultad de que cualquier sala que advierta esta “irregularidad”— solicite que se reúnan los quince jueces a definir la cuestión. De este modo, la cámara en pleno, al dejar sin efecto aquella sentencia emanada de una sala que contradujo una anterior de otra, estaría sancionando a la primera sala por no respetar la obligatoriedad horizontal del precedente. En esta hipótesis, se afirma que la sanción (convocar al fallo plenario, dejar sin efecto la sentencia contradictoria), es un complemento a la obligatoriedad del precedente, por cuanto la reflejaría, constituiría un indicio de su existencia²⁹².

(b) El plenario podría ser consagrado como mecanismo agravado para modificar un precedente que es obligatorio. En este supuesto, el precedente de una sala sería obligatorio

²⁹² “Si existe obligación jurídica de seguir los precedentes —como existe en *common law*— ello no se debe a que existen sanciones en caso de incumplimiento. Es más bien al revés: *porque* existe obligación jurídica de seguir los precedentes los tribunales superiores dejan sin efecto las decisiones inferiores que no los cumplen, sancionando así de alguna manera ese incumplimiento. La presencia de sanciones —el hecho de que los tribunales superiores en el *common law* sistemáticamente dejen sin efecto las sentencias que se apartan de los precedentes— es un signo, un indicio de que hay una obligación jurídica, de que el sistema jurídico dispone que haya que seguir los precedentes.” Legarre, S., *Obligatoriedad atenuada...*, pág. 31. Es importante dejar clara esta distinción que, como cita Legarre, es realizada por Hart y desarrollada por Raz y Finnis: la obligación jurídica no existe porque existe la sanción, sino que, por el contrario, la sanción existe como consecuencia de una obligación jurídica. Cfr. *ibidem*. Lo que sucede es que hay que distinguir aquí el orden del ser y el orden del conocer: la obligación jurídica no existe porque existe la sanción, pero la existencia de la sanción nos permite conocer, metodológicamente, la existencia de un deber u obligación jurídica. Es un indicio o demostración de su existencia.

y, como principio general, la sala debería seguirlo. Si considerara que el precedente debe modificarse —o si simplemente, de hecho, no lo siguiese— únicamente el tribunal en pleno podrá decidir si ese precedente se mantiene o se modifica. En otras palabras, la obligatoriedad de ese precedente exige que, para ser dejado sin efecto, la sala —o, en su defecto, el particular— inste un procedimiento ante el tribunal en pleno, con una mayoría agravada que sería reflejo de la estabilidad del precedente ya dictado.

Estas dos variantes no se excluyen: puede suceder que, en un determinado sistema jurídico en el que se reconoce la obligatoriedad del precedente de la sala, se prevea la realización de un plenario cuando alguna sala no estuviera de acuerdo con ese precedente y pretendiera modificarlo (*ex ante*) o cuando la sala no hubiera respetado esa obligatoriedad (*ex post*). Se analizarán brevemente estos supuestos.

i. Sanción frente a la inobservancia del precedente obligatorio

Se ha dicho que el dejar sin efecto una sentencia que se aparta de los precedentes es, en el *stare decisis*, una sanción que demuestra la obligación jurídica de seguirlos²⁹³. Ahora bien, frente a esto, cabe realizar una aclaración: utilizar el término “sanción” en referencia a la circunstancia de que un tribunal deje sin efecto la sentencia que no respeta un precedente merece ciertos reparos.

En primer lugar, concebir la revocación del fallo que no sigue un precedente obligatorio como una sanción es ajeno al espíritu de la doctrina del precedente en el *common law*. La razón de ser por la que, en aquella tradición jurídica, se deja sin efecto una sentencia que no respeta esa regla no es castigar, condenar o corregir al tribunal incumplidor, sino garantizar aquel respeto por el precedente que constituye fuente de derecho²⁹⁴. Por eso, quizás, resultaría más acertado referirse a ese “efecto” (de “dejar sin efecto”, valga la redundancia, la sentencia que se aparta del precedente) como una *consecuencia jurídica*. De ese modo, al hecho jurídico, o causa “órgano judicial se aparta de un precedente obligatorio”, se le asigna una consecuencia jurídica: “dicha sentencia es dejada sin efecto, anulada”.

El término sanción, en cambio, da la idea de reprobación personal al autor de la sentencia que se aparta del precedente. En este sentido, se ha dicho incluso que el sistema de precedentes no se apoya en el recurso a una sanción disciplinaria para quienes se apartan del precedente, sino en la nulidad o anulabilidad de los fallos que se apartan²⁹⁵.

²⁹³ Ver nota al pie n° 292.

²⁹⁴ Y, en contrapartida, la razón por la que los jueces siguen los precedentes no reside en que temen la imposición de una sanción, sino porque esa es la práctica que consideran correcta. Cfr. Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, pág. 21. Esa percepción no existe en los jueces de las cámaras federales de apelaciones argentinas.

²⁹⁵ Couso, J.; Mera, J., “El rol uniformador...”, pág. 165, nota al pie n.º 83.

Sin embargo, es curioso el dato de que en países pertenecientes a la tradición del *civil law* que han receptado algún tipo de obligatoriedad del precedente muchas veces se ha acompañado la revocación de la sentencia con una sanción disciplinaria a los jueces “rebeldes”. Es el caso de Chile, bajo la noción de “jurisdicción disciplinaria” a cargo de la Corte Suprema²⁹⁶. También en México se instauró el sistema de sanciones personales por la “Ley orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857”, de 1882, cuyo artículo 70 disponía: “La concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución ó contra su interpretación, fijada por la suprema corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida de empleo, y con prisión de seis meses á tres años, si el juez ha obrado dolosamente; y si solo ha procedido por falta de instrucción o descuido, quedará suspenso de sus funciones por un año”²⁹⁷.

En nuestro país, esto ha ocurrido en el caso “Santín Jacinto — Impuestos Internos” (Fallos 212:51 (1948)), en el que la Corte Suprema impuso una sanción de apercibimiento a los camaristas que conformaban la mayoría en el fallo que la Corte revocó. Para ello, afirmó que apartarse de su jurisprudencia sin controvertir sus fundamentos constituía un desconocimiento deliberado de su autoridad. La sanción fue apelada y confirmada por la Corte *in re* “García Rams, Horacio y otro” (Fallos, 212:251 (1948)). En el ámbito de las cámaras de apelaciones, por su parte, Aftalión, Vilanova y Raffo sostenían que el juez que se apartaba de la jurisprudencia obligatoria —como ser, un fallo plenario— se estaba apartando en realidad de la ley que consagraba dicha obligatoriedad y, por ende, podía ser enjuiciado por prevaricato, sujeto a un juicio político por mal desempeño de sus funciones o afrontar sanciones disciplinarias²⁹⁸.

No obstante, el hecho de que la revisión del precedente sea o no acompañada por una sanción no amerita que esa misma revisión se califique como sanción, pues implicaría correr el foco del verdadero espíritu que subyace a la obligatoriedad de un precedente y que no es sancionar a aquellos jueces que no lo respetan, sino garantizar seguridad jurídica, igualdad formal, certeza, economía judicial, y otros tantos valores del orden jurídico que ya se han mencionado.

Por lo demás, en el escenario sobre el que esta tesis trabaja, muchas veces es la propia sala la que, antes de fallar, y en el entendimiento de que existe una sentencia anterior que contradice lo que esa sala piensa, convoca a reunión plenaria para fijar la cuestión junto a todos los miembros del tribunal. Si se pensara en términos de sanción-incumplimiento, sería,

²⁹⁶ Couso, J.; Mera, J., “El rol uniformador...”, pág. 165.

²⁹⁷ Cfr. Dublán, Manuel; Lozano, José María, *Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Tomo XVI, Imprenta y Litografía de Eduardo Dublán, México, 1887. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/1.%201890-> (última consulta el 27-11-2017).

²⁹⁸ Cfr. Aftalión, Enrique R.; Vilanova, José; Raffo, Julio, *Introducción al Derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pág. 678.

en esos supuestos, la propia sala la que se estaría “autosancionando” por una conducta que aún ni ha siquiera cometido.

Hechas las debidas aclaraciones, se optará, no obstante, por conservar el término, pues resulta útil al estudio del fundamento de los plenarios, en tanto torna más fácil el contraste con el escenario (b) —según el cual los plenarios constituyen la vía para apartarse de un precedente que es obligatorio—.

En este contexto, en suma, la existencia del fallo plenario y de las vías procesales para acceder a él serían sanciones previstas por el legislador para aquellos casos en que una sala no respetase la obligatoriedad que tiene el precedente de otra sala.

ii. Procedimiento para la revisión del precedente obligatorio

En derecho comparado, muchas veces se adoptan mecanismos plenarios para uniformar jurisprudencia en órganos judiciales que cuentan con muchos jueces, paneles, salas o secciones²⁹⁹. Esto sucede tanto en ordenamientos de derecho continental como en ordenamientos propios del *common law*.

Aquellos mecanismos tienen como objetivo “centralizar” la práctica de dejar sin efecto un precedente o de modificarlo³⁰⁰. Tal es el caso de la obligación de someter al “pleno” (denominada en Alemania, “obligación de presentar” o *Vorlagepflicht*) la decisión de apartarse del precedente o de revocarlo o modificarlo, así como de la práctica (surgida por iniciativa judicial) del Tribunal Supremo español, cuya Sala Penal (compuesta de Secciones) celebra, desde 1997, unas Juntas Generales destinadas a unificar criterios jurisprudenciales en torno a cuestiones que surjan sobre interpretación de alguna ley penal nueva o que hayan sido resueltas con diverso criterio por distintas secciones³⁰¹.

En el derecho estadounidense, propio del *common law*, también es necesario reunirse en pleno (*en banc*) para dejar sin efecto el precedente de un panel, que es obligatorio por regla general, como oportunamente se verá. Lo mismo sucedía en la Cámara de los Loes del Reino Unido.

Desde esta perspectiva, la autoconvocatoria y el fallo plenario se conciben como un procedimiento específico y agravado, necesario para revisar y modificar un precedente obligatorio cuando este quiera ser dejado de lado por una sala o bien para resolver la contradicción generada por una sala que no ha respetado la obligatoriedad del precedente. La reunión plenaria y el consecuente fallo plenario tendrían como antecedente una doctrina del

²⁹⁹ Cfr. Taruffo, M., “Institutional Factors Influencing Precedents”, en MacCormick, D. N., Summers, R. S.; Goodhart, A. L., *Interpreting Precedents*, pág. 448.

³⁰⁰ Cfr. Couso, J.; Mera, J., “El rol uniformador...”, pág. 157.

³⁰¹ Cfr. Couso, J.; Mera, J., “El rol uniformador...”, págs. 157-158. Respecto de algunas de las restantes Salas, ya se mencionó la previsión normativa de que se reúnan en pleno para unificar criterio. Véase nota al pie n° 6.

precedente horizontal obligatorio: la sala no podría, por sí misma, dejar sin efecto su propio precedente o el de otra sala; para ello se exige la reunión y votación del pleno. Si a pesar de aquella obligatoriedad del precedente, la sala lo dejase sin efecto sin respetar aquella obligatoriedad, también el plenario sería el mecanismo para suplir esa contradicción y establecer cuál es el precedente que deben aplicar de allí en más todas las salas. Por su parte, el recurso de inaplicabilidad de ley, que tiene lugar cuando el precedente ya se ha desoído, sería la herramienta que tiene el particular para suplir ese incumplimiento de parte de la sala, quien, para apartarse del precedente, debió haber convocado al tribunal en pleno, único competente para hacerlo.

Para poder dilucidar cuál es la naturaleza y el funcionamiento del fallo plenario en el ordenamiento jurídico argentino, se vuelve necesario analizar su historia, qué motivos ha tenido el legislador al introducirlo, cómo se ha ido modificando su regulación y cómo ha sido aplicado e interpretado en la práctica. Este estudio debe abarcar también el análisis de los procedimientos que dan lugar al dictado de un fallo plenario: el recurso de inaplicabilidad y la facultad de autoconvocatoria. El análisis de los plenarios en la experiencia comparada servirá para brindar perspectivas concretas de la clasificación de la naturaleza que los mecanismos plenarios pueden tener y de su relación con la obligatoriedad del precedente horizontal. A todo esto se dedicará el resto de este capítulo.

B. EL FALLO PLENARIO DESLIGADO DE LA OBLIGATORIEDAD HORIZONTAL DEL PRECEDENTE

El otro contexto en que podría darse la existencia de un procedimiento plenario en un ordenamiento jurídico determinado es sin reconocer la obligatoriedad previa del precedente horizontal de cada sala respecto de las demás salas. Desde este enfoque, el principio general es que el precedente de cada sala no es obligatorio para las demás: estas, al resolver un caso análogo, pueden seguirlo o invocarlo, ignorarlo o dejarlo de lado. Excepcionalmente, se prevén mecanismos para resolver esa contradicción, en interés de los propios jueces o de las partes involucradas.

Es común que, con este punto de vista, se visualice al fallo plenario como una mera regla de coordinación interna del órgano, una regla administrativa o de superintendencia³⁰². Esto significa poner el enfoque en la uniformidad como metodología de trabajo y coordinación

³⁰² Entre quienes se enrolan en esta tesis se puede mencionar a Sartorio quien sostiene que: “La ley 7055 (...) no quiso ir más allá que resolver el problema de las sentencias contrarias de las cámaras entre sí o de cada una de ellas cuando estuvieren divididas en salas, y arbitró un temperamento fácil y lógico, *de orden interno para esos tribunales, casi diríamos, un modo administrativo o de superintendencia* (...) Estos fueron, a mi entender, los simples motivos de oportunidad y de necesidad que, buenamente, sin prestarse a dudas institucionales, inspiraron la ley 7055 (art. 6°), como la 12.327, del fuero penal (art. 5°), la 11.924 (art. 23), de la justicia de paz letrada, y la 12.948 (art. 17), del trabajo”. Sartorio, José C., “La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad”, en *La Ley* t. 96, pág. 801, sec. Doctrina. El destacado no pertenece al original.

entre personas y dejar en un segundo plano la importancia que la coordinación y la eliminación de la contradicción pudiera tener para los litigantes o para la sociedad en términos de igualdad, previsibilidad, seguridad jurídica y legitimidad del poder judicial.

Esta es la opinión que diversos procesalistas, entre los que se destaca Colombo, quien formó parte de la comisión redactora del Código Procesal mantienen sobre los fallos plenarios en Argentina³⁰³.

3. HISTORIA Y EVOLUCIÓN DE LOS FALLOS PLENARIOS Y DEL RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

A. El valor de la jurisprudencia en los albores de la Nación

A lo largo del siglo XVIII, con el impulso codificador y la cosmovisión jurídica positivista, la jurisprudencia no era reconocida como fuente de derecho y la función de los jueces era reducida a la más estricta y automática aplicación de la ley. Tal concepción era parte de la herencia histórica de la Revolución Francesa, una de las raíces más profundas de la tradición jurídica del *civil law*³⁰⁴: los revolucionarios franceses tenían absoluta desconfianza a los jueces, que habían sido grandes aliados de la monarquía y de la nobleza y, por tal motivo, intentaban limitar el poder judicial lo máximo posible³⁰⁵. Cobran sentido, en ese contexto, las palabras de Montesquieu al referirse a los jueces como la boca que debía pronunciar las palabras de la ley³⁰⁶.

El caso de Argentina siempre fue peculiar, pues si bien desde el principio su sistema jurídico se instituyó como un ordenamiento codificado, positivista y encuadrado en la tradición del *civil law*, mantuvo asimismo una concepción del poder judicial que realizaba su

³⁰³ Así, se ha sostenido que “El resultado final de este recurso puede ser coincidente, en parte, con la función casacional, pero por sus causales y ámbito de la materia que constituye su objeto, no obedece a otra razón que la desintegración de un tribunal en salas. Es un medio por el cual una misma Cámara establece su doctrina, para dar por concluida la dispersión y desigualdad. Es, ante todo, un remedio interno, aunque por reflejo disminuya la incertidumbre jurídica del justiciable, sin excluirla del todo. Y más que de inaplicabilidad de ley, es de inaplicabilidad de jurisprudencia contradictoria.” Cfr. Colombo, Carlos J.; Kiper, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2006, 2ª ed., t. III, pág. 229. En el mismo sentido, se afirmó que “la finalidad ostensible que se persiguió con la creación del instituto es evitar la jurisprudencia encontrada entre salas de una misma cámara, y con ello remediar una de las consecuencias de dividir la cámara en salas”. Cfr. Maffia, Osvaldo J., “Legislación Judicial. En torno a un plenario”, *La Ley*, 1965, t. 119, sección Doctrina, pág. 1231.

³⁰⁴ Merryman, J., *The Civil Law Tradition...*, pág. 441.

³⁰⁵ Cfr. Merryman, J., *The Civil Law Tradition...*, pág. 442;

³⁰⁶ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1748, pág. 112.

independencia y su libertad de interpretación —quizás, como producto de la influencia del constitucionalismo norteamericano—.

Lo cierto es que, en punto al precedente judicial, este híbrido de influencias en el ordenamiento jurídico argentino encontraba curiosamente un punto en común: jamás el precedente judicial podría ser concebido como regla para la decisión de otro caso, pues ello significaría coartar la libertad de interpretación y criterio que algunos reconocían a los jueces³⁰⁷ y, a su vez, ir en contra de la concepción del juez autómatas heredada del positivismo jurídico que pregonaban los otros³⁰⁸. El reconocimiento de valor al precedente judicial parecía no tener ningún adepto posible.

Eso explica que la unificación de la jurisprudencia no aparezca como tópico en nuestro ordenamiento jurídico ni en la Ley 50³⁰⁹ —“Procedimiento ante los tribunales nacionales” (procedimiento federal)— ni en las leyes de procedimiento bonaerenses de la época (Ley de Enjuiciamiento Civil y Comercial de 1878, Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial de 1980³¹⁰).

El comienzo del nuevo siglo, no obstante, traería consigo nuevas cosmovisiones en el pensamiento jurídico europeo: aparecerían autores que comenzaban a reconocer el valor de la jurisprudencia y ordenamientos jurídicos que reflejaban ese reconocimiento³¹¹. Poco a

³⁰⁷ “Se comete generalmente un error al creer que la jurisprudencia de los tribunales la forman una o varias decisiones conformes; este error ha llevado a nuestros tribunales hasta querer privar a los jueces de su libre facultad de interpretar la ley al aplicarla. Buscando la armonía y la uniformidad de las decisiones, se quiere paralizar el desenvolvimiento del derecho [...] las decisiones de los tribunales de una nación [...] no deben considerarse como una regla superior que encadene y se imponga al espíritu de los demás jueces...” Machado, José O., *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. I, Félix Lejouane, Buenos Aires, 1898, págs. 50-51 (comentario al artículo 16 del Código Civil).

³⁰⁸ “La jurisprudencia de los tribunales o sea la decisión judicial, ni puede servir de auxilio al código para la explicación de sus disposiciones, ni puede llenar sus vacíos para los casos no previstos en él, porque [...] la resolución del juez se concreta en sus efectos al caso controvertido y a las personas directamente interesadas en él, de modo que ni sirve para hacer obligatoria la interpretación dada en el caso particular, ni para suplir una deficiencia en el otro de igual especie, que no haya tenido la suerte de ser comprendido en el código”. Sáez, Miguel A., *Observaciones críticas sobre el Código Civil*, t. I, Mendoza, 1883, págs. 422-423. “Se atribuye muchas veces a la jurisprudencia un valor cuasi legislativo. No es difícil que un fallo superior aparezca fundado en alguna resolución anterior del mismo tribunal: Como lo tiene resuelto esta Cámara en el caso tal... Un solo pronunciamiento aparece de este modo con un valor futuro. El tribunal confiesa que no ha vuelto a estudiar la cuestión, porque ya la tenía resuelta. El nuevo conflicto jurídico que reclama justicia en nombre de la ley se encuentra con un inconveniente para la aplicación imparcial de la misma: el tribunal entendió, en otra ocasión, la ley en tal sentido, y ese entendimiento es único y está por encima de la ley, sea o no equivocado. Todo esto va evidentemente contra el orden jurídico fundado en la ley y no en la costumbre [...] Juzgar según la práctica o el pensamiento; apoyar el derecho no en la ley, sino en la manera en que fue anteriormente aplicada, es reemplazar la ley por la costumbre de los tribunales”. Rivarola, R., *Derecho penal argentino. Parte General*, Buenos Aires, 1910, págs. 135-138.

³⁰⁹ 4/9/1863.

³¹⁰ Ratificada su vigencia para la aplicación a los tribunales locales por el Gobierno Nacional en 1886, luego de la federalización de Buenos Aires. Cfr. Levaggi, A., “La codificación...”, pág. 239.

³¹¹ Entre estos se destacan Gèny y el Código Civil suizo. Cfr. Tau Anzoátegui, V., “La jurisprudencia civil...”, pág. 77.

poco se iba consolidando la idea de que la ley no podía prever absolutamente todo y que muchas veces requería interpretación por parte de los jueces. Eso llevó a admitir que, en la práctica, era común que el sentido, contenido o alcance de un derecho quedara definido por la interpretación judicial.

Esta nueva concepción, sumada al colapso de expedientes en los órganos judiciales³¹², que instaba a la creación de nuevos tribunales y al aumento del número de magistrados en los ya existentes, puso sobre el tapete la necesidad de contar con herramientas para que las decisiones de los distintos órganos judiciales no se contradijeran entre sí y se alcanzara una unidad en la jurisprudencia, de modo que el sentido, contenido y alcance de un derecho no fuera uno u otro según qué juez lo interpretase.

B. Los fallos plenarios: antecedentes normativos. Su origen en el debate parlamentario de la ley 7055. Su obligatoriedad, evolución

i. Ley 4055

La inquietud respecto de la dispersión y contradicción de la jurisprudencia surgió por primera vez al momento de la sanción de la ley 4055³¹³, que creaba las cámaras de circuito, es decir, las cámaras federales con asiento en los distintos puntos del país³¹⁴. Lo que preocupaba, en ese entonces, era la contradicción de jurisprudencia entre distintas cámaras con diversa competencia territorial (y no puntualmente la contradicción dentro de una misma cámara), pero la norma no brindó solución a esas inquietudes. No obstante, su mención es relevante, pues el origen de la preocupación y las críticas que la norma mereció constituirían el pensamiento que luego derivaría en la creación de mecanismos como los plenarios: la necesidad de actuar frente a una uniformidad de la jurisprudencia federal que desaparecería para ser reemplazada por la anarquía y la inseguridad³¹⁵.

³¹² El debate parlamentario de lo que luego sería la ley 7055, de reorganización de la justicia nacional, menciona esta situación, tanto en las sesiones de Cámara de Diputados como en de la Senadores: “Esta misma cámara civil, señor presidente, en los años subsiguientes, invariablemente, en sus Memorias al ministerio de Justicia, hace notar el recargo de trabajo que gravita sobre ella, producido por el asombroso desarrollo de la población de la Capital” (Congreso Nacional, *Diario de sesiones*, Cámara de Diputados, pág. 446, opinión del diputado Voco Giménez, quien presidía por entonces la comisión de justicia); “No se pueden considerar, señor Presidente, las memorias pasadas por las cámaras de justicia al ministerio respectivo, no se puede pensar sobre las abultadas cifras que arroja la estadística judicial respecto del considerable número de expedientes entrados, fallados, y del remanente que aun queda sin resolverse, sin que se apodere del espíritu la profunda convicción de que hemos llegado a un estado intolerable que es urgente remediar” (Congreso Nacional, *Diario de sesiones*, Cámara de Senadores, 28ª sesión ordinaria, 16 de agosto de 1910, pág. 440, senador Echagüe).

³¹³ Publicado en R.N. 1902-I, pág. 100.

³¹⁴ Véase, sobre el particular, capítulo II §2.

³¹⁵ Cfr. Garmendia, Miguel Ángel, *Derecho civil y procesal. Fallos dictados por las Cámaras de Apelaciones constituidas en tribunal pleno desde la sanción de la ley n.º 7055 sobre reorganización de la justicia ordinaria de la Capital*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1915, pág. 28.

ii. Ley 7055

Para esa época, en la Capital Federal existían dos cámaras de apelaciones —en virtud de la ley 1893—: la civil, por un lado, y la criminal, correccional y comercial, por el otro³¹⁶. Estas ejercían la competencia nacional, es decir, la que corresponde al territorio capitalino. Con la sanción de la ley 7055³¹⁷, la anterior Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Correccional y Comercial se convirtió en la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, creándose una nueva Cámara para los asuntos comerciales (cfr. art. 3°). A su vez a la Cámara Civil existente se adicionó otra Cámara en lo Civil, llamándose a aquella 1ª y, a esta, 2ª (cfr. artículo 1°)³¹⁸. Estas dos últimas cámaras, que actuaban simultáneamente, repartíendose las causas a través de turnos mensuales (cfr. artículo 2°) constituyen, sin duda, el antecedente de lo que más tarde serían las salas.

El debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 7055 atestigua la real inquietud de muchos legisladores en torno a la jurisprudencia simultánea y contradictoria que la creación de dos cámaras en lo civil podría ocasionar. Las dos cámaras, con idéntica competencia material y territorial, generaban ya no un problema de cambio de jurisprudencia (de jurisprudencia sucesiva), sino una hipótesis de contradicción de precedentes simultáneos³¹⁹. No se trataba de conflictos diacrónicos, sino sincrónicos.

El diputado Pinedo manifestaba su preocupación en torno a la posibilidad de que se dieran dos interpretaciones distintas de la ley, en el mismo momento, en la misma ciudad, entre las mismas personas y sobre las mismas cosas, con los peligros y la inestabilidad que ello significaría³²⁰. Estas reflexiones también quedaron reflejadas en las palabras del senador Correa, quien resaltaba la importancia al precedente general como norma de derecho, que

³¹⁶ Di Iorio, Alfredo J., “El recurso de inaplicabilidad de Ley en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Foro de Estudios de Derecho Procesal. Recursos Judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993, volumen 1, pág. 216.

³¹⁷ B.O. del 22-8-1910. ADLA, 1920-1940, pág. 701.

³¹⁸ Di Iorio, A., “El recurso...”, pág. 216.

³¹⁹ Sobre la diferencia entre contradicción jurisprudencial simultánea y sucesiva, o sincrónica y diacrónica, véase capítulo VI, §6.

³²⁰ “[...] dos cámaras de lo civil [...] independientes entre sí, significan dos jurisprudencias distintas, y no dos jurisprudencias distintas como existen entre las provincias y la Capital, sobre diferentes personas y cosas, aun en cuyo caso todos los juristas se preocupan de evitar la dificultad recurriendo en último término a lo que es perfectamente aceptable —los tratados entre provincias para uniformar la jurisprudencia— no dos jurisprudencias distintas sucesivas, que es un defecto humano, y muchas veces no sé si es un defecto, porque arguye adelanto en el concepto del derecho, sino dos jurisprudencias simultáneas, diferentes de la ley, en el mismo momento, en la misma ciudad, entre las mismas personas y sobre las mismas cosas. Esto, señor, es inaceptable [...] Todos los señores diputados que son abogados y que trabajan en la Capital, saben que la jurisprudencia sobre los transportes de ferrocarriles se cambia por medio de recusaciones; y mantener este estado de cosas y consagrarlo por una ley, es establecer la anarquía en la legislación y en los tribunales, es entregar la sociedad en sus más caros intereses y en sus más delicadas cuestiones —las que afectan el honor— a la habilidad de los curiales para aprovechar el turno y para llegar al resultado por medio de recusaciones”. Cfr., Congreso Nacional, Cámara de Diputados, *Diario de sesiones*, Reunión núm. 23, 20 de julio de 1910, pág. 535.

alcanza a todos con la extensión de una regla jurídica³²¹, más allá de cómo hubiera sido resuelto el caso particular de un cierto sujeto.

El diputado Montes de Oca también se refirió a la necesidad de evitar que dos cámaras con idéntica competencia se contradijeran con sus sentencias³²². Su preocupación era que la jurisprudencia se dividiera en dos mitades, con la consecuente pérdida de prestigio de la Justicia Nacional³²³, pues entendía que “la unidad de la jurisprudencia es el objetivo más importante que tienen en cuenta todas las legislaciones positivas en cuanto a la organización de los tribunales”³²⁴.

El debate se enriqueció con el aporte del diputado Gonnet, quien, por el contrario, sostenía que pretender la unidad de la jurisprudencia era petrificar el derecho, negar el progreso y la evolución, y desconocer el protagonismo que los jueces estaban ganando en la época a partir del reconocimiento de la importancia de su función³²⁵.

La réplica a aquel argumento provino de los diputados Montes de Oca, Saavedra Lamas y Pinedo y se basó en el hecho de que la evolución de la jurisprudencia debía alentarse sin que ello significara admitir la jurisprudencia contradictoria en casos semejantes, así como

³²¹ "No hay nada más peligroso que la inestabilidad del derecho proveniente de una jurisprudencia mutable; es necesario cuidar de que las normas sean seguras, y en la práctica profesional todos los días nos encontramos ante dificultades, no frente a los hechos consumados, sino cuando nos piden reglas de conducta para las cuales no vale nuestra opinión si hay jurisprudencia contradictoria". Lo sabio es conciliar la posibilidad de una jurisprudencia flexible, con la estabilidad del derecho." Ídem.

³²² “La tendencia universal es la de hacer un solo tribunal de justicia superior, por una razón fundamental: porque hay, ante todo, y, sobre todo, que unificar la jurisprudencia. Los abogados de esta cámara saben perfectamente, y no necesito dirigirme a ellos, que la jurisprudencia es una de las fuentes primordiales del derecho; que hoy con la complejidad de las relaciones sociales en la época contemporánea, la jurisprudencia ha llegado a ser tan importante, a muchos respectos, como la ley misma; que la ley no puede preveer [sic] toda esa diversidad de relaciones; que, por consiguiente, los jueces tienen que suplir las omisiones de la ley; y que al suplir las omisiones van creando con las diversas sentencias que dictan un cuerpo de derecho de tanta trascendencia que se incorpora al derecho positivo de las naciones.” Congreso Nacional, *Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados, Reunión núm. 24, Buenos Aires, 22 de julio de 1910, pág. 586. Íd., pág. 587. Para él, “era indispensable buscar una solución a la dificultad que podía traer el hecho de crear una entidad enteramente nueva, con ideas probablemente nuevas también, de reformas, de progreso, enfrente de otra unidad que tiene larga práctica en la administración de la justicia que tiene experiencia adquiridas en las contiendas y debates judiciales”. Cfr. Garmendia, Miguel Ángel, *Derecho civil y procesal. Fallos dictados por las Cámaras de Apelaciones constituidas en tribunal pleno desde la sanción de la ley n.º 7055 sobre reorganización de la justicia ordinaria de la Capital*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1915, págs. 8-9.

³²³ Congreso Nacional, *Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados, Reunión núm. 24, Buenos Aires, 22 de julio de 1910, pág. 588.

³²⁴ *Ibid.*, pág. 587.

³²⁵ Congreso Nacional, *Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados, Reunión núm. 25, 25 de julio de 1910, págs. 619-621. A lo largo de la sección 2 del capítulo V se ofrece una refutación de tales argumentos.

tampoco era admisible la existencia de leyes simultáneas y contradictorias³²⁶. En este sentido, afirmó Montes de Oca, la evolución jurídica debía ser *racional* y *natural* y no discordante³²⁷.

La riqueza de este debate queda de manifiesto si se toma en cuenta que todos aquellos argumentos que en él se desarrollaron permanecen aún vigentes entre aquellos que reconocen o niegan, respectivamente, fuerza al precedente judicial en los países del *civil law*. Asimismo, son también los argumentos que se utilizan en el *common law*, en torno a temáticas tan sustanciales como el *overruling*³²⁸.

Lo cierto es que, finalmente, fue la opinión de Montes de Oca la que prevaleció, y a raíz de ello se incorporó, en el texto de la ley, una previsión para que los miembros de ambas cámaras civiles se reunieran. Esta previsión, contenida en el artículo 6º, no estaba incluida en el proyecto original de ley elevado por el Poder Ejecutivo ni tampoco era parte del proyecto posterior redactado por el diputado Juan Antonio Argerich, sino que fue el resultado, precisamente, de los largos debates que tuvieron lugar en las comisiones y en la cámara de diputados³²⁹, cuyo núcleo esencial es el que se ha analizado en estos párrafos.

El artículo 6º fue una modificación incluida en el proyecto de modificaciones al primitivo despacho presentado por la Comisión de Justicia. El proyecto de ley había sido presentado por el Poder Ejecutivo, bajo la presidencia de Figueroa Alcorta y defendido ante el Congreso por el Ministro de Justicia y Obras Públicas, Rómulo S. Naón. La Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados lo estudió y emitió un primitivo despacho. A instancia de varios diputados, entre los que se encontraba Montes de Oca, y luego de cinco largas sesiones, se aceptó el despacho de la Comisión en general, pero se pospuso una semana la votación en particular, a los fines de que se presentaran ante la Comisión de Justicia diversas modificaciones y observaciones a aquel despacho, entre las que se hallaba la necesidad de garantizar la uniformidad de la jurisprudencia. En la votación particular, el artículo 6º, en su nueva redacción, fue sancionado sin observación en ninguna de las dos cámaras³³⁰:

En caso de producirse contienda de competencia entre dos Cámaras, el Presidente de la que primero hubiese conocido, las reunirá en tribunal y la decidirán por mayoría de votos. Si hubiese empate se dará intervención a un miembro de las otras Cámaras elegido a la suerte.

³²⁶ Congreso Nacional, *Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados, Reunión núm. 25, 25 de julio de 1910, pág. 623.

³²⁷ Congreso Nacional, *Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados, Reunión núm. 25, 25 de julio de 1910, pág. 621. El resaltado no corresponde al original.

³²⁸ Un análisis detallado de estos argumentos se realizará, como se mencionó, en el capítulo V. El cambio de jurisprudencia, por su parte, será tratado en el capítulo VI.

³²⁹ Cfr. Garmendia, M. A., *Derecho civil y procesal...*, pág. 8.

³³⁰ Cfr. Congreso Nacional, *Diario de sesiones*, Cámara de Diputados, Reunión núm. 27, 1º de agosto de 1910, pág. 685; Congreso Nacional, *Diario de sesiones*, Cámara de Senadores, 28ª sesión ordinaria, 16 de agosto de 1910, pág. 441.

Igual procedimiento se observará en los casos en que al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva cualquiera de las Cámaras entendiera que en cuanto al punto de debate, es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable³³¹.

Esta es la primera consagración legislativa de un procedimiento específico para uniformar jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Conforme al artículo transcrito, la reunión “en tribunal” (aún no se hablaba de “plenario”) se originaba en una facultad de las propias cámaras, quienes eran las habilitadas para considerar cuándo era conveniente fijar la interpretación de la ley o la doctrina aplicable. Es decir que no se reconocía un deber explícito de autoconvocarse a cargo de las cámaras en caso de jurisprudencia contradictoria —de hecho, ni siquiera se mencionaba la contradicción, sino que simplemente se aludía a “punto de debate”— ni se preveía un recurso que habilitara al particular a instar la reunión en pleno. Por tanto, era un instituto sujeto únicamente a la iniciativa judicial³³². Esto último se mantendría hasta la sanción del decreto 1285/58, con el que se incorporaría al ordenamiento nacional el recurso de inaplicabilidad de ley.

En cuanto a la expresión utilizada de “fijar la interpretación de la ley o la doctrina aplicable”, quedaba claro que esta reunión debía tener como objetivo la unidad de la jurisprudencia. Sin embargo, lo que no resultaba tan claro era qué valor vinculante o efecto jurídico tendría esa “interpretación” que las cámaras dictaran, aunque doctrinariamente se le otorgaba un valor restringido³³³. La obligatoriedad de esa doctrina comenzó, sin embargo, a ser jurisprudencialmente reconocida y pregonada³³⁴, hasta quedar por primera vez consagrada en la ley 11924, que regulaba la justicia de paz.

³³¹ Queda claro que la primera parte del artículo en cuestión se refiere a un tema distinto (las contiendas de competencias), pero se prefirió la transcripción del texto completo para su mejor comprensión, pues la segunda parte remite a la primera (“Igual procedimiento...”).

³³² Cfr. Di Iorio, A., “El recurso...”, pág. 219.

³³³ “El objeto inmediato y único de la ley ha sido evitar la contradicción en que pudieran incurrir al pronunciar sus fallos sobre las mismas cuestiones, dos tribunales de igual categoría y atribuciones. Se ha querido impedir la pululación de jurisprudencias contradictorias, cimentándose cierto orden y estabilidad a fin de que, durante períodos de tiempo más o menos prolongados, predominen ciertas normas y reglas de interpretación o aplicación, se adopten determinadas soluciones mientras subsista el criterio jurídico que las inspiró. Pero, fuera de ello, la jurisprudencia unificada que resulta de los fallos dictados por las Cámaras constituidas en tribunal pleno no tiene otro alcance, otra fuerza, otra eficacia que las que la ley y la doctrina asignan a la jurisprudencia en general. (...) Al igual que la jurisprudencia del antiguo tribunal único, la fijada por las dos Cámaras no tiene el valor de un imperativo categórico ineludible, para los jueces inferiores y no importa tampoco impedir que las mismas Cámaras, sea por un cambio en su composición, sea por una nueva orientación en la evolución social y jurídica, atenúen, modifiquen o abandonen completamente la jurisprudencia anterior, estableciendo una nueva. Esto es tanto más verosímil cuanto que, como puede verse por la lectura de los fallos reunidos en el presente volumen, algunos de ellos han sido pronunciados por la mayoría de un solo voto.” Cfr. Garmendia, Miguel Ángel, *Derecho civil y procesal. Fallos dictados por las Cámaras de Apelaciones constituidas en tribunal pleno desde la sanción de la ley n.º 7055 sobre reorganización de la justicia ordinaria de la Capital*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1915, pág. 13. Para este autor, lo único que diferenciaba los fallos dictados por las dos Cámaras reunidas en tribunal pleno, respecto de los fallos individuales de cada cámara, era que aquellos gozaban de mayor autoridad y prestigio. Ídem.

³³⁴ “En 1918 tuvo relevancia un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil en pleno, al sostener que una vez fijada la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable por el tribunal en pleno, los camaristas, aún los que

El artículo 6° de la ley 7055, preveía una reunión entre dos órganos judiciales distintos, es decir, dos cámaras distintas, aunque, curiosamente, del texto de la norma surge que se reunían “en tribunal”. De cualquier modo, queda claro que, incluso tratándose de órganos distintos, se reconocía la necesidad que se reunieran para resolver uniformemente ciertas cuestiones. Esa necesidad, como se verá a lo largo de los siguientes párrafos, se volvió imprescindible cuando ya no se trataba de órganos judiciales distintos, sino de grupos simultáneos de trabajo (salas) dentro de un único órgano judicial.

(a) Ley 11924

Mientras tanto, otros fueros irían adoptando una regulación de los plenarios similar a la de la ley 7055. Así, la ley 11924³³⁵, creadora de la Justicia Nacional de Paz, establecía la reunión de la cámara en pleno (es decir, de las cuatro salas de paz) para unificar jurisprudencia. En su artículo 23, disponía que:

La Cámara de Paz se reunirá en pleno: (...) b) Para unificar jurisprudencia cuando cualquiera de las Salas entendiera que es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable.

Como puede verse, se introduce aquí, por primera vez, la expresión “reunión en pleno”, cercana a la terminología actual. Esa reunión plenaria se mantenía como una facultad de la Cámara de paz, que se reuniría siempre que considerara “conveniente” fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable, conservando una terminología idéntica, en este último aspecto, a la de los antecedentes legislativos en la materia.

Sin embargo, la ley 11924 introdujo una innovación en la segunda y tercera parte del artículo:

La doctrina aceptada por la mayoría de la Cámara plena deberá ser aplicada en las resoluciones que en lo sucesivo se dicten por las Salas de Paz. Sin embargo el presidente procederá a convocar nuevamente a la Cámara cuando la mayoría considere necesario la revisión de dicha doctrina.

Mientras se dicta sentencia en el tribunal pleno quedarán paralizados todos los demás expedientes en los cuales se plantee la misma cuestión jurídica. Los camaristas deberán

no estaban conforme con lo resuelto por la mayoría, debían acatar la sentencia para lo sucesivo [...] Aunque las voces críticas no cesaron, los efectos del «fallo plenario» dieron lugar a una situación que se fue consolidando en las décadas siguientes, hasta sostenerse por la Cámara Civil que «la jurisprudencia plenaria» obligaba como si fuera la ley misma a todos los jueces superiores e inferiores, extendiendo su autoridad a la totalidad de las personas y hechos jurídicos”. Cfr. Tau Anzoategui, Víctor; Martiré, Eduardo, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 5ª edición, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1981, pág. 90. Las causas a las que se refieren son Cám. Civil 1ª, "Mac Clelland, Alexander y John", sentencia de abril 30 de 1941, *La Ley*, t. 24, pág. 982, y plenario en causa "Saffores, Luis (suc.)", de noviembre 5 de 1943, *La Ley*, t. 32, pág. 495.

³³⁵ B.O. del 26 de octubre de 1934.

dar preferencia inmediata y absoluta en el despacho al expediente que haya motivado la convocatoria.

De este modo, se consagraba la obligatoriedad de la doctrina plenaria para las salas de la cámara, previéndose que esa doctrina solo podría ser dejada de lado a partir de un nuevo plenario. A la vez, se suspendía el procedimiento en aquellos expedientes que consistieran en la misma cuestión jurídica, lo cual demuestra la importancia que la decisión plenaria —y la unificación de la jurisprudencia a la que tendía— tenía para el legislador de la época. Más tarde, con el dictado del decreto 4555, en 1943, se establecería dicha obligatoriedad también para los jueces inferiores.

iii. Ley 12330

Por su parte, la ley 12330, sobre organización de las dos cámaras en lo civil y de la cámara en lo comercial de la Capital Federal, amplió los miembros de las cámaras a seis y los dividió en dos salas de tres miembros cada una. Dispuso, en su artículo 5º, que a pedido de la mayoría de los miembros de una cámara se podría convocar a tribunal pleno³³⁶ para dictar resolución definitiva en un asunto, cuando esa mayoría estimase conveniente fijar la interpretación de la ley o doctrina legal aplicable.

La convocatoria seguía siendo concebida como una facultad de la cámara —y no un deber—, como se desprende del uso del verbo “podrá” [convocarse en pleno] y de la habilitación a hacerlo cuando lo estimase “conveniente”. Además, al igual que sus antecesoras, esta norma nada decía de la obligatoriedad de esa interpretación, pero ella se desprendía, en cierto modo, del hecho de que el segundo párrafo del artículo preveía que si un plenario ya había decidido el asunto, para convocar nuevo plenario —y, consecuentemente, modificar la doctrina plenaria— era necesaria una mayoría agravada (de dos tercios). Así es que si bien no existía previsión legal expresa que estableciera la obligatoriedad, era clara la intención de que lo allí resuelto fuera en lo sucesivo respetado, al menos, por las salas.

iv. Leyes 12948 y 12327

En el fuero del trabajo, la ley 12948 incorporó idéntica previsión en su artículo 17³³⁷. Por su parte, la ley 12327³³⁸, que ampliaba el número de jueces y de salas en la Cámara del Crimen, establecía en su artículo 5º que “[c]uando pueda producirse resolución contraria a la adoptada en uno o más casos anteriores, el presidente de la cámara integrará el tribunal para

³³⁶ El tribunal pleno se conformaba, en el caso de las cámaras civiles, con los doce jueces que integraban ambas cámaras. Mientras que, en el caso de la cámara comercial, que era solo una, el pleno se formaba con los seis jueces que integraban sus dos salas. Esa es la interpretación que surge del artículo 5º.

³³⁷ “La cámara se reunirá en pleno para unificar la jurisprudencia cuando cualquiera de las salas entendiera que es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable.”

³³⁸ *ADLA*, 1920-1940, pág. 701.

establecer la ley, doctrina o interpretación legal aplicable. Las resoluciones del tribunal o de las salas se ajustarán a la jurisprudencia así sentada".

Paralelamente, se buscaba lograr la unificación de la jurisprudencia por otro carril: la casación³³⁹. Ya había sido intentada, durante la revolución de septiembre de 1930, su consagración a través de la modificación del artículo 100 de la Constitución Nacional³⁴⁰. A partir de allí, se instaló en el debate político y jurídico argentino, hasta llegar incluso a ser el centro de discusión en la IV Conferencia Nacional de Abogados, celebrada en Tucumán en 1936³⁴¹. Hasta entonces, la competencia casatoria debía residir, para la gran mayoría, en la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁴². Esto cambió temporariamente con los dos proyectos de ley presentados por Ortiz en 1938, en los que se proponía la creación de una Cámara de Casación³⁴³. Sin embargo, la Constitución de 1949, durante su breve vigencia, otorgó facultades casatorias a la Corte Suprema (artículo 95) y modificó el escenario en lo relativo a la unificación de la jurisprudencia en el ámbito de las cámaras, aunque, como es sabido, la reforma no persistió.

v. Ley 13998

La ley 13998³⁴⁴, dictada como consecuencia de aquella reforma constitucional, significó grandes cambios en el asunto que aquí se analiza. Establecía, en su artículo 28, que:

Las cámaras nacionales de apelación se reunirán en tribunal pleno (...) b) para uniformar la jurisprudencia de las salas o evitar sentencias contradictorias, cuando no existiera interpretación de la Corte Suprema.

Y luego agregaba lo que ya había sido afirmado jurisprudencialmente:

La doctrina legal o interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma cámara y para los jueces de 1ª instancia, respecto de los cuales la cámara que la pronuncie es tribunal de alzada, sin perjuicio de que los

³³⁹ Es preciso destacar, sin embargo, la gran diferencia que existe entre la instauración de una jurisdicción casatoria (sea la Corte Suprema u otro órgano judicial) y la legislación de una reunión plenaria, al menos en los términos de las leyes que se están analizando. Así, si bien ambos son institutos tendientes a un mismo fin —la uniformidad de la jurisprudencia—, el impacto que tiene uno y otro sobre ese fin es diverso: la jurisdicción casatoria intenta lograr una uniformidad nacional o, cuanto menos, regional; la reunión plenaria prevista por estas leyes —y que se mantiene hoy en día con la regulación del recurso de inaplicabilidad de ley y la facultad de autoconvocatoria— tiende meramente a lograr la uniformidad de la jurisprudencia dentro de un único órgano judicial.

● ³⁴⁰ Cfr. Abásolo, E., “Los juristas argentinos y el debate en torno a la casación (1931-1943)”, en *Prudentia Iuris*, n° 54, pág. 277.

³⁴¹ Cfr. Abásolo, E., “Los juristas...”, págs. 280-281.

³⁴² Aunque no faltaban quienes sostuvieran que las atribuciones puramente jurídicas que se discuten en casación debían ser separadas de las atribuciones políticas que ejerce la Corte. Cfr. Abásolo, E., “Los juristas...”, pág. 285.

³⁴³ Cfr. Abásolo, E., “Los juristas...”, pág. 286.

³⁴⁴ *B.O.* del 11-10-1950, n.º 1654, pág. 1.

jueces de 1ª instancia o de cámara dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá volverse sobre ella como consecuencia de una sentencia plenaria.

Del análisis de este artículo se desprende que:

(i) Se reconocía, implícitamente, la obligatoriedad de la interpretación de la Corte Suprema de la Nación, que tornaba innecesario, en esos casos, el pronunciamiento plenario de la Cámara. Al respecto, debe tenerse presente que, como se ha mencionado, la ley 13998 fue dictada a raíz de la sanción de la Constitución de 1949. Esta Constitución establecía, en su artículo 95, que la Corte Suprema conocería, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos comunes y que la interpretación que la Corte Suprema de Justicia hiciera de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, sería aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales.

(ii) Los dos objetivos por los que una cámara se reunía en pleno eran: uniformar la jurisprudencia de las salas y evitar sentencias contradictorias. Se trata, sin duda, de dos expresiones semejantes o que pueden concebirse como una relación de género (uniformar la jurisprudencia) a especie (evitar sentencias contradictorias) o de medio (evitar sentencias contradictorias) a fin (para uniformar la jurisprudencia).

(iii) La decisión de uniformar la jurisprudencia podía partir, únicamente, de la cámara. Sin embargo, si bien la ley no otorgaba al particular recurso alguno en la instancia de apelación para que la cámara subsanara su propia contradicción o para alentar la autoconvocatoria, este contaba, a partir de la Constitución de 1949 con el recurso de casación ante la Corte Suprema para que, en otro orden, esta uniformara la interpretación, como se ha visto.

(iv) Por primera vez en el fuero se reconocía expresamente la obligatoriedad de la doctrina plenaria, tanto horizontal (para la misma cámara), como vertical (para los jueces de primera instancia).

(v) Se otorgaba fuerza al precedente al fallo plenario, que solo podría ser dejado de lado por un nuevo fallo plenario.

Más allá de todo aquello, quizás la mayor novedad que introdujo la ley 13998 haya sido, por un lado, la eliminación de la expresión utilizada en los antecedentes parlamentarios de que las cámaras se reunirían cuando lo consideraran “conveniente” y, por el otro, el reemplazo de la expresión “podrá reunirse” por la de “se reunirá”. Empezarían así a aparecer indicios de que la facultad de la cámara se estaba transformando en un deber.

(b) Reglamento para la Justicia Nacional

El nuevo Reglamento para la Justicia Nacional³⁴⁵, dictado por la Corte Suprema de Justicia, consagró efectivamente ese deber, en dos artículos que establecían:

Fichero de jurisprudencia. Las cámaras nacionales de apelaciones compuestas de varias salas organizarán y llevarán al día en cada una de ellas un fichero por materias que contengan la jurisprudencia no sólo del respectivo tribunal en pleno, sino también de todas las salas del mismo (artículo 112)

Tribunal pleno. Antes de dictar sentencia en las causas sometidas a su pronunciamiento, cada Sala deberá informarse de la jurisprudencia de las demás del tribunal de que forma parte sobre el punto a resolver. En el caso de que no haya coincidencia de criterio, la Sala se abstendrá de dictar sentencia y se reunirá el tribunal en pleno para fijar jurisprudencia (artículo 113)

El artículo 113 creaba, entonces, dos verdaderas obligaciones a cargo de la Sala, destinadas a lograr la uniformidad de la jurisprudencia:

- (i) La obligación de informarse: Cada Sala debía conocer, antes de resolver, no solo los propios precedentes sino los de las demás salas de la cámara respecto del asunto sobre el que versaba la controversia.
- (ii) La obligación de no contradicción: esta segunda obligación puede a su vez, desdoblarse en una obligación de no hacer, no dictar sentencia que contradijera los precedentes, y otra de hacer, convocar al tribunal en pleno.

Si el artículo hubiera establecido únicamente la primera obligación, podría simplemente reflejar una simple intención de que los jueces utilizaran la jurisprudencia de las demás salas en su razonamiento, que no prescindiesen de ella, aunque más no fuere como fuente de persuasión, más allá de que luego se adhiriesen a ella o no³⁴⁶. Sin embargo, la segunda parte del artículo, si bien no consagraba expresamente la obligatoriedad del precedente de las salas, impedía que una de ellas dictase sentencia en contradicción con ese precedente. Este mecanismo es similar al que consagra, en las cámaras federales de Estados Unidos, la doctrina del circuito y el procedimiento *en banc*, que se analizarán más adelante.

Sin perjuicio de que la autoridad de la Corte Suprema para obligar a las cámaras en estos términos es una cuestión que podría dar lugar a debate, lo cierto es que estas disposiciones

³⁴⁵ Acordada de la CSJN del 17-12-1952. El texto se encuentra disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_arg_jn_spág.pdf, última visita el 15 de noviembre de 2018.

³⁴⁶ Se trataría de un deber similar al de cortesía (“comity”) que existe en Estados Unidos con la jurisprudencia de otra cámara, como se verá más adelante. También existe una expectativa similar en Alemania, donde se acepta “que un juez, cuando desempeña con amor y conciencia su cargo, debe estar íntimamente familiarizado con la jurisprudencia: no para resolver según ella siempre y sin la crítica debida, sino para apoyarse en la misma, sea que opine de acuerdo o que disienta, pues cometería una falta elemental al prescindir de aquella, que representa la tendencia de la interpretación de la ley”. Garmendia, *Derecho civil y procesal...*, pág. 16.

constituyeron un gran paso hacia la uniformidad de la jurisprudencia dentro de cada cámara, en tanto generaban, en cabeza de cada sala, un verdadero deber de no contradecir.

La Corte fue tan estricta en el cumplimiento de aquellas obligaciones, que incluso, durante su efímera vigencia, anuló sentencias que se dictaban sin seguir con este procedimiento, y admitió para ello el recurso extraordinario de inconstitucionalidad consagrado en el artículo 14 de la ley 48³⁴⁷. En estos casos, la Corte hizo lugar al recurso extraordinario por haberse omitido el deber de reunirse en tribunal plenario y haber pronunciado una sentencia contradictoria con otra anterior, con lo cual se había violado una disposición federal —el artículo 113 del Reglamento de Justicia—³⁴⁸. De este modo, si bien aún no existía el recurso de inaplicabilidad de ley, el particular que viera afectada su igualdad a raíz de una contradicción en la interpretación judicial de las salas, contaba con el recurso extraordinario para reclamar su derecho.

Sin embargo, luego del dictado del decreto ley 1285/58, y habiendo sido creado el recurso de inaplicabilidad de ley, la Corte comenzaría a denegar el recurso extraordinario en estos casos, por considerar que la vía para resolver tales cuestiones era el recurso de inaplicabilidad³⁴⁹. La postura de la Corte Suprema sobre la vulneración a la garantía de igualdad en razón de contradicción entre sentencias será profundizada más adelante³⁵⁰.

Se han encontrado fuentes que sostienen que el Reglamento para la Justicia Nacional, y con él, el artículo 113, fueron derogados por acordada de la Corte Suprema de Justicia Nacional del 2 de diciembre de 1960³⁵¹. No obstante, no es esa la información que surge del sitio nacional www.infoleg.gob.ar y, por el contrario, la Corte Suprema ha continuado remitiéndose al Reglamento y a ciertas disposiciones de él en otras Acordadas, algunas de ellas muy recientes³⁵².

³⁴⁷ CSJN, *Fallos*, 226:406; 227:291; 229:601; 235:558; 237:543. *Guardia, Rogelio Demetrio c/ La Inmobiliaria Compañía de Seguros*, *Fallos*, 226:402, sentencia del 13 de agosto de 1953; *Noailles de Oliden, María del Carmen*, *Fallos*, 227:524, sentencia del 10 de diciembre de 1953.

³⁴⁸ Cfr. Yáñez Álvarez, César D., “Recurso de inaplicabilidad de ley (III Parte: Fallo plenario), en *Jurisprudencia Argentina*, 1971, Serie contemporánea, doctrina, pág. 855. En igual sentido, véase Areal, Leonardo J., “La inaplicabilidad de ley (Arts. 27 y 28 del decreto-ley 1285/58)”, Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina*, 1963-III mayo-junio, sección doctrina, pág. 24; Kielmanovich, Jorge L., “La doctrina plenaria y la ley 26.853”, Buenos Aires, *La Ley*, 2013-D, pág. 1052.

³⁴⁹ *Fallos*, 243:54 (“Desde la sanción del decreto-ley 1285/58 (ley 14.467), art. 28, es improcedente el recurso extraordinario fundado en la violación del art. 28 de la ley 13.998, ya que el remedio para tales situaciones debe buscarse mediante el recurso de inaplicabilidad de ley ante la Cámara en pleno”; *Fallos* 245:24; 246:266; 248:451).

³⁵⁰ Referencia cruzada.

³⁵¹ Cfr. Payá, Fernando H; Perillo, Roberto I., “La limitada eficacia del recurso de inaplicabilidad de la ley en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para lograr sus fines. La inconstitucionalidad de la obligatoriedad de los fallos plenarios”, pág. 1010; Cuadrao, Jesús, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, pág. 333.

³⁵² Asimismo, se ha utilizado el sistema de consultas de “Infoleg” y se ha consultado a un Secretario Letrado de la Corte Suprema, y ambas fuentes confirmaron que el artículo del Reglamento para la Justicia Nacional

Así, en el año 2016, al regular la publicación digital de las sentencias de la Corte³⁵³, sostuvo en los considerandos VI y VIII que “la publicación de la colección de “Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (...) cuya distribución se ha venido cumpliendo con el alcance previsto en la disposición del artículo 101 del Reglamento para la Justicia Nacional elaborado en el año 1952 (...)” (considerando VI) y que por ende “resulta indispensable, con el objeto de preservar su razonabilidad y evitar la frustración de sus objetivos (...) modular, mediante una interpretación evolutiva, el alcance del art. 101 del RJN en el contexto de las nuevas tecnologías...” (considerando VIII).

Queda claro, a partir de la transcripción efectuada, que la Corte Suprema considera que el Reglamento para la Justicia Nacional continúa vigente y, de hecho, propicia una interpretación evolutiva de uno de sus artículos.

No obstante, los deberes que consagran los artículos 112 y 113 del Reglamento para la Justicia Nacional no han sido cumplidos ni se cumplen en la actualidad: los jueces de cámara actúan como si el precedente de la sala no fuera obligatorio (en efecto, lo han admitido expresamente en diversas ocasiones) e ignoran la obligación de informarse de la jurisprudencia de las demás salas y de convocar el plenario cuando quisieran contradecirla. La autoconvocatoria rara vez es utilizada y el recurso de inaplicabilidad es estrictamente interpretado, tal como quedará de manifiesto en el análisis del trabajo de campo.

La pregunta es que es necesario hacer es por qué las cámaras no han dado debido cumplimiento a las obligaciones previstas en los artículos 112 y 113 y por qué nadie ha instado a su debido cumplimiento. Quizás se haya (mal)entendido que, con la restauración de la fórmula según la cual la cámara “podrá” reunirse en pleno, a partir de la regulación del asunto en el Código Procesal, ya no existía obligación de evitar la contradicción ni de respetar el precedente, sino que eso volvía a constituirse en una facultad. La incógnita en torno a la vigencia de estos artículos parece imposible de develar, pero de lo que sí se ocupará esta tesis es de demostrar por qué el cumplimiento de esas obligaciones debería ser exigido e instar a la consagración en el Código Procesal de una doctrina del precedente que reconozca la obligatoriedad del precedente horizontal³⁵⁴.

C. El recurso de inaplicabilidad: antecedentes normativos y regulación actual

i. Decreto-ley 1285/58

continuaría vigente y que la acordada del 2 de diciembre de 1960, citadas en la doctrina del inciso anterior, se refiere a la designación de un funcionario judicial.

³⁵³Resolución 338/2016, del 7 de marzo de 2016.

³⁵⁴ La doctrina del precedente que esta tesis propone será analizada en el capítulo VII.

A partir de la sanción del decreto-ley 1285/58³⁵⁵, el mecanismo para activar la uniformidad de la jurisprudencia dejó de ser únicamente una iniciativa de las salas y se bifurcó en la doble vía de la autoconvocatoria, por un lado, y el recurso de inaplicabilidad de ley, por el otro. Así es que, por medio de este decreto-ley se incorporó a la legislación nacional, por primera vez, ese remedio procesal. Se trataba de un recurso sin antecedentes legales ni doctrinarios para la época³⁵⁶, que era cuestionado incluso en su denominación³⁵⁷.

Aquel decreto-ley fue dictado como consecuencia de la derogación de la Constitución de 1949 y el restablecimiento de la vigencia de la Constitución de 1853-60. Así lo atestiguan sus considerandos, que manifiestan que al restablecer la Revolución Libertadora esta última Constitución, “no pueden seguir en vigencia las leyes que no se adapten a dicho texto constitucional” (considerando 1°).

La derogación de la Constitución de 1949 y, con ella, del recurso de casación que preveía, generó un vacío procesal: a falta de un remedio legalmente previsto para unificar la jurisprudencia contradictoria, se seguía interponiendo el recurso de casación ya derogado. Esta situación anómala fue motivo de preocupación al momento de dictar el decreto-ley 1285/58 y así lo refleja su considerando tercero, en el que se afirma, un tanto confusamente, que “debe perfeccionarse el régimen de recursos contra las sentencias de las cámaras nacionales de apelaciones a fin de evitar sentencias contradictorias y que, en tal contradicción, se funden recursos extraconstitucionales”³⁵⁸. Tal objetivo pretendió lograrse por medio de los artículos 27 y 28 de la norma, que establecían

Artículo 27.- Las Cámaras de Apelaciones se reunirán en tribunal pleno:

(...)

b) Para unificar la jurisprudencia de las salas o evitar sentencias contradictorias;

c) Para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso, cuando la cámara, a iniciativa de cualquiera de sus salas, entendiera que es conveniente.

La interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces

³⁵⁵ B.O., 07/02/1958, pág. 1. Ratificado por ley 14467.

³⁵⁶ Di Iorio, A., “El recurso...”, pág. 215. López Olaciregui lo ha definido como un “producto de industria nacional”. Cfr. López Olaciregui, José María, “El voto número veinte de un plenario con desempate”, nota a fallo en *Jurisprudencia Argentina*, 1965-VI, pág. 435.

³⁵⁷ Di Iorio, A., “El recurso...”, pág. 218. Clemente Díaz, por su parte, prefería llamarlo “recurso contra la contradicción jurisprudencial”. Cfr. *Instituciones de derecho procesal*, Bs. As., 1968, t. 1, pág. 114.

³⁵⁸ Esos recursos extraconstitucionales aluden, según Maffía, a los recursos extraordinarios interpuestos por lesión a la garantía de igualdad. Cfr. Maffía, Osvaldo J., “Legislación Judicial. En torno a un plenario”, *La Ley*, 1965, t. 119, sección Doctrina, pág. 1232.

de primera instancia o de cámara dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse aquélla por medio de una nueva sentencia plenaria.

Artículo 28.- La sentencia que contradiga a otra anterior de la misma Cámara, sólo será susceptible de recurso de inaplicabilidad de ley, ante la Cámara en pleno, cuando el precedente haya sido expresamente invocado por el recurrente antes de la sentencia definitiva. Dicho recurso deberá ser interpuesto y fundado, dentro de los cinco días, ante la sala interviniente.

La Cámara establecerá la doctrina aplicable y, si la del fallo recurrido no se ajustare a aquélla, lo declarará nulo y dispondrá que la causa pase a la siguiente sala para que pronuncie nueva sentencia.

Como se ve, el primer artículo regula la autoconvocatoria, mientras que el segundo se dedica al recurso. No obstante, es confusa la redacción —que se aparta de las anteriores—, en cuanto parecería distinguir los supuestos de reunión plenaria en dos objetivos distintos: por un lado, la unificación de jurisprudencia y el evitar sentencias contradictorias y, por el otro, fijar la interpretación de la ley aplicable al caso. Se trata de una distinción que aparecía unificada como un solo objetivo en las redacciones anteriores, y que presta a confusión sobre si el plenario hacía algo más que fijar la interpretación de la ley aplicable. En este sentido, la nueva redacción podría convalidar, en su último inciso, la reunión del plenario incluso en ausencia de caso o controversia, cuando creyera conveniente fijar una misma interpretación sobre una cuestión controvertida³⁵⁹. Sin embargo, más tarde, la jurisprudencia se encargaría de eliminar esta posibilidad.

En cuanto al recurso, se preveía la necesidad de invocar previamente el precedente, aunque no se ajustaba tal invocación a recaudos tan estrictos como los actuales (como la indicación del escrito en el que se realizó la invocación bajo riesgo de inadmisibilidad³⁶⁰). Por último, el artículo 28 *in fine* menciona expresamente que la sentencia recurrida que fuera contraria a la interpretación fijada sería declarada *nula*. Estos dos artículos, que en materia civil y comercial serían derogados por la ley 17454, por la que se sancionó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, serían derogados también para la materia penal, años más tarde, por la ley 24050 (artículo 52)³⁶¹.

³⁵⁹ Así lo interpretaba Areal, quien entendía que, en virtud de ese último párrafo, el tribunal debía reunirse aun cuando no mediase el defecto de falta de uniformidad en la interpretación, cuando surgiera la conveniencia de que en el futuro quedara interpretada la norma sustancial. Es decir, el tribunal podría reunirse para fijar la interpretación uniforme aun en ausencia de una causa o controversia donde se planteara la contradicción. Cfr. Areal, Leonardo J., “La inaplicabilidad de ley (Arts. 27 y 28 del decreto-ley 1285/58)”, Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina*, 1963-III mayo-junio, sección doctrina, pág. 25.

³⁶⁰ Artículo 292, CPCCN.

³⁶¹ Artículo 52: “Deróganse los artículos 27, 28, 30, 37, 41 y 43 del Decreto-Ley N° 1285/58 ratificado por Ley N° 14.467 y sus modificatorias y toda otra norma que se oponga a la presente ley”, *B.O.*, 7/1/1992, pág. 1.

Por su parte, ni los considerandos del decreto-ley ni su parte dispositiva hacen mención alguna de los artículos 112 y 113 del Reglamento de la Justicia Nacional, a pesar de que se regularon temas de íntima conexión.

ii. Ley 17454

El recurso de inaplicabilidad de ley también formó parte de la ley 17454³⁶², que sancionó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y se derogaron el antiguo Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital y la ley 50³⁶³, que hasta entonces habían constituido el núcleo de normas procedimentales aplicables al territorio capitalino.

El nuevo Código reguló el recurso en los artículos 288 a 301, dentro del Título “Contingencias Generales”. La autoconvocatoria fue regulada por el artículo 302. Se partió de la base de que la falta de reglamentación sobre el procedimiento de sustanciación del recurso de la que adolecía el decreto-ley había impedido alcanzar los objetivos propuestos con la instauración de aquel remedio³⁶⁴, por lo que se reguló el procedimiento de forma más concreta. Estas reglas fueron tomadas, principalmente, de las prácticas jurisprudenciales de sustanciación del recurso³⁶⁵ y de las acordadas reglamentarias de las cámaras³⁶⁶ y, en general, coinciden con el régimen actualmente vigente. Ello, por cuanto las posteriores modificaciones al Código no alteraron sustancialmente la regulación de estos institutos, manteniendo aquella doble vía de uniformidad: el recurso de inaplicabilidad y la autoconvocatoria³⁶⁷.

iii. Régimen actual³⁶⁸

Algunas diferencias que se pueden mencionar entre la ley 17454 y el Código Procesal actual, luego de las reformas que han tenido lugar, son las siguientes: (i) la decisión sobre la existencia o no de contradicción era tomada por la cámara en pleno, por mayoría de votos; (ii) el memorial era presentado luego de que se admitiera la existencia de contradicción; (iii) el orden de la votación se realizaba mediante un sorteo, en primer término, entre los jueces

³⁶² B.O., 07/09/1967, pág.1.

³⁶³ También se derogaron todas las normas que habían modificado parcialmente esas dos leyes, en un intento de eliminar, mediante un Código unificado, la enorme dispersión normativa que se había creado.

³⁶⁴ Exposición de motivos, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, B.O., 7 de noviembre de 1967, pág. 3.

³⁶⁵ Ídem.

³⁶⁶ Cfr. Colombo, Carlos J. y Kiper, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2006, t. III, pág. 226. La opinión de Colombo respecto de este recurso es de gran peso, en tanto formó parte de la Comisión Redactora, junto con Palacio, Ayarragaray, Cichero, Anastasi de Walger y Carneiro.

³⁶⁷ Estas disposiciones del Código serían derogadas, posteriormente, por la ley 26853, como más adelante se verá.

³⁶⁸ El régimen actual consiste en la redacción que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación presenta hoy en día, luego de la sanción de más de 85 leyes modificatorias, algunas de las cuales introdujeron algunos cambios —mínimos— en la regulación de los institutos que se están analizando.

que suscribían la sentencia materia del recurso y, luego, entre los de la sala o salas que habían decidido en forma contraria³⁶⁹; (iv) el dictado de la sentencia en forma impersonal era facultativo (“podrán dictar sentencia en forma impersonal”) y no imperativo (“la mayoría y la minoría expresarán en voto conjunto e impersonal...”³⁷⁰), como en la actualidad; (v) en caso de empate, se integraba la cámara con jueces de otras cámaras (artículo 31), mientras que actualmente es el presidente de la cámara el que decide (artículo 298 *in fine*).

Respecto de la autoconvocatoria, el artículo 302 del Código retomaría la terminología anterior al decreto-ley 1285/58, al establecer que la Cámara “*podrá*” reunirse en tribunal plenario. En opinión de muchos, esta terminología convierte la autoconvocatoria en una mera potestad o facultad de la cámara³⁷¹, que deja de lado el deber que consagraba la antigua redacción mediante el uso del imperativo (“se reunirá”) en conjunto con el artículo 113 del Reglamento para la Justicia Nacional. En contra de esto, se ha afirmado que, cuando se cumplen todos los recaudos, la cámara tiene el *deber* de autoconvocarse, semejante al de administrar justicia³⁷². Esta última interpretación es la correcta. Sin embargo, no es la que ha preponderado en las cámaras, como queda explícito en el análisis jurisprudencial llevado a cabo.

Jurisprudencialmente se limitó aún más el campo de acción de la autoconvocatoria, pues se interpretó que ella solo podría tener lugar con anterioridad al dictado de la sentencia de la sala correspondiente (es decir, antes de que sea dictado el precedente contradictorio)³⁷³ y no una vez que esa sentencia había sido dictada, con efectos para el futuro. También se entendió que no podía tener lugar la autoconvocatoria en ausencia de causa en concreto³⁷⁴, en razón de que ello sería contrario al artículo 100 de la Constitución Nacional, que exige la existencia de “causa”. Se volverá sobre esto en la próxima cuestión.

³⁶⁹ La razón de ser de este orden, que fue dejado de lado, era que el primer juez sorteado, que había participado de la sentencia recurrida, pudiera defender la tesis en ella sostenida o bien rectificara el criterio; y al votar el segundo, que había participado en la sentencia contraria, quedarían fijadas las posiciones jurisprudenciales encontradas, lo que facilitaría la futura votación. Cfr. Yañez Álvarez, Cesar D., “Recurso de inaplicabilidad de ley (III Parte: Fallo Plenario)”, *Jurisprudencia Argentina*, 1971, Serie contemporánea, doctrina, pág. 849.

³⁷⁰ Artículo 298, CPCCN.

³⁷¹ Cfr. Falcón, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2006, t. 1, pág. 758. En esta postura se afirma que, a partir de la instauración de un recurso en favor del particular, la cámara ya no tiene un deber, sino una mera facultad.

³⁷² Areal, L., “La inaplicabilidad de ley...”, pág. 26.

³⁷³ La cuestión se suscitó en torno a aquellas situaciones en las que el recurso de inaplicabilidad de ley contra la sentencia que supuestamente contradecía otro precedente era declarado inadmisibile por cuestiones formales. Surgió el debate, entonces, de si en tales casos podían las salas solicitar la convocatoria. La Cámara Nacional Civil y Comercial, en el plenario “Obras Sanitarias de la Nación v. Niza S.C.A.” (sentencia del 28 de septiembre de 1984), sostuvo que no.

³⁷⁴ CSJN, *Fallos*, 249:23, “Solazzi, Luis c. Cervecería Quilmes E. N.”, sentencia del 8 de febrero de 1961, *La Ley*, t. 105, pág. 580. Aunque, en este caso, el plenario tenía otra falencia: se había convocado para una cuestión que no había sido debatida en la causa.

Por último, cabe destacar que el fiscal de cámara, en virtud de lo establecido en el artículo 37, inciso de la ley 24946 (Ley Orgánica del Ministerio Público), también puede convocar la reunión plenaria no solo para unificar la jurisprudencia contradictoria, sino también para requerir la revisión de la jurisprudencia plenaria.

4. ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY Y DE LOS FALLOS PLENARIOS

A lo largo de los siguientes párrafos, se analizarán algunas cuestiones puntuales del recurso de inaplicabilidad y de los plenarios —tal como está regulado hoy en día— que merecen especial atención no solo para comprender cómo funcionan estos institutos, sino también para poder compararlos con el procedimiento *en banc*, propio del sistema jurídico estadounidense, y finalmente, evaluar si cumplen o no con el objetivo de evitar la contradicción entre sentencias de salas que pertenecen a un mismo tribunal.

El análisis se realizará a partir de los artículos 288 a 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero con referencias específicas a la interpretación que de esos artículos ha hecho la jurisprudencia.

A. Vías de acceso al fallo plenario

Como se ha visto al analizar los antecedentes normativos de los artículos que hoy regulan el instituto de los fallos plenarios y los mecanismos por los cuales se alcanza su dictado, originariamente se trataba de un instituto dependiente exclusivamente de la cámara; la parte nada podía hacer para evitar que una sala dictara una sentencia opuesta a la dictada por otra sala.

Así es que la autoconvocatoria se perfiló como una facultad de las cámaras, que se reunían para unificar jurisprudencia siempre que lo considerasen conveniente. Aquella facultad, intersticialmente, se convirtió en un deber expreso con la sanción de la ley 13998 y el Reglamento para la Justicia Nacional. Pero la ley 13998 fue derogada, el Código Procesal incorporó la expresión de que la cámara “podrá reunirse”, y la autoconvocatoria volvió a ser (mal)interpretada como una facultad potestativa de la cámara y no como un verdadero deber u obligación a su cargo. Con el decreto 1285/58, como se ha visto, se incorporó el recurso de inaplicabilidad de ley a favor del particular que se viera afectado por la contradicción entre sentencias de la cámara.

La interpretación jurisprudencial de los artículos que regulan estos institutos ha llevado a sostener —como se anticipó en el acápite anterior— que la facultad de la cámara solo puede

ser ejercida, por cualquiera de las salas, si la sentencia definitiva aún no ha sido dictada por la sala insaculada para resolver la controversia³⁷⁵. Es decir que, una vez que la sala ha dictado una sentencia que estaría en contradicción con el precedente dictado por otra sala, el único habilitado para convocar al tribunal en pleno es el particular. Ahora bien, en el supuesto de que el particular hubiera interpuesto el recurso y este resultara inadmisibles (lo que es moneda corriente, debido a los excesivos requisitos a los que está sujeto el recurso³⁷⁶), la cámara nada podría hacer para uniformar esa jurisprudencia, aun cuando se reconociera la existencia de una contradicción que debería ser zanjada.

Esta jurisprudencia ha surgido de la interpretación del artículo 302 *in fine* que, al regular la autoconvocatoria, establece que “La determinación de las cuestiones, plazos, forma de la votación y efectos se regirá por lo dispuesto en los arts. 294 a 299 y 301”, dejando de lado el artículo 300, referido al reenvío.

Así, se ha entendido que las normas referidas al reenvío de la sentencia dejada sin efecto por el plenario no son aplicables a la autoconvocatoria de la cámara, pues esta solo se admite cuando la sentencia no ha sido aún dictada. Otra interpretación factible, no obstante, sería la de considerar que el artículo 302 habilita a las salas a que, en cualquier momento e incluso en ausencia de controversia, se reúnan en pleno para unificar jurisprudencia contradictoria. Si así fuera, no sería necesario aplicar el artículo 300, pues no se estaría revisando una sentencia en concreto³⁷⁷.

En la práctica, es casi nula la posibilidad de que otras salas tomen conocimiento de la contradicción que está por producirse con anterioridad al dictado de la sentencia. La uniformidad de la jurisprudencia se transforma, por ende, en una decisión absolutamente discrecional de la sala que pretende contradecir un precedente anterior de otra sala.

Es cierto que reconocer que cualquier sala pueda instar la modificación de una sentencia dictada por otra, mediante una convocatoria a plenario, podría vulnerar los derechos del particular que resultó favorecido por esa sentencia, a menos que se reconociera a la doctrina plenaria efectos únicamente prospectivos (lo que ha sido rechazado por la jurisprudencia en el entendimiento de que ello significaría admitir el plenario en ausencia de causa). Pero

³⁷⁵ Cámara Nacional Civil y Comercial, en pleno, “Obras Sanitarias de la Nación v. Niza S.C.A.”, sentencia del 28 de septiembre de 1984.

³⁷⁶ Para ejemplos concretos en los que el recurso ha sido denegado por cuestiones formales, puede verse el capítulo que analiza la jurisprudencia recabada en el trabajo de campo.

³⁷⁷ Esta fue la postura de la minoría, en el caso recientemente citado, integrada por los vocales Zannoni, de Igarzábal, Escutti Pizarro, Bossert y Beltrán. Areal, en la misma línea, afirmaba, al analizar el último párrafo del decreto 1285/58, que el tribunal podía convocarse incluso en ausencia de causa (véase nota al pie n.º 78). Sostenía, además, que “este aspecto de la actividad oficiosa del tribunal puede coincidir con la facultad de las partes ejercitadas a través del recurso de inaplicabilidad de ley, o bien incluso ser cumplida en defecto de este, ya por no haber sido interpuesto, o interpuesto sin cumplir los requisitos exigidos a quien o quienes pretenden ampararse en él. Su fundamento está dado en el interés que para los miembros de la comunidad toda tiene el valor seguridad jurídica. Cfr. Areal, L., “La inaplicabilidad de ley...”, pág. 25. Este autor admitía, pues, que la cámara se autoconvocara antes y después de dictada la sentencia, e incluso en ausencia de controversia.

también es cierto que, de asumirse la postura contraria, se estaría considerando únicamente el interés privado de una de las partes, desoyendo, por un lado, el de la otra y, por el otro, el interés público que está en juego en la uniformidad de la jurisprudencia.

Se trata, sin duda, de un caso en el que se contraponen el derecho de una parte con el derecho de su adversario a ser juzgado con igualdad respecto de los justiciables que fueron juzgados por otras salas en situaciones análogas. Esta dicotomía podría resolverse si se impusiera a las salas el deber de informarse de la jurisprudencia de sus pares y convocar el plenario cuando dudasen si la sentencia que están por dictar contradice un precedente anterior, tal como lo establecía el artículo 113 de la acordada de la Corte. Si este deber no fuera cumplido, la sentencia sería nula y, por ende, no se derivaría de ella ningún derecho hacia la parte que habría resultado beneficiada.

B. Requisitos de admisibilidad

Los artículos 288 y 289 prevén, para la admisibilidad del recurso, una serie de requisitos: (a) que sea interpuesto contra sentencia definitiva; (b) que dicha sentencia contradiga la doctrina establecida por alguna de las demás salas de la cámara en los diez años anteriores (no procede el recurso si contradijera una sentencia de la misma sala³⁷⁸); (c) que el precedente se hubiera invocado con anterioridad en el proceso; (d) que no pudiera seguirse otro juicio sobre el mismo objeto; (e) que no se trate de regulaciones de honorarios o sanciones disciplinarias.

La previsión de aquellos requisitos ha dado lugar a la caracterización del recurso como excesivamente formal, “un recurso de muy poco uso, muy difícil de acceder; tanto que parece creado para que no pueda ser usado”³⁷⁹. Si a eso se agrega el desarrollo jurisprudencial de esos requisitos que, lejos de flexibilizarlos, han creado un verdadero exceso ritual manifiesto³⁸⁰, resulta fácil comprender por qué el recurso jamás ha cumplido su objetivo. Ejemplo de esto último es el requisito de invocación del precedente, sobre el cual se ha llegado a decir que “no resulta hábil la invocación cuando se cita defectuosamente la sala en que se originó el precedente, y en la remisión al diario que lo publicó, junto con numerosos sumarios, se omite citar concretamente el número que lleva el sumario correspondiente, de

³⁷⁸ Esto contradice la misma esencia del fallo plenario. Cfr. Falcón, E., *Código Procesal...*, pág. 744.

³⁷⁹ Ídem. “Además de tratarse de un recurso de difícil acceso por su regulación legal, los tribunales le han acordado una interpretación en exceso restrictiva”. Di Iorio, A., “El recurso...”, pág. 222.

Esta dificultad de acceso al recurso fue objeto de profunda crítica desde el comienzo: “... las Cámaras no deben ser demasiado rigurosas en su criterio de exclusión: cada vez que la duda, la confusión o la inseguridad se manifiesten, sería de desear que ellas se apresurasen a definir y fijar la doctrina que ha de primar en la jurisprudencia. Responderían así más cumplidamente a los fines de la ley, a las exigencias de una administración de justicia vigilante y cuidadosa, a los altos intereses jurídicos y sociales que deben tutelar...” Garmendia, M. A., *Derecho civil y procesal...*, pág. 26.

³⁸⁰ “Además de tratarse de un recurso de difícil acceso por su regulación legal, los tribunales le han acordado una interpretación en exceso restrictiva”. Cfr. Di Iorio, A., “El recurso...”, pág. 222.

modo tal de permitir su correcta ubicación”³⁸¹ y que resulta insuficiente “la sola mención incompleta de la carátula de expediente y de la sala que originó el precedente invocado, sin ninguna otra referencia que permita su eficaz individualización tales como la fecha o el número de entrada”³⁸².

La Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación confirma que los requisitos y formalidades a los que está sujeto el recurso han significado su fracaso. En este sentido, se afirmó que “[l]as estadísticas demuestran que en un elevado porcentaje de casos los recursos no son acogidos, y en la mayoría de éstos, por no cumplirse sus requisitos formales: interposición dentro del plazo legal, fundamentación, oportuna mención del precedente supuestamente contradictorio, etc.”³⁸³.

Además, aquellos requisitos quitan de la esfera del recurso ciertas contradicciones o cambios jurisprudenciales, que quedan, de ese modo, admitidas y legitimadas por el ordenamiento procesal, tales como: (a) la autocontradicción, es decir, no puede interponerse el recurso cuando la sala se hubiere apartado de su propio criterio anterior (lo cual es indicio de que el recurso esta fundado en la multiplicidad de jueces derivada de la existencia de subgrupos actuando en simultáneo y no en el respeto por el precedente); (b) un precedente contradictorio de más de diez años (lo cual autorizaría a pensar que al legislador entiende que el precedente pierde su fuerza por el mero transcurso del tiempo); (c) casos en que los jueces no han sido advertidos de la existencia de un precedente en la materia; (d) cuestiones que no son materia de sentencia definitiva; (e) asuntos referidos a honorarios o sanciones disciplinarias, seguramente en virtud de que son ámbitos en los que normalmente se involucran muchas consideraciones de hecho que tornan inconveniente fijar una doctrina abstracta obligatoria.

Por último, se ha discutido si aquellos requisitos son aplicables a la autoconvocatoria o si, por el contrario, la cámara puede reunirse y dictar un fallo plenario sin límites temporarios, materiales ni de ningún tipo. Esta último es la doctrina que se deriva del plenario “Frigorífico Máximo Paz S.A.C.I.F.I.A. s/ recurso de apelación --I.V.A.- s/ daños y perjuicios”³⁸⁴ de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

³⁸¹ CNCiv, en pleno, junio 29/6/79, “Fernández, Carlos c/Troncelliti, José”, suc., LL, 1979-D-211.

³⁸² CNCiv, en pleno, 29/6/79, “Jomich, Nadia c/La Vencedora”, LL, 1979-D-3.

³⁸³ B.O. del 7 de noviembre de 1967, pág. 4.

³⁸⁴ “La reunión del tribunal plenario a iniciativa de una de sus salas previstas por el Artículo 302 del Código Procesal, no está sujeta a las limitaciones que para la admisión del recurso de inaplicabilidad de ley fijan los Artículos 288 y 289” (del voto de la mayoría). “... las cuestiones sobre las cuales puede uniformar jurisprudencia el tribunal plenario cuando se reúne por iniciativa de cualquiera de sus Salas no están sujetas a las limitaciones de los Artículos 288 y 289 C.P.C.C.N.” (del voto de Barletta, Damarco y Pinzón). En contra, Galli manifestó “Que nada hay que autorice a predicar que los supuestos de inadmisibilidad del Artículo 289 son sólo aplicables cuando la reunión del Tribunal en plenario lo sea a instancia de un litigante y, en cambio, no lo sean cuando la reunión ocurre a invitación de una de sus Salas. Ni la letra ni el espíritu de la norma autorizan esta interpretación, cuando tanto en uno como en otro caso lo que se busca es obtener la uniformidad

C. La contradicción

Como se ha visto, el primer paso, una vez interpuesto el recurso de inaplicabilidad de ley, es la declaración sobre admisibilidad. Para ello, el presidente de la sala ante la cual se interpuso el recurso remite el expediente al presidente de la sala que siga en el orden de turno. A partir de la sanción de la ley 22434, es este último quien evalúa la admisibilidad del recurso, si existe contradicción y si el recurso está fundado (anteriormente, era la cámara en pleno la que evaluaba si existía o no contradicción). La resolución sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso es irrecurrible (artículo 293). Una vez que el presidente de la sala ha decidido la admisibilidad del recurso, debe enviarlo al presidente de la cámara, quien fija la cuestión a resolver.

La CNACAF, a partir del fallo plenario “Menegatti”³⁸⁵, resolvió que la cámara en pleno tiene facultades para revisar la decisión del presidente de la sala acerca de la existencia o no de contradicción.

D. Consecuencia jurídica del apartamiento de un plenario

El artículo 303 del Código Procesal dispone que “la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera

de la jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias.” (del voto de Galli, en disidencia). CNACAF “Frigorífico Máximo Paz S.A.C.I.F.I.A. s/ recurso de apelación --I.V.A.- s/ daños y perjuicios”, 12 de abril de 1989.

³⁸⁵ *Menegatti, Luis Mario c/ Estado Nacional* (Comando en Jefe del Ejército s/retiro militar), sentencia del 6-7-1980: “... la decisión de la Sala al conceder el recurso de inaplicabilidad de ley (Artículo 293 del C. Procesal) no significa sino declarar que es admisible a los efectos procesales, pero sin mengua para el Tribunal de resolver en definitiva, con plenitud, sobre un punto que por su incidencia en el rigor lógico de lo que se decida, debe admitirse como de posible análisis previo en la oportunidad que señala el Artículo 297 del C. Procesal” (voto del Dr. Miguens). En contra, se pronunció el Dr. Azcona, quien afirmó que “la resolución de la Sala que determinó la existencia de contradicción con arreglo a lo estatuido por el Artículo 293 del Código citado no es susceptible de revisión, en cuanto a su mérito, por tratarse de un acto procesal precluído [sic] en el régimen del Código procesal en vigor”. Ello, sostuvo, por cuanto la decisión de la sala había sido enviada oportunamente al presidente de la cámara, quien fijó la cuestión a resolver sin que los integrantes del tribunal formularan objeción alguna, resultando consentida y definitivamente fijada tanto la cuestión planteada como la existencia de contradicción. A pesar de esta última opinión, el tribunal decidió someter a votación la existencia de contradicción. El voto originó un empate que fue decidido por el presidente de la cámara en favor de la inexistencia de contradicción en el caso concreto. Sin perjuicio de que no es tema que atañe a esta tesis, el caso podría plantear un problema con el derecho del particular, a quien ya se le había declarado admisible el recurso, y amerita analizar si esa declaración de admisibilidad no originó a su favor un derecho adquirido a que la sentencia que lo perjudicaba fuera revisada. De cualquier modo, más allá de la consideración del derecho del particular, también resulta un dispendio jurisdiccional y una consecuente pérdida de tiempo para los camaristas reunirse en pleno para analizar si existe o no contradicción. Lo cierto es que el plenario *Menegatti* fue, y es, reiteradamente citado para autorizar la revisión de la existencia de contradicción. Véase, v.gr., CNACAF (en pleno), “Varig S.A. s/ apelación resolución Dirección Nacional de Migraciones”, sentencia del 25/9/1986; CNACAF (en pleno), “Cruzeiro Do Sul s/ Resolución N° 2.544 de la Dirección Nacional de Migraciones”, sentencia del 25/9/1986; CNACAF (en pleno), “Núñez, Blanca Hebe c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal Argentina s/ cobro de pensión”, sentencia del 15-6-1993.

instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria”.

A partir de la obligatoriedad consagrada en ese artículo y en virtud de que los fallos plenarios se orientan a uniformar la jurisprudencia y evitar la contradicción entre salas de un mismo tribunal, siempre que una sentencia se apartase de la doctrina plenaria, el ordenamiento jurídico debería prever una consecuencia. Probablemente esa consecuencia deberá ser la anulación de aquella sentencia, y su reemplazo por otra que se adecúe al fallo plenario. En algunos casos, la sentencia podría ser el germen de un nuevo plenario que revisara el anterior y lo modificara.

No obstante, en el estado actual de las cosas, no hay consecuencia jurídica cuando una sala se aparta de un fallo plenario, lo cual constituye un verdadero escándalo jurídico. Si bien es cierto que es algo que no se dará con habitualidad, se han planteado algunos casos en los tribunales, y no han sido resueltos con éxito.

En efecto, la Cámara cuya jurisprudencia se ha analizado en detalle en el capítulo IV de esta tesis (CNACAF) ha denegado el recurso de inaplicabilidad de ley contra la sentencia que contradecía un plenario, sin siquiera indicar cuál sería el remedio viable ante esta situación. En ese sentido, se afirmó que

... el presente recurso se funda en que habría contradicción entre el pronunciamiento de fs. 199/200 y la doctrina plenaria sentada por la Cámara en el caso Piedra Grande S.A. s/Apelación (fallo del 19-5-87), la que fuera invocada en oportunidad de expresar agravios (...)

Que el art. 288 del Código de formas establece, como requisito de admisibilidad del recurso intentado, que la sentencia impugnada contradiga la doctrina fijada ‘por alguna de las salas de la cámara’, lo que es congruente con la finalidad de este instituto, en cuanto propende a la uniformidad de la jurisprudencia de cada fuero.

Este objetivo no se satisface en la especie, pues la doctrina legal ya habría sido fijada, de modo que no se daría una contradicción propiamente dicha, sino en todo caso una falta de acatamiento a lo preceptuado en el art. 303 del código procesal respecto de la obligatoriedad de los fallos plenarios, proceder éste que no tiene remedio procesal a través de la vía escogida.³⁸⁶”

³⁸⁶ CNACAF, Sala I, “Cerámica Pilar S.A. y otro s/apelación – Ganancias e IVA – Expte. 7329-2 TFN”, Expediente n° 166864, sentencia del 19 de septiembre de 1988.

Los mismos argumentos fueron utilizados por la Sala I en la causa “Jujuy Refrescos S.A. s/recurso de apelación – Impuestos Internos – Tribunal Fiscal de la Nación”³⁸⁷.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había resuelto, en pleno, que el recurso de inaplicabilidad era el medio idóneo para impugnar la sentencia que estuviera en contradicción con la jurisprudencia plenaria³⁸⁸. Sin embargo, pasaron unos años hasta que modificara, mediante otro plenario, esa doctrina: un fallo plenario con opiniones divididas —“Acepa S.C.A. c/ Faiatt, Jorge R. s/ resolución contractual”³⁸⁹—, estableció que el recurso de inaplicabilidad no procede contra una sentencia que contradice un fallo plenario y que, en todo caso, la cuestión debe ser resuelta por la Corte a través de la doctrina de arbitrariedad de sentencias. Sin embargo, la Corte no siempre ha admitido el recurso extraordinario para tal hipótesis. Dicho recurso era sistemáticamente rechazado en tales casos³⁹⁰, aunque esa doctrina ha ido flexibilizándose³⁹¹.

La doctrina ha propuesto que se le conceda al apelante la posibilidad de acudir en queja al presidente de la cámara para que este, por aplicación analógica del artículo 16 de la ley 48, designe una nueva sala o dicte sentencia en la causa. Pero esa solución no ha tenido acogida en los tribunales³⁹².

³⁸⁷ CNACAF, Sala I, “Jujuy Refrescos S.A. s/recurso de apelación – Impuestos Internos – Tribunal Fiscal de la Nación”, Expediente n° 17010, sentencia del 24 de abril de 1990.

³⁸⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, *Géminis S.C.A. v. Oficiner Fraida*, JA 28-1975, pág. 87, sentencia del 7 de marzo de 1975.

³⁸⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, sentencia del 16 de marzo de 1982.

³⁹⁰ *Fallos*, 254:420, *Club Atlético Boca Juniors s/informe*, sentencia del 21-12-1962; *Fallos*, 264:13, *Loray c. Construcciones Vitub*, sentencia del 14-12-1966; *Fallos*, 271:116, *Díaz c. Establecimiento Guereño*, del 12-7-1968; *Fallos*, 296:106, *Fernández c. Iguazú*, sentencia del 12-10-1976; *Fallos* 303:450, *Puerán S. R. L. c. Cía. Vitoral*, sentencia del 24-3-1981.

³⁹¹ En este sentido, la Corte ha desarrollado una doctrina según la cual si bien el principio general es que el apartamiento de un fallo plenario constituye cuestión ajena al recurso extraordinario, este principio encuentra su excepción cuando la sentencia que se aparta no exhibe “fundamentos acordes con la índole y complejidad de las cuestiones debatidas” (Cfr. *Gaspar, Rodolfo y otros c. Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires*, *Fallos* 313:635, sentencia del 31-7-1990; *Roldán, Rubén Horacio y otros c. Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.A.*, *Fallos* 313:739, sentencia del 21-8-1990; *Núñez, José y otros c. Segba*, *Fallos* 312:482, sentencia del 13-4-1989; *Barbul, Luis y otros c. Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.A.*, *Fallos* 313:924, sentencia del 18-9-1990). Por su parte, en *Felici, María Concepción y otros c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones*, (*Fallos* 314:171, sentencia del 26-3-1991), se dejó sin efecto la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional del Trabajo, puesto que los fundamentos para justificar el apartamiento del plenario no eran “congruentes con el objeto de la *litis*...”. Algo similar ocurrió en *Gardella, Javier Luis y otros c. Coopág. de Prov. y Serv. PÁG. Transportistas Cons. Y Cred. Ltda. y otro s. daños y perjuicios*, (*Fallos*, 317:1809, sentencia del 20-12-1994), donde se dejó sin efecto la sentencia de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que omitió aplicar la doctrina plenaria obligatoria “sin exhibir fundamentos acordes con la índole y complejidad de la cuestión debatida [...] lo cual redundaba en un menoscabo del derecho de defensa en juicio” (consid. 4º). Si bien esto implica el reconocimiento, por parte de la Corte, de su competencia en casos en los que no se respeta un plenario, la fórmula empleada por la Corte continúa poniendo en peligro el mecanismo del fallo plenario, pues da a entender demasiado genéricamente que, en el caso de que se brinden fundamentos suficientes, el plenario podría ser desoído por las salas de la Cámara.

³⁹² Falcón, E., *Código Procesal...*, pág. 477.

Lo cierto es que la obstaculización de una instancia revisora en este tipo de casos produce un doble perjuicio: (i) para el particular, que ve vulnerado no solo su derecho a una tutela judicial efectiva, sino que, en lo sustancial, ve alterada su seguridad jurídica incluso más que si se encontrara en el supuesto de contradicción entre sentencias de dos salas³⁹³; (ii) para el orden y la seguridad jurídica en general, pues se pone en peligro toda la estructura procesal que se ha construido para garantizar la uniformidad de la jurisprudencia dentro de una cámara.

Los argumentos en los que la Cámara se ha basado para declarar inadmisibles los recursos de inaplicabilidad en estos supuestos fueron: (i) la interpretación literal del artículo 288 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que dispone que el recurso “solo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida *por alguna de las salas* de la cámara”; (ii) la idea de que si el legislador hubiera querido habilitar el recurso en estos casos, como esa discusión databa de años atrás, lo habría hecho a través de la ley 22434; (iii) el hecho de que, si se admitiera que el particular puede instar recurso de inaplicabilidad de ley y así convocar a la reunión plenaria para la revisión de la doctrina plenaria, se estaría dejando en cabeza de un particular la posibilidad de instar la revisión de un plenario, mientras que la autoconvocatoria de la cámara para revisar una doctrina plenaria requiere, conforme lo normado, la mayoría absoluta.

A pesar de que todos los argumentos esbozados por la Cámara son válidos, es, no obstante, conveniente que esa doctrina sea abandonada y que se declare admisible el recurso. Esto, no para revisar la justicia de la doctrina plenaria (independientemente de que ello pueda hacerse si se cuenta con la mayoría legal exigida) ni para evaluar si hay una contradicción, en términos estrictos, entre el plenario, pues, como lo ha expresado Vernengo Prack, en su voto en el plenario mencionado (“Acepta”, considerando v), la verdadera contradicción solo puede evaluarse a partir del análisis de los hechos de los dos casos y un fallo plenario se caracteriza, precisamente, por ser una doctrina legal carente de hechos. Más bien, el recurso se debería conceder para analizar si la sentencia cuestionada se ha apartado o no, en ese caso concreto, en esa circunstancia fáctica determinada, de la doctrina legal fijada en el plenario y, en caso afirmativo, esa sentencia debería ser revocada.

Se ha sostenido que esta posibilidad pueda contrariar, en cierta forma, la letra estricta de la ley procesal que regula el recurso (que menciona la contradicción con la sentencia de “alguna de las salas”). En rigor de verdad, el reemplazo de una interpretación literal de la norma (que, por lo demás, ha demostrado demasiadas deficiencias en su literalidad) por una interpretación teleológica, lleva a admitir que lo que el legislador ha pretendido es la uniformidad de la jurisprudencia y el mantenimiento de dicha uniformidad a partir de la

³⁹³ Porque ha sustentado su derecho no en una mera sentencia de sala, sino en un fallo de aplicación obligatoria, dictado por la cámara en pleno.

consagración de la obligatoriedad de los plenarios. Desde esta perspectiva, la admisión del recurso contra una sentencia que se aparta de un plenario “es de interpretación sana, no contradictoria ni contraria a sus principios”³⁹⁴. De lo contrario, el legislador habría borrado con el codo lo que escribió con la mano: carece de sentido prever un mecanismo agravado para resolver mediante el pleno un conflicto de jurisprudencia que pudiera existir entre dos salas de la misma cámara y otorgar expresamente obligatoriedad para toda la cámara a ese precedente plenario, si no se habilita algún modo de garantizar que esa obligatoriedad sea respetada. Como se dijo más arriba, la sanción jurídica no hace a la esencia de la obligación (en el sentido de que no es correcto afirmar que la obligación existe porque hay una sanción jurídica). Sin embargo, la existencia de algún tipo de consecuencia jurídica frente al apartamiento del plenario evita que el deber de respetar su obligatoriedad quede sujeto a la mera voluntad de los camaristas.

La Corte Suprema expresamente ha denegado la vía extraordinaria en estos casos³⁹⁵. Más allá de eso, es indudablemente preferible que sea la cámara quien revise estas cuestiones. Es ella la que estará en mejores condiciones para interpretar cuáles son los alcances de la doctrina plenaria. Además, será útil el aporte y la exposición de los miembros de la sala que hubiera dictado la sentencia contradictoria, que son quienes más familiarizados se encuentran con los hechos del caso. Su explicación relativa a si verdaderamente se ha querido desoír el plenario o si el apartamiento estaba justificado y por qué (por ejemplo, por una circunstancia de hecho distinta entre un caso y otro), hará que la decisión que se tome respecto de esa sentencia sea más justa e imparcial.

Contra ello, el plenario bajo análisis sostiene, por un lado, que, si se admitiera que la cámara revisase una sentencia para analizar su concordancia con un plenario, se estaría admitiendo en cabeza de la cámara la facultad casatoria, que solo recae en la Corte Suprema. Y que, cuando se dicta el plenario, la finalidad es la uniformidad de la jurisprudencia y la casación (anulación) de la sentencia contraria a la doctrina obligatoria es solo un efecto indirecto. Sin embargo, no se ve motivo por el cual, si la cámara en pleno puede dejar sin efecto una sentencia luego de fijar en pleno la doctrina opuesta, no puede hacerlo luego cuando, ya fijada anteriormente esa doctrina, una nueva sentencia se le opone. La facultad casatoria estará tanto en el primer caso como en el segundo y en ambos derivará del propio texto de la ley (en el primer caso, por cuanto el Código prevé ese procedimiento para uniformar la jurisprudencia, y en el segundo, por cuanto el Código prevé la obligatoriedad del fallo plenario). Por otro lado, como se ha visto, la Corte Suprema ya ha rechazado expresamente el ejercicio de su parte de esa facultad casatoria que pretenden reservar.

³⁹⁴ “Acepta” (disidencia de los jueces Pizarro; Cifuentes; Alterini; Durañona y Vedia; Yáñez).

³⁹⁵ *Club Atlético Boca Juniors s/informe*, sentencia del 21 de diciembre de 1962, *Fallos*, 254:420; *Loray c. Construcciones Vitub*, sentencia del 14 de febrero de 1966, *Fallos*, 264:13; *Díaz c. Establecimientos Guereño*, sentencia del 12 de julio de 1968, *Fallos*, 271:116; *Fernández c. Iguazú*, sentencia del 12 de octubre de 1976, *Fallos*, 296:106; *Puerán S. R. L. c. Cía. Vitoral*, sentencia del 24 de marzo de 1981.

Otro de los argumentos para negar la revisión consiste en sostener que admitir el recurso implicaría que siempre que una sala pretendiera la revisión de la doctrina y no lograse obtener la autoconvocatoria, le bastará apartarse del plenario, provocando que la parte perjudicada interponga el recurso. Sin embargo, como se ha visto, la intención de la reunión plenaria no debiera ser la revisión de la doctrina plenaria sino más bien el análisis del verdadero apartamiento y el dictado de una sentencia que reemplace la recurrida (o, en su defecto, el reenvío a otra sala a los mismos efectos). Así, la revisión de la doctrina plenaria solo podría tener lugar si, reunido el plenario, se lograra la mayoría absoluta que exige la ley para hacerlo.

Pero incluso cuando se afirme que admitir el recurso podría ocasionar que la sala discordante se “saliera con la suya”, logrando así la revisión del plenario sin necesidad de contar con mayoría, sí se necesitará la mayoría para modificar el plenario. Y si esa mayoría para modificar el plenario se lograra, en definitiva, se habría obtenido un buen resultado de la concesión de ese recurso de inaplicabilidad de ley, pues evidentemente el plenario que hasta entonces estaba vigente no coincidía con la opinión de la mayoría de la cámara.

Más allá de todo eso, la cámara siempre deberá desalentar que las salas, omitiendo el procedimiento previsto para la modificación de un plenario (autoconvocatoria), se aparten sin más de un fallo plenario. Y esto se lograría si, como se propone en esta tesis, se complementase el procedimiento plenario con una obligación previa de respetar el precedente horizontal.

E. Vigencia del fallo plenario. Modificación

La doctrina de un fallo plenario solo puede ser modificada a partir del dictado de un nuevo fallo plenario, conforme lo dispone el artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En el estado actual de la jurisprudencia esa revisión procede únicamente a iniciativa de la cámara, pues el particular no podrá interponer el recurso de inaplicabilidad de ley contra la sentencia que contradice un plenario, tal como se mencionó oportunamente.

El hecho de que un fallo plenario solo pueda ser modificado por otro fallo plenario implica que la doctrina del primero tiene vigencia hasta el dictado del segundo. Esto fue admitido por el plenario “Kartopapel”³⁹⁶, en el cual la Cámara Nacional en lo Civil en pleno sostuvo que los plenarios no pierden vigencia por el paso del tiempo.

Hasta entonces, había habido varias causas en las que Llambías, a cuyos votos adherían otros jueces, sostenía que la durabilidad de los fallos plenarios era de diez años, pues se decía

³⁹⁶ “Kartopapel S. A. C. I. c. M.C.B.A. s/repetición de impuestos”, del 15/7/77; E. D., t. 74, pág. 322; Rev. *La Ley*, t. 1977-C, 361.

que ello surgía implícitamente del artículo 288, que establece que el recurso solo será admisible contra sentencia definitiva que contradijese la doctrina establecida por alguna de las salas de la cámara “en los diez años anteriores a la fecha del fallo recurrido”³⁹⁷.

Ahora bien, del análisis de diversos fallos plenarios de las cámaras de apelaciones, puede extraerse algunas causales que normalmente son las que dan lugar a la modificación de un plenario:

(a) CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. Entre las nuevas circunstancias que suelen originar una revisión de la doctrina plenaria fijada se pueden mencionar: el dictado de una norma que regula la cuestión o alguno de sus aspectos; cambios sociales, económicos o políticos de trascendencia. Esta variación en la situación de hecho o de derecho en la que se sustentó el plenario puede dar lugar a la modificación del plenario mediante el dictado de otro o bien a la revisión de la doctrina plenaria que culmine en el mantenimiento del plenario anterior. Esto ha hecho la Cámara Nacional en lo Civil, *in re* “Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 S.A.C.I. interno 200 s/ daños y perjuicios”³⁹⁸.

(b) CAMBIO DE INTEGRACIÓN. El cambio de personal en las cámaras de apelaciones ha dado lugar a la modificación de un plenario. A continuación, se ofrecen algunos ejemplos.

En el plenario “Rumbo de Cancela, María Luján Elena c/ Estado Nacional (Minist. de Defensa) s/ retiro militar”³⁹⁹, se dejó sin efecto la doctrina plenaria establecida tres años antes en el plenario “Benetrix de Brunetti”⁴⁰⁰, sin mayores explicaciones de por qué acontecía este cambio. Sin embargo, el análisis de los jueces firmantes demuestra que esta modificación atendió a un cambio de los magistrados respecto de aquellos que firmaron el primer plenario.

³⁹⁷ “La obligatoriedad de los fallos plenarios cesa al cabo de diez años de su fecha. Esta conclusión está impuesta implícitamente por el art. 288 del Cód. Procesal de la Nación [...], lo cual muestra que luego de pasado ese término ya caduca la fuerza ligante que para un tribunal de justicia pueda tener un precedente determinado. De otro modo no se justificaría que pudiera denegarse un recurso de inaplicabilidad si subsistiera la necesidad de tomar en cuenta el precedente antes de dictar el fallo, sea para atenerse a él en el caso de provenir de un fallo plenario, sea para promover la convocatoria de la Cámara en pleno según lo prevenido en el art. 302 del mismo Código a fin de evitar sentencias contradictorias. Por lo demás este criterio sobre la caducidad temporal de la obligatoriedad legal de los fallos plenarios es el que condice con la finalidad de evitar el anquilosamiento del derecho, lo que hace al bien común de la sociedad”. Voto del juez Llambías, E. D., t. 39, pág. 342: Rev. La Ley, t. 147, pág. 687, fallo 28.959-S.

³⁹⁸ CNCiv., en pleno, sentencia del 23-3-2004. El fallo plenario que se revisó fue “Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios”, dictado el 2-8-1993. En este caso, lo que motivó la revisión del plenario fue la modificación de la situación de derecho y de las circunstancias de emergencia económica, a partir del dictado de la ley 25561 (6-1-2002).

³⁹⁹ CNACAF, “Rumbo de Cancela, María Luján Elena c/ Estado Nacional (Minist. de Defensa) s/ retiro militar”, dictado el 10-3-1994.

⁴⁰⁰ CNACAF, “Benetrix de Brunetti, Raquel M.C. c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/ ordinario”, dictado el 3-7-1990.

La votación del plenario “Benetrix”, fue de 7-4. La mayoría, estaba conformada por los jueces Pinzón, Barletta, Miguens, Galli, Esteves, Damarco y Marí Arriaga. La minoría, por González Arzac, Muñoz, Mordeglia y Grecco. Tres años más tarde, en el plenario “Rumbo de Cancela”, la votación fue de 7-3, estando la mayoría conformada por los jueces: Mordeglia, Grecco, Jeanneret de Pérez Cortés, Buján, Argento, Garzón de Conte Grand y Herrera. La minoría, esta vez, quedó conformada con los jueces Damarco, Galli y Miguens⁴⁰¹.

BENETRIX		RUMBO DE CANCELA	
Mayoría	Minoría	Mayoría	Minoría
- Pinzón	- González Arzac	- Mordeglia	- Galli
- Barletta	- Muñoz	- Grecco	- Damarco
- Miguens	- Mordeglia	- Jeanneret	- Miguens
- Galli	- Grecco	- Buján	
- Esteves		- Argento	
- Damarco		- Garzón	
- Marí Arriaga		- Herrera	

En los cuadros puede verse cómo cambió sustancialmente, en el lapso de cuatro años, la composición de la cámara. Únicamente los jueces marcados en rojo participaron de ambos plenarios. Este cambio de personal, en el caso, trajo consigo un cambio en la doctrina plenaria.

Algo similar sucedió en el plenario de la CNACAF “Transportes de Caudales Zubdesa S.A.C.I. c/Ferrocarriles Argentinos s/amparo por mora”, del 5 de febrero de 1985, donde se deja sin efecto un plenario de 1981, “ante la nueva estructura y composición” de la Cámara.

La modificación del precedente a partir de un cambio en las personas físicas que integran el tribunal es absolutamente criticable y es, sin duda, inadmisiblesi se reconoce algún tipo de obligatoriedad al precedente. Se volverá sobre ello en el capítulo VI.

⁴⁰¹ En este caso, los jueces Marí Arriaga y Muñoz no votaron pues se encontraban de licencia. De cualquier modo, de haber votado la decisión no habría cambiado —admitiendo que habrían mantenido su posición anterior—, pues se agregaría un voto a la mayoría (el de Muñoz) y otro (de Marí Arriaga) a la minoría.

(c) **SENTENCIA POSTERIOR DE LA CSJN:** las posibilidades de contradicción entre un plenario y un precedente de la Corte se agravan en virtud de que el recurso de inaplicabilidad de ley y el recurso extraordinario tramitan paralelamente, pues este último no suspende el plazo para la interposición del primero, tal como ha sostenido la propia Corte⁴⁰². Tampoco es procedente la interposición del recurso extraordinario en subsidio al de inaplicabilidad de ley⁴⁰³, de modo que el particular se ve prácticamente obligado a interponer ambos recursos en forma simultánea. Esto provoca que dicha contradicción se pueda llegar a producir incluso en el marco de la misma causa.

Es habitual que cuando un plenario fija una doctrina en un sentido y luego la Corte contradice esa doctrina, la cámara modifique el plenario hasta entonces vigente, invocando normalmente “razones de economía procesal” y la intención de evitar un “dispendio jurisdiccional”⁴⁰⁴. Esto sucedió, por ejemplo, en el plenario “Muñoz, Julio César c/E.N. (E.M.G.E.) s/ haber de retiro de Fuerzas Armadas y de Seguridad”. El 21 de junio de 1994, la cámara en pleno había dictado el fallo plenario “Tudor, Domingo Ubaldo c/ Estado Nacional (E.M.G.E.) s/ retiro militar”. El 28 de julio del mismo año la Corte dicta sentencia en la causa (análoga) “Moschini, José María c/ Fisco Nacional (A.N.A.) s/ cobro de pesos”, sentando doctrina contraria. Así es que, mediante el plenario “Muñoz”, dictado el 11 de agosto de 1994, se deja sin efecto la doctrina plenaria de “Tudor”, que tuvo vigencia solo por un mes.

Pueden verse, en el mismo sentido, “Perilli, Karina Rosario y otros c/ CSJN —Acordada N° 57/92— s/ empleo público”⁴⁰⁵ y “Vivas, Julio Hernán c/La Nación s/ordinario”⁴⁰⁶. El caso “Pellegrini de Behr, Elsa Mari c/ Estado Nacional (E.M.G.E.) s/ retiro militar y fuerzas de seguridad”⁴⁰⁷, donde se dejó sin efecto la doctrina plenaria dictada en “Ceriani, Irene c/ Estado Nacional”⁴⁰⁸ tiene una particularidad digna de ser destacada. El plenario “Ceriani” se había basado en la contradicción que existía entre la sentencia con ese nombre dictada por la Sala IV y la sentencia “Gay, Enriqueta Isabel c/ Estado Nacional (Min. de Educación y Justicia – Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal”, dictada por la Sala I.

⁴⁰² CSJN, *Fallos*, 251:520; 251:524; 250:648; 250:121; 244:43.

⁴⁰³ CSJN, *Fallos*, 265:131; 250:648; 244:355.

⁴⁰⁴ A veces, al tomar conocimiento del precedente de la Corte, la cámara se autoconvoca para modificar el plenario. En la causa “Valotta, Marcelo Ricardo c/Estado Nacional (P.E.N.) s/ ordinario”, la Sala IV había invitado a la cámara a convocarse para revisar la doctrina de la causa “Carrillo Ávila” el 4 de marzo de 1993. Sin embargo, no había logrado obtenerse la mayoría necesaria para la autoconvocatoria. Luego, la cámara toma conocimiento de la sentencia de Corte en la causa “Martiré”, dictada, precisamente, el 4 de marzo de 1993, en la que se sienta doctrina contraria a “Carrillo Ávila”. Así las cosas, la cámara decide autoconvocarse, alcanza la mayoría y, en el plenario “Valotta”, decide dejar sin efecto la doctrina plenaria de “Carrillo Ávila”, “pues de otro modo se obliga a proseguir la controversia a los interesados lo que implica un mayor dispendio jurisdiccional sin que pueda inferirse la posibilidad de un cambio de doctrina”.

⁴⁰⁵ CNACAF, en pleno, fallo del 17 de diciembre de 2003.

⁴⁰⁶ CNACAF, en pleno, fallo del 31 de julio de 1981.

⁴⁰⁷ CNACAF, en pleno, fallo del 12 de diciembre de 1996.

⁴⁰⁸ CNACAF, en pleno, fallo del 11 de agosto de 1993.

Ahora bien, contra esa sentencia (“Gay, Enriqueta”), estaba pendiente de resolución un recurso extraordinario interpuesto ante la Corte Suprema. De modo que tramitaba simultáneamente la revisión de la sentencia en cámara y en Corte. La Corte, en marzo de 1993, dicta sentencia revocando la sentencia “Gay, Enriqueta” y confirmando, entonces, la doctrina desarrollada en “Ceriani”. Así es que, al momento de resolver el plenario, el 11 de agosto de 1993 y, la Cámara cita el precedente de la Corte y lo sigue. Años después, como ya se ha visto, este plenario sería dejado sin efecto por un nuevo plenario, “Pellegrini”, en el que se invoca también un precedente de la Corte, “Collie, Lidia”, del 5 de noviembre de 1996.

En esta línea, la Corte Suprema sostuvo —incluso durante la vigencia del artículo 113 del reglamento— que no procedía el recurso extraordinario si la sentencia del juez se había apartado del fallo plenario para ajustarse a posterior jurisprudencia de la Corte sobre el punto⁴⁰⁹ y que “Corresponde dejar sin efecto la sentencia que al decidir sobre el plazo de prescripción aplicable a la acción por cobro de la tasa retributiva de servicios que percibe Obras Sanitarias de la Nación decidió el caso con arreglo a la doctrina de un plenario del fuero, apartándose de lo ordenado por la Corte en su anterior sentencia dictada en la causa⁴¹⁰”. Sin embargo, luego adhirió a la postura contraria —fluctuando una vez más en su jurisprudencia— al sostener que “No es descalificable la sentencia fundada en un plenario cuya doctrina es contraria a la jurisprudencia de la Corte en la materia⁴¹¹”.

Otro caso interesante tuvo lugar en el plenario “Saccone, Mario Santos c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa Nacional) s/cobro de australes”⁴¹². Allí se dejó sin efecto el plenario “Trejo Lema”, porque existían múltiples fallos de la Corte Suprema, a partir del caso “Martínez, Marcelino”, que lo contradecían. La minoría, integrada por los jueces Galli, Hutchinson, Muñoz y Miguens, entendió que no correspondía dejar sin efecto el plenario “Trejo Lema”, pues no había habido un cambio en la opinión de la cámara, sino que se estaba dejando sin efecto únicamente por el hecho de que había un precedente de la Corte de cuya permanencia existían grandes dudas.

Si bien no desconocieron, en su voto minoritario, el hecho de que un plenario pudiera modificarse a raíz de una sentencia de Corte, sí lo hacían en ese caso concreto, puesto que la causa “Martínez, Marcelino”, había sido decidida en la Corte por una mayoría de tres

⁴⁰⁹ 9/12/1958, *Fallos*, 242:413

⁴¹⁰ 8/9/1987, *Fallos*, 310:1769.

⁴¹¹ 7/10/1982, *Fallos*, 304:1459: “No obstante la decisión fue tomada sólo por mayoría y que dentro de ella hubo tres disidencias parciales, y al margen del acierto o error de la doctrina establecida, sobre la que no cabe en el caso pronunciamiento de la Corte, por la materia de que se trata, resulta manifiesto que la conclusión del plenario no es susceptible de la tacha de arbitrariedad, que no autoriza a la Corte a sustituir el criterio de los jueces de la causa en materias que les son propias, en tanto hayan fundado suficientemente sus pronunciamientos”.

⁴¹² CNACAF, en pleno, fallo del 22 de marzo de 1990.

miembros, uno de los cuales ya no la integraba⁴¹³. En consecuencia, sostuvieron que “dejar sin efecto la citada doctrina para adoptar otra contraria lleva riesgo de, si la Corte adopta otra solución, que este Tribunal se encuentre en la necesidad de llamar nuevamente a plenario para volver a su primitiva postura [...] Ello atenta contra la seguridad jurídica que, es justamente lo que quiso solucionarse con este recurso especial”.

La actitud contraria fue tomada por la Cámara Nacional en lo Civil, en el famoso plenario “Obarrio y Gauna”⁴¹⁴, en el que contradijo un precedente de la Corte Suprema. Para comprender este plenario, conviene vislumbrar las distintas circunstancias que pueden darse entre la cámara en pleno y el precedente de la Corte. Podría darse que:

(i) en una misma causa judicial, el recurso extraordinario y el plenario estuvieran tramitando paralelamente. En este caso, es posible que (a) ambas doctrinas coincidan; (b) ambas doctrinas se contrapongan (en cuyo caso, si el plenario fue dictado con anterioridad a la sentencia de la Corte, se deberá convocar nuevamente otro plenario para reajustar la doctrina plenaria a la jurisprudencia de la corte, cayendo en la hipótesis (ii)); (c) una doctrina se apoye en la otra (v.gr. el plenario se decida en virtud de lo que decidió la Corte); o bien

(ii) la cámara hubiera fijado su doctrina plenaria en un precedente y luego, en otro caso, la Corte la contradijese. En tal caso, se debería convocar una nueva reunión plenaria para conformar la doctrina de la cámara con la jurisprudencia de la Corte;

(iii) la Corte hubiera fijado su doctrina y luego, en otro caso, la cámara en pleno la contradijese. Esto último sucedió en el plenario Obarrio y Gauna. La Corte Suprema había fijado su doctrina en el caso *Cía. Argentina de Seguros Visión*⁴¹⁵ (1990); doctrina que reiteró en *Nieto*⁴¹⁶ y en *Villarreal*⁴¹⁷ (2006). En diciembre de ese mismo año, sin embargo, la Cámara Civil, cuyas salas se contradecían sobre el asunto, se reunió en pleno y dictó el plenario “Obarrio y Gauna”, contradiciendo la jurisprudencia de la Corte. Frente a esto, la Corte revocó el plenario en el caso *Cuello*⁴¹⁸.

Los antecedentes jurisprudenciales dejan en evidencia dos grandes inconvenientes: por un lado, puede apreciarse que la maleabilidad de la doctrina de la Corte tiene grandes efectos en

⁴¹³ Aquí, una vez más, la normalización del cambio de jurisprudencia por cambio de composición aparece desde el momento en que los camaristas anticipan que, en tanto la composición del tribunal varió, así lo haría (o podría hacerlo) su jurisprudencia. Desafortunadamente, esa anticipación es la más acertada, de acuerdo con la realidad de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico, pero no debería serlo.

⁴¹⁴ Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, en pleno, “Obarrio, María Pía c/ Microomnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios (Acc. Tran. c/ Les. o muerte) Sumario” y “Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios”, fallo del 13 de diciembre de 2006.

⁴¹⁵ *Fallos*, 313:988 (1990), sentencia del 2 de octubre de 1990.

⁴¹⁶ *Fallos*, 329:3054 (2006), sentencia del 8 de agosto de 2006.

⁴¹⁷ *Fallos*, 329:3488 (2006), sentencia del 29 de agosto de 2006.

⁴¹⁸ *Fallos*, 330:3483 (2007), sentencia del 7 de agosto de 2007.

la cámara, puesto que al ser práctica habitual la de decidir los plenarios en base a los precedentes de la Corte sobre la materia, cuando esta cambia su jurisprudencia se generan grandes inconvenientes en la jurisprudencia plenaria de la cámara de apelaciones. Esto ha ocasionado, incluso, que un juez vote en un sentido por la única razón de obedecer al precedente de la Corte —y expresamente invocando su opinión personal contraria— y que, en el interregno entre el voto y la fundamentación del plenario, la Corte haya cambiado su criterio sin que el magistrado de cámara pueda alterar su voto⁴¹⁹.

Por otro lado, es un grave inconveniente que tramiten paralelamente el recurso de inaplicabilidad de ley y el recurso extraordinario, pues, en el mejor de los casos, se producirá en cámara un debate innecesario, siendo preferible esperar la decisión de la Corte que, si deja sin efecto el precedente, hace desaparecer la contradicción, y, en el peor de los casos, se corre el riesgo de que el plenario sea contradicho por la sentencia de Corte, con la consecuencia de tener que llamar un nuevo plenario si quisiera acatarse esta última (que es lo que debería hacerse).

Aquello fue dejado en evidencia, en la CNACAF, en muchos de los votos de la juez Conte Grand, quien entendía que “se verifica claramente la inconveniencia de convocar a plenario considerando la existencia de un precedente contradictorio cuando ese fallo no ha pasado en autoridad de cosa juzgada por encontrarse impugnado con recurso extraordinario concedido”⁴²⁰.

⁴¹⁹ Véase el voto de Buján *in re* CNACAF, en pleno, “Romero, Gerardo c/E.N. (E.M.G.E.) s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seguridad”, causa n.º 26.425/94, fallo del 15 de abril de 1999. Algo similar ocurrió en “Carrillo Ávila” (CNACAF, en pleno, “Carrillo Ávila, Rafael c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ordinario, fallo del 12 de abril de 1989), donde los jueces Demarco y Marí Arriaga, dejando a salvo su opinión personal, adhirieron a dos precedentes de la Corte. En 1993, la Corte cambia su jurisprudencia y la cámara, en consecuencia, modifica el plenario.

⁴²⁰ Ello, por cuanto “el requisito objetivo de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley previsto en el Artículo 288 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, implica que el precedente que sienta la doctrina contradictoria con la sentencia impugnada debe revestir el carácter de sentencia firme, atributo que puede provenir de una disposición legal que no contemple contra ella recurso alguno, o bien del hecho de haber sido consentida por las partes. Si el precedente invocado está pendiente de recurso cabe la posibilidad de que sea sustituido por la sentencia de alzada, por lo que la doctrina que de él emana no es definitiva ni tampoco lo es la contradicción que sustentaría la convocatoria a plenario”. Cfr. su voto en “Ceriani”; CNACAF, en pleno, “Martín, Carlos Guillermo c/PÁG.E.N. s/empleo público”, fallo del 20 de marzo de 1997, causa n.º 838/96; CNACAF, en pleno, “Aebert Otto y otros c/ Estado Nacional – Mº de Defensa s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seguridad”, fallo del 20 de marzo de 1997.

En sentido contrario, la minoría en el plenario “Sanguinetti, Tulio c/ Estado Nacional (D.G.I.) s/repetición” (CNACAF, en pleno, fallo del 10 de diciembre de 1981), formada por los jueces Azcona, Esteves, Pico y Barletta, había sostenido que “la circunstancia de haber revocado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante fallo del 2 de junio de 1981 *in re* “Sanguinetti, Tulio c/ Estado Nacional (D.G.I.) s/ repetición” el pronunciamiento de la Sala I de esta Cámara del 14 de agosto de 1979 que se invoca en autos como precedente contradictorio, no obsta a la fijación, por el Tribunal en pleno, de la doctrina legal que será obligatoria para la misma Cámara y tribunales respecto de los cuales actúa como Tribunal de Alzada, en las condiciones determinadas por el Artículo 303 del Código Procesal. Ello así, porque aquella decisión de la Corte Suprema, sin desmedro del respeto que es debido a sus resoluciones y a la autoridad de que ellas gozan, no tiene efecto vinculante para este Tribunal en Pleno frente a la causa en que se ha de fijar la doctrina legal obligatoria, toda

F. El plenario virtual

El artículo 301 establece que, una vez declara la admisibilidad del recurso, el presidente debe notificar a las salas para que suspendan el pronunciamiento definitivo en las causas en las que se debaten las mismas cuestiones de derecho, hasta tanto se dicte el fallo plenario. A continuación, prevé una excepción a esa regla de suspensión de pronunciamientos: “Si la mayoría de las salas de la cámara hubiere sentado doctrina coincidente sobre la cuestión de derecho objeto del plenario, no se suspenderá el pronunciamiento y se dictará sentencia de conformidad con esa doctrina. Los miembros del tribunal podrán dejar a salvo su opinión personal”.

De la lectura del precepto transcripto se desprende que existe plenario virtual (la norma no lo denomina así, pero es el nombre utilizado doctrinaria y jurisprudencialmente) cuando la mayoría de las salas hubiera sentado doctrina coincidente. En estos casos, el Código indica que no deben suspenderse los pronunciamientos en los que se debate la misma cuestión que dio lugar al plenario y que se debe dictar sentencia plenaria de acuerdo con esa doctrina coincidente. Es decir que frente a una “doctrina coincidente” de la mayoría de las salas, el legislador obliga a aplicar directamente esa doctrina, sin suspender los procesos. En la práctica, la CNACAF ha hecho uso de este instituto en reiteradas oportunidades⁴²¹.

vez que la sección octava del Código Procesal no exige que los precedentes invocados deban ser firmes o confirmados por la instancia ulterior”.

⁴²¹ Esto sucedió en CNACAF, en pleno, “Martín, Carlos Guillermo c/PÁG.E.N. s/empleo público”, fallo del 20 de marzo de 1997, donde se sostuvo que “por aplicación de las disposiciones del Artículo 301 del C.PÁG.C.C., toda vez que las Salas I en las causas “Añasco, Roberto c/ Poder Ejecutivo” —26-11-1996—, “Schiaparelli, Humberto c/ Poder Ejecutivo Nacional” —12-12-1996—, Sala III en las causas “Verzoub, Marcos Ángel c/ Estado Nacional (M° de Economía)” —24-05-1996—, “Diodati, Jorge Mariano c/ Poder Ejecutivo Nacional” —26-09-1996— y Sala V en las causas “Majchrzak, Jorge Eduardo c/ Estado Nacional (PÁG.E.N.) —20-09-1996—, “Paez, Jesús Susana c/ Poder Ejecutivo Nacional” 02-10-1996 entre otras y el voto en disidencia de la Dra. Marta Herrera de la Sala II dictado en la causa “Basombrio, Fernando Guillermo c/ Estado Nacional” —19-09-1996— sentaron doctrina coincidente sobre la cuestión de derecho sometida a conocimiento del Tribunal en pleno, no corresponde suspender el pronunciamiento en aquellas causas donde se discuten los mismos planteos jurídicos [...] Los Dres. Guillermo Galli, María Jeanneret de Pérez Cortés y Alejandro J. Uslenghi dijeron que de acuerdo a lo prescrito en el Artículo 301 del C.PÁG.C.C. corresponde sentar la doctrina que resulta de los fallos mencionados.

Adviértase que los jueces de la sala IV (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés y Uslenghi), no expresaron su opinión —ni mayoritaria ni minoritaria—, sino que se limitaron a decir que, conforme lo dispuesto en el artículo 301, correspondía sentar la doctrina coincidente de la mayoría de las salas. En rigor de verdad, de la letra del artículo surge que el hecho de que no se suspendan los pronunciamientos no implica que el plenario no se sustanciará, sino que es una presunción de que ese plenario adoptará la doctrina coincidente.

Igual solución, invocando tanto el artículo 301 como el plenario “Martín” ya comentado, se tomó en los plenarios “López Dávalos, Arturo Ramón Néstor c/ PÁG.E.N. s/ empleo público”; “Canavese de Estrada Oyuela, Susana Inés y otro c/ PÁG.E.N. s/ empleo público”; “Ciancia, Adolfo Enrique c/ PÁG.E.N. s/ empleo público”; “Petraitis, Ernesto Jorge c/ PÁG.E.N. s/ empleo publico”; “Savino, Eduardo José c/ PÁG.E.N. s/ empleo público”; “Arias, César Fernando y otros c/PÁG.E.N. s/empleo público”; “Filevich, Alberto c/Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público”, fallos del 8 de abril de 1997.

También fue invocado el plenario virtual *in re* CNACAF, en pleno, “Aebert Otto y otros c/ Estado Nacional – M° de Defensa s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seguridad”, fallo del 20 de marzo de 1997.

Al establecer esta previsión, el legislador asumió que si la mayoría de las salas había decidido de igual forma el plenario aceptaría esa doctrina. No obstante, es necesario advertir que esto puede no ser así, no solo porque los magistrados podrían cambiar de opinión si se les permitiera deliberar y considerar otros argumentos, sino especialmente porque la mayoría de salas puede no reflejar la mayoría de jueces. Esto fue advertido por Falcón: la mayoría de las salas podría no ser la mayoría de la cámara si se votara la cuestión en plenario. Tomando el ejemplo de cinco salas, dos de las cuales votan unánimemente la doctrina A (ganando la doctrina A por 6 votos) y las otras tres salas votan en mayoría (2-1) la doctrina B (ganando la doctrina B por 6 votos), la doctrina virtualmente plenaria sería la B. Sin embargo, si todos los magistrados votaran, la doctrina plenaria resultaría la A, puesto que a los 6 votos de las dos cámaras unánimes se sumarían los 3 votos de las disidencias en las restantes tres cámaras, llegando a un número de 9 votos⁴²². Es por ello que dicho autor postula la consideración de los votos individuales para admitir que existe mayoría de una doctrina. De lo contrario, se dictarían múltiples sentencias con una doctrina que luego sería abandonada por un plenario, cuando este ya estaba en marcha.

5. LA CASACIÓN Y LA LEY 26583

Ya se ha visto, más arriba⁴²³, que la intención de crear una competencia de casación en el ordenamiento argentino se remonta a principios del siglo pasado. Luego de un intento fallido de incorporarlo definitivamente al texto constitucional —en tanto la Constitución de 1949 fue derogada—, aquel recurso fue finalmente incorporado en el ordenamiento procesal nacional a través de la ley 26853.

Esa norma derogó los recursos de inaplicabilidad de ley y la obligatoriedad de los fallos plenarios, y creó el recurso de casación y cámaras de casación con la intención de reemplazar las instituciones derogadas. Sin embargo, desde que se ha sancionado la norma hasta la fecha, existe una incertidumbre jurídica sobre su constitucionalidad y su vigencia. A raíz de esto, la situación del recurso de inaplicabilidad de ley, de las cámaras de casación y de los fallos plenarios es de cierta inestabilidad y transición.

De cualquier modo, el análisis de ambos regímenes es imprescindible para esta tesis. En primer lugar, porque el recurso de inaplicabilidad y el fallo plenario han sido los mecanismos utilizados por más de cincuenta años para uniformar la jurisprudencia en la instancia de apelación. De este modo, más allá de su continuidad o no el futuro, es necesario estudiar su funcionamiento para comprender el valor del precedente en esa instancia.

⁴²² Cfr. Falcón, E., *Código Procesal...*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2006, t. 1, pág. 757.

⁴²³ Cfr. § V.III.2.

En segundo lugar, porque la casación, presentada muchas veces como un camino alternativo de unificación, está en el debate jurídico también desde hace muchas décadas y ha llegado, en el 2013, a ser sancionada legislativamente. De este modo, es conveniente examinarla y evaluar si podría alcanzar el objetivo de unificación de la jurisprudencia para el que fue sancionada.

A. La ley 26853

Como se ha visto, las normas que originariamente consagraron la facultad de las cámaras o salas de reunirse en pleno para fijar una interpretación conforme no establecían la obligatoriedad de esa interpretación. Dicha obligatoriedad surgió jurisprudencialmente, pues se entendió que el espíritu de lograr una uniformidad de interpretación era que esta fuera aplicada; no tenía sentido reunirse a debatir y decidir si luego cada uno podía seguir aplicando la interpretación que le pareciera. Sin embargo, desde el inicio de esa jurisprudencia y más tarde, cuando la obligatoriedad se consagró expresamente en la ley, algunas voces se alzaron reclamando la inconstitucionalidad de dicha obligatoriedad, en especial en su faceta vertical y en el fuero penal⁴²⁴.

La ley 26853, enmarcada en un proyecto de democratización de la justicia, intentó zanjar esa cuestión, a partir de la derogación del recurso de inaplicabilidad de ley y la creación, en su reemplazo, del recurso de casación. Sin embargo, como se verá, la solución consagrada es ineficaz, tal como se reguló a partir de esa norma, para propiciar la uniformidad de la jurisprudencia.

El recurso de casación está regulado por el artículo 11 de la ley, que sustituye los textos originales de los artículos 288 y 289 por los siguientes:

Artículo 288: Las sentencias definitivas o equiparables, dictadas por la Cámara de Apelación, serán susceptibles de recurso de casación.

El recurso de casación será admisible contra las resoluciones que decidan la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública y contra las decisiones que declaren formalmente inadmisibles a la pretensión contencioso-administrativa.

Artículo 289: El recurso de casación se podrá fundar en alguna de estas causales:

1. Inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva
2. Inobservancia de las formas procesales esenciales

⁴²⁴ Véase, por ejemplo, Sartorio, José C., “La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad”, en *La Ley* La t. 96, sección Doctrina, págs. 799-812; Recalde, Jorge, “La inconstitucionalidad de una sentencia plenaria”, *El Derecho. Jurisprudencia General*, Buenos Aires, Universitas, vol. 185, págs. 1134-1151; Kairuz, María, “La obligatoriedad de los fallos plenarios en la Justicia Nacional en lo Penal”, *La Ley*, Buenos Aires, vol. 2006-D, págs. 961-973.

3. Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes
4. Arbitrariedad

En el mensaje de elevación del proyecto de ley⁴²⁵, al hacer específica referencia a la procedencia del recurso de casación para uniformar la jurisprudencia, se menciona que

Frente a la pluralidad de Salas que quedarán bajo la competencia de las Cámaras de Casación que aquí se crean, el recurso de casación se presenta como un mecanismo idóneo para revisar las diferentes interpretaciones de una misma norma jurídica. De ese modo, se asegura la uniformidad e igualdad en la aplicación del derecho objetivo. Frente al desconcierto que produce la dispersión de interpretaciones diversas de tribunales de un mismo grado, el recurso de casación tenderá a garantizar la unidad de doctrina y con ello satisfará la previsibilidad y la seguridad jurídica.

Las transcripciones efectuadas dan cuenta de la imprecisión que ostenta la norma, que ni siquiera deja en claro cuál es el ámbito de competencia cuyas contradicciones se tenderían a evitar. En este sentido, es posible asumir dos interpretaciones contrapuestas de la finalidad de la casación:

(i) Que se trate de un recurso destinado a unificar la jurisprudencia federal a nivel nacional. Así, la cámara de casación evitaría la contradicción entre precedentes emanados de distintas cámaras federales, circunstancia que aún no había sido atendida por nuestro ordenamiento jurídico. Se trataría de crear un mecanismo que garantice la uniformidad del precedente horizontal en sentido amplio⁴²⁶.

En este escenario, la pluralidad de Salas a las que alude el mensaje serían salas de distintas cámaras (como ser, la Cámara Federal de Salta y la Cámara Federal de La Plata).

La letra de la norma no elimina este supuesto, pues en ningún momento hace referencia explícita a una contradicción “entre salas”; simplemente menciona que el recurso será admisible por la causal de “unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes”.

El mensaje de elevación del proyecto, al referirse a “interpretaciones diversas de tribunales de un mismo grado” parecería confirmar esta hipótesis. Por último, el artículo 2° de la ley —en lo relativo a la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal— también podría corroborar esta hipótesis, al establecer que dicho tribunal “conocerá los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión interpuestos contra las

⁴²⁵ Mensaje 376/13. Disponible en <https://reformajudicial2013.files.wordpress.com/2013/04/od-21-2013-cc3a1maras-de-casacic3b3n.pdf>, última visita el 25-8-2016.

⁴²⁶ Para una ampliación del significado de este concepto, véase la sección segunda de esta tesis, “Aclaraciones terminológicas”.

sentencias dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y por las demás Cámaras Federales de Apelación del país en causas contencioso-administrativas federales”.

Se trataría de una uniformidad que podría resultar complementaria a la que cada cámara haría en su organización interna a partir del recurso de inaplicabilidad de ley y del fallo plenario. No obstante, si esta fuera la interpretación, no se comprende por qué se han derogado aquellos mecanismos. En efecto, si el verdadero objetivo de la ley fuera unificar la jurisprudencia entre *distintas* cámaras con distinta competencia territorial e idéntica competencia material, debió haberse conservado el mecanismo para uniformar jurisprudencia dentro de un *mismo* tribunal.

(ii) La otra interpretación de la finalidad de este recurso —que es la comúnmente realizada— es la siguiente: el recurso de casación, que es admisible frente a pronunciamientos diferentes en casos análogos, coloca en cabeza de la cámara de casación lo que antes estaba en manos de cada cámara: uniformar la jurisprudencia de las salas que integran la cámara. De este modo, en lugar de ser la cámara en pleno la que, por mayoría, resuelva las contradicciones jurisprudenciales entre sus salas, se coloca esa facultad en un órgano judicial superior.

(iii) Una tercera interpretación podría suponer que el recurso de casación ha sido creado para abordar ambos supuestos de contradicción: la interna que se produce entre salas de una misma cámara y la que tiene lugar entre distintas cámaras federales. Pero esto tampoco surge con claridad del texto de la norma ni del análisis de los debates parlamentarios.

La norma, por lo demás, ostenta varios defectos. En primer lugar, no prevé un mecanismo destinado a uniformar la jurisprudencia entre las distintas salas que forman cada cámara de casación. Es decir que, sin este mecanismo, la contradicción podría simplemente ascender un nivel en la escala jerárquica del organigrama judicial, pero continuar irresuelta.

En segundo lugar, la casación creada por la ley 26853 tiene un defecto sustancial para cualquier intento de uniformidad de jurisprudencia: no establece la obligatoriedad de la doctrina sentada por las cámaras de casación.

Por último, la redacción de la norma es tan confusa e imprecisa que ha dado lugar a interpretaciones que, por ejemplo, únicamente reconocen la procedencia del recurso frente a las resoluciones que deciden la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública y contra aquellas que declaren formalmente inadmisibile la pretensión contencioso-administrativa⁴²⁷. Esta interpretación contraría la esencia misma de los mecanismos de uniformidad de la jurisprudencia, cuya aplicación se

⁴²⁷ Leguisamon, Héctor, “Algunas reflexiones más sobre el nuevo recurso de casación y la pérdida de obligatoriedad de los fallos plenarios”, *Suplemento de Derecho Procesal* de elDial.com del 26-8-2013.

circunscribe, generalmente, a sentencias definitivas (y las medidas cautelares no poseen tal carácter).

Un análisis más coherente de ese párrafo llevaría a afirmar que, mediante él, el legislador quiso expandir el ámbito del recurso creado a cuestiones que en principio, por no ser definitivas, no están sujetas a recurso, como ser las medidas cautelares. De cualquier modo, como se observó, la deficiente técnica legislativa abre las puertas a interpretaciones contradictorias que tornarían ilusorio el cumplimiento de la finalidad de la norma.

Asimismo, se ha criticado la norma por cuanto la amplia competencia que se le otorga a la cámara de casación y la amplitud en la procedencia del recurso (inobservancia de las formas procesales, arbitrariedad) transformarían dichas cámaras en una tercera instancia, alejándolo de la verdadera función de un tribunal de casación. Esto ya había sido señalado por la minoría en el debate parlamentario, tanto en la Cámara de Senadores como en la Cámara de Diputados.

Lo que sí surge con claridad del mensaje de elevación y de los debates parlamentarios que precedieron a la sanción de la ley es que la creación de cámaras de casación tuvo por objetivo principal adicionar una instancia de revisión de sentencias —con inclusiones novedosas como el supuesto de arbitrariedad como causal de recurso— con el pretexto de descomprimir la labor de la Corte Suprema y garantizar la tutela judicial efectiva. En este contexto, la seguridad jurídica a la que se apuntaba mediante la creación de un nuevo mecanismo de uniformación de la jurisprudencia era un *plus*, pero no el núcleo de la reforma. Esto quizás explique las imprecisiones y los defectos con los que se ha legislado la uniformación.

De lo hasta aquí analizado, es posible concluir que la norma no es clara en sus objetivos ni en la regulación de los recursos que crea. Desde el momento de su sanción, su cuestionamiento constitucional no tardó en aparecer⁴²⁸, entre otras cuestiones, pues su artículo 7° autorizaba, si fuera necesario, a integrar las cámaras de casación mediante procedimientos abreviados y habilitaba la integración con conjuces y jueces subrogantes.

⁴²⁸ La cabal comprensión del contexto político que acompañó el dictado de esta ley exige mencionar que esta norma fue parte de un proceso de “democratización de la justicia” encarado por el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner. Este proceso comprendió también otros proyectos de ley, como la reforma en la designación de los miembros del Consejo de la Magistratura y la reforma de las medidas cautelares contra la Administración. Los críticos de este intento de democratización de la justicia veían en este proyecto en particular un mero interés en crear órganos judiciales con jueces amigos que resolvieran los casos en que el Estado era parte con premura y favorablemente, en especial, a través de la integración de las cámaras con conjuces y jueces subrogantes. El debate parlamentario en la Cámara de Diputados —disponible en <https://reformajudicial2013.files.wordpress.com/2013/04/od-1907-camaras-de-apelaciones-creacic3b3n.pdf>—, da cuenta de ello en el informe de la minoría. Si bien no es aquí donde corresponde profundizar sobre la coyuntura política de esos años y sobre la verdadera intención de la ley sancionada, lo cierto es que tanto del mensaje de elevación del proyecto de ley como del cuerpo de la norma y del trámite parlamentario exprés que se les otorgó a estos proyectos, surge que no ha habido un verdadero debate acerca del uso del precedente, de los mecanismos de unificación de jurisprudencia ni de la casación.

En razón de ello, el juzgado contencioso administrativo n.º 6 decretó una medida cautelar⁴²⁹ suspendiendo la aplicación de aquel artículo 7º.

B. Vigencia

La ley 26853 fue sancionada el 24 de abril de 2013 y publicada en el Boletín Oficial el 17 de mayo de 2013. Debido a que su artículo 15 preveía su entrada en vigencia al momento de su publicación, en teoría, el recurso de inaplicabilidad de ley y los fallos plenarios habrían dejado de existir, con la entrada en vigencia de la norma: el lunes, 20 de mayo de 2013 (siguiente día hábil a su publicación).

El *quid* de la cuestión respecto de la derogación se colocó en el artículo 15 de la ley, referido a la entrada en vigencia de la norma:

La presente ley entrará en vigor a partir de su publicación. Una vez constituidas las Cámaras y Salas creadas por la presente, será de aplicación a todos los juicios, aun a los que se encuentren en trámite.

Algunos tribunales interpretaron que, de acuerdo con su última parte, la operatividad de la ley y la consecuente derogación del recurso de inaplicabilidad y los fallos plenarios tendrían lugar recién cuando se crearan las cámaras. Otros, en cambio, entendieron que, de acuerdo a la primera parte del artículo (“...”), la derogación de los artículos era la única parte de la ley que podría entrar en vigencia desde su publicación, teniendo que esperar todo lo demás a la creación de las cámaras⁴³⁰.

Paralelamente, cada cámara interpretaba qué debía hacerse con los fallos plenarios. Así, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Civil denegó un recurso de inaplicabilidad de ley, por considerar que aquel remedio procesal había quedado derogado el 17 de mayo de 2013, fecha de publicación y entrada en vigencia de la ley, mientras que las restantes se adherían a la teoría de que el recurso no estaba derogado⁴³¹.

⁴²⁹ Juzgado Contencioso Administrativo Federal n.º 6, causa n.º 22568/2013 “Fargosi Alejandro Eduardo c/ EN-PEN-ley 26853 s/proceso de conocimiento”, sentencia del 10 de julio de 2013.

⁴³⁰ CNCiv, Sala I, “L.A. c/ D.S., R.O. s/daños y perjuicios”, sentencia del 29 de octubre de 2013; Disidencia del Dr. Sánchez *in re* “Albornoz, Cristian Gabriel c/ Mongelfeld, Mariana Paula y otros s/daños y perjuicios”, CNCiv, Sala D, sentencia del 10 de junio de 2013.

⁴³¹ CNCiv, Sala A, “Bandini, Isas Ariel Norberto c/ Pecora, Gastón Mario y otro s/daños y perjuicios”, sentencia del 4 de octubre de 2013; CNCiv, Sala B, “PÁG., H. L., c/ Banco Saenz S.A. s/ejecución de honorarios”, sentencia del 30 de agosto de 2013; CNCiv, Sala D, “Albornoz, Cristian Gabriel c/Mongelfeld, Mariana Paula y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 10 de junio de 2013; CNCiv, Sala B, “C., O. H. c/ C., A. y otro s/desalojo por vencimiento de contrato”, sentencia del 15 de octubre de 2013; CNCiv., Sala L, “Miranda, Ester Noemí c/Acebal, María Cristina s/ejecución hipotecaria”, sentencia del 12 de julio de 2013; CNCiv, Sala F, “Staiano de Massa, Dora Esther c/Cappa Giani y otro s/ejecución hipotecaria”, sentencia del 27 de junio de 2013, entre muchos otros.

A raíz de esta situación caótica, que se traducía en múltiples recursos de casación interpuestos por la parte perdedora sin que hubiere efectivamente un tribunal creado para resolverlos —con la consecuente demora en el proceso—, la Corte dictó la Acordada 23, el 14 de agosto de 2013, por medio de la cual se dispuso que los recursos instaurados por la ley no serían operativos hasta la integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que creaba⁴³². Por ende, el recurso de inaplicabilidad de ley y los fallos plenarios conservarán su vigencia hasta que eso suceda.

El 1° de junio de 2016, el Ministro de Justicia y el Jefe de Gabinete de la Nación, en el marco de la política de Estado denominada “Justicia 2020”⁴³³, han presentado un proyecto de ley por medio del cual se propone la derogación de la ley 26.853 y la reincorporación al Código Procesal de los artículos derogados⁴³⁴. Ese proyecto de ley aún no ha sido sancionado.

C. Crítica

El recurso de casación, como está legislado en la ley 26853, no constituye un mecanismo eficaz de unificación de la jurisprudencia, principalmente, porque no prevé que las salas de la cámara de casación puedan reunirse en pleno para zanjar posibles contradicciones internas⁴³⁵ ni que la doctrina que emane de sus sentencias sea obligatoria⁴³⁶. Por lo tanto, esta ley pretendió derogar el único remedio procesal vigente para la unificación de jurisprudencia en el ámbito de las cámaras de apelaciones, pero no lo reemplazó por ningún otro mecanismo efectivo.

A ello se le suman las críticas en relación a la prolongación de los procesos que traería aparejada la creación de una nueva instancia como es la casación⁴³⁷, máxime si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la ley bajo análisis, se trataría de 21 jueces que deberán controlar las decisiones de 171⁴³⁸.

⁴³² Cfr. artículo I.

⁴³³ Véase el proyecto completo en <http://www.jus.gob.ar/media/3139950/JUSTICIA%20VEINTEVEINTE.pdf>, última visita el 26-9-2016.

⁴³⁴ Es posible acceder al mensaje de elevación y cuerpo del proyecto en http://www.hcdn.gov.ar/export/hcdn/secparl/dsecretaria/s_t_parlamentario/2016/pdfs/0017-PE-2016.pdf, última visita el 25-8-2016.

⁴³⁵ Esto sí está previsto en la regulación de la Corte de Casación francesa, mediante la instauración de reuniones de salas mixtas. Cfr. art. L. 431-5 COJ.

⁴³⁶ Esto también fue objeto de intenso debate en la Cámara de Senadores. En especial, la senadora Escudero ha hecho referencia a esta cuestión.

⁴³⁷ Ello terminaría convirtiéndose en un cuello de botella para acceder a la Corte Suprema, cuyo pronunciamiento en cuestiones primordiales se vería retardado y, en algunos casos, suprimido. Cfr. Oteiza, Eduardo, “Ley creación de las nuevas tres cámaras de casación y la duración de los procesos”, *La Ley*, Suplemento especial: Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte. Ley 26.854, mayo 2013, pág. 10.

⁴³⁸ Cfr. Oteiza, E., “Ley creación...”, pág. 10.

Por si esto fuera poco, las cámaras de casación previstas en la norma no fueron efectivamente creadas, lo que en la práctica se tradujo en recursos de inaplicabilidad de ley que seguían siendo interpuestos, desconocimiento de las doctrinas plenas hasta entonces vigentes por parte de los tribunales y recursos de casación que carecían de órgano judicial competente para ser resueltos. Todo esto provocó una incertidumbre jurídica que solo vino a ser temporalmente paliada por la Corte Suprema a través de la Acordada 23/2013.

En suma, el futuro del recurso de casación es incierto. Lo que no admite duda es que, sea que entre efectivamente en vigencia, sea que recobre vigencia definitiva el régimen anterior del recurso de inaplicabilidad de ley y los fallos plenarios, hay muchísimos defectos que subsanar a fin de contar con un mecanismo eficaz de uniformidad de la jurisprudencia.

6. “*LAW OF THE CIRCUIT*” Y PROCEDIMIENTO *EN BANC*⁴³⁹: EL PRECEDENTE HORIZONTAL EN LAS *FEDERAL COURTS OF APPEALS* DE ESTADOS UNIDOS

A. Introducción

Ya se han analizado los mecanismos que el legislador argentino ha previsto a los efectos de alcanzar la uniformidad en la jurisprudencia de las cámaras de apelaciones y evitar la coexistencia de sentencias contradictorias. A continuación, se analizará un modelo tomado del derecho comparado que tiende a los mismos objetivos, aunque con diferentes mecanismos, y se intentará efectuar un estudio comparativo entre ambos sistemas. Esto iluminará la evaluación crítica que debe hacerse sobre el ordenamiento procesal argentino y sentará las bases para la propuesta que elaborará esta tesis en torno a lograr al precedente en las cámaras de apelaciones. Se entiende que, a los fines de realizar un análisis científico del valor del precedente en las cámaras de apelaciones argentinas y de la posibilidad de incorporar una doctrina del precedente, resultará de utilidad familiarizarse con el estudio de su funcionamiento de esa doctrina en un país del *common law* y, específicamente, en órganos judiciales de instancia y con competencia similares.

Dentro de los países pertenecientes a la tradición del *common law*, se ha tomado como el caso de Estados Unidos como término de comparación, pues es el sistema judicial cuya organización y funcionamiento más se asemeja a la Argentina en la instancia de apelación,

⁴³⁹ La primera aclaración que es necesario hacer en relación a este procedimiento es en torno a su denominación. Aun cuando las primeras versiones de la Rule 35 de la *Federal Rule of Appellate Procedure* contenían la expresión “*in banc*” —y así lo denomina, en ocasiones, los paneles del Segundo Circuito y algunos autores—, actualmente la denominación más difundida —tanto en la normativa como en la doctrina y jurisprudencia— es la de “*en banc*”. En virtud de ello, es que se utilizará esta última.

si se considera que nuestro sistema de justicia federal, y concretamente, la instancia intermedia de apelación se inspiró en el estadounidense⁴⁴⁰. Además, el que ha desarrollado la doctrina más clara y precisa del precedente horizontal en esa instancia.

En cambio, el sistema de apelación del Reino Unido es completamente distinto: se trata de un procedimiento casi exclusivamente oral, en el que cada caso es resuelto en no más de algunas horas o uno o dos días excepcionalmente, y la decisión del tribunal es pronunciada inmediatamente después de que las partes exponen sus alegatos. En este sentido, prácticamente no habría punto de comparación con nuestro proceso de apelación que, a semejanza del estadounidense, es escrito, los jueces intervienen simultáneamente en varios casos, que transitan diversas etapas, para luego llegar a la deliberación (que a veces es solo ficta) y a la distribución de tareas de redacción del voto mayoritario y minoritario y la circulación de proyectos en los que cada juez podrá decidir si adhiere⁴⁴¹.

A ello se suma que, en Argentina, la administración de justicia y su organización es también muy similar a la de Estados Unidos, a raíz de la innegable influencia de la Constitución de Estados Unidos y de la jurisprudencia de sus tribunales en nuestra Constitución y en nuestros tribunales. Estas similitudes, que justifican la elección del modelo comparativo, serán analizadas con mayor detalle en los siguientes párrafos.

Aclaradas las semejanzas que justifican el análisis de las cámaras de apelaciones de Estados Unidos, es necesario comenzar por exponer que, en dichos tribunales, el uso del precedente horizontal dio nacimiento a una doctrina conocida como “*law of the circuit*”, que consagra reglas claras sobre qué valor tiene el precedente dentro del circuito y cómo debe aplicarse. Esa doctrina específica, que no tiene parangón en todo el *common law*⁴⁴², no solo es peculiarmente efectiva, sino que es idónea para proyectar la potencial aplicación de una doctrina afín en los tribunales argentinos de apelación.

B. Law of the circuit

Suele afirmarse que el precedente, en su dimensión horizontal posee menos fuerza que en su dimensión vertical⁴⁴³. Mientras que esta última se sustenta en la estructura jerárquica de

⁴⁴⁰ Para más detalles, puede verse el capítulo II, §2, que se refiere a la historia del surgimiento de las cámaras de apelaciones en el ordenamiento federal argentino.

⁴⁴¹ Para un análisis más detallado, puede verse Karlen, Delmar, “Civil Appeals: English and American Approaches Compared”, en *William & Mary Law Review*, vol. 21, n° 1, artículo 5, págs. 121- 159.

⁴⁴² Boggs, Danny J.; Brooks, Brian PÁG., “Unpublished Opinions & the Nature of Precedent”, *Green Bag*, vol. 4, 2000, pág. 24.

⁴⁴³ Cfr. Sloan, A., “The Dog...”, pág. 718. En el mismo sentido se manifestó el séptimo circuito en ciertas ocasiones, como en *Colby v. J.C. Penney Co.*, 811 F.2d 1119, pág. 1123 (7th Cir. 1987): “La relación entre un tribunal y sus precedentes es compleja. El tribunal debe dar peso considerable a esos precedentes a menos que hayan sido dejados sin efecto o su valor hubiera disminuido a raíz de las decisiones de un tribunal superior o por algún hecho sobreviniente, como una norma. Pero no está absolutamente ligado a ellos, y debe dar justa consideración a cualquier argumento substancial que una parte pudiera realizar en favor de dejar sin efecto una decisión anterior”. Vale aclarar que, de todos los circuitos, el séptimo es conocido por ejercer la versión más

los órganos judiciales, la primera se sostiene a partir de otros fundamentos —no menos importantes— como la previsibilidad, la estabilidad, la consistencia y la igualdad ante la ley.

Pero el respeto por el precedente en su dimensión horizontal tiene, como contrapartida, la responsabilidad de ceder frente a la necesidad de cambio jurisprudencial o de no detener el correcto desenvolvimiento del derecho⁴⁴⁴. Esto no ocurre con la dimensión vertical del precedente, pues no son los tribunales inferiores los que provocan cambios jurisprudenciales, desoyendo los precedentes de un órgano de jerarquía superior, sino que son las instancias superiores —la Suprema Corte, en la generalidad de los casos, o las cámaras de apelaciones, oportunamente— las que deben, en ciertos casos, evaluar la necesidad de modificar el propio precedente, cambiando así la jurisprudencia establecida⁴⁴⁵. El riesgo de no reconocer esta capacidad de cambio es la cristalización o paralización del Derecho. Aquello es, posiblemente, lo que ha llevado a la Suprema Corte de Estados Unidos a calificar el *stare decisis* horizontal como un principio, un curso de acción preferido, más que una regla inexorable, y a otorgarle más flexibilidad que al *stare decisis* vertical⁴⁴⁶.

Por otro lado, en las cortes de distrito de Estados Unidos —tribunales afines a nuestros juzgados de primera instancia—, la obligatoriedad horizontal directamente no existe. Los propios precedentes son considerados meramente persuasivos⁴⁴⁷. Y sin embargo, a pesar de la flexibilidad que en la instancia máxima le ha otorgado la Suprema Corte, a pesar de la

flexible de la doctrina del derecho de circuito (“law of the circuit”). Cfr. Sloan, A., “The Dog...”, pág. 720, nota al pie n° 33. Así y todo, la jurisprudencia reciente del séptimo circuito demuestra un mayor respeto por el precedente horizontal que parece transformar la opinión de Colby en un caso aislado: al respecto, puede verse *McClain v. Retail Food Employers Joint Pension Plan*, 413 F.3d 582, 586 (7th Cir. 2005) (“We require a compelling reason to overturn circuit precedent.”); *Debs v. N.E. Ill. Univ.*, 153 F.3d 390, 394 (7th Cir.1998); *Mid-Am. Tablewares, Inc. v. Mogi Trading Co.*, 100 F.3d 1353, 1364 (7th Cir.1996); *Haas v. Abrahamson*, 910 F.2d 384, 393 (7th Cir.1990).

⁴⁴⁴ Sloan, A. E., “The Dog...”, pág. 718.

⁴⁴⁵ Se analizará detalladamente cómo opera el cambio de jurisprudencia a lo largo del capítulo VI.

⁴⁴⁶ *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, pág. 828 (1991); *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, pág. 20 (1997).

⁴⁴⁷ Cfr. Mead, J., “Stare decisis in the Inferior Courts”, págs. 789, 794, 800-802; Barrett, Amy C., “Stare Decisis and Due Process” (2003), Scholarly Works. Paper 450, pág. 1017. En aquella instancia, se le otorga al precedente horizontal poca o nula deferencia, considerándolo únicamente como una autoridad persuasiva. Cfr. Harrison, John, “The Power of Congress over the Rules of Precedent”, *Duke Law Journal*, vol. 50, 2000, pág. 518. En igual sentido, “Entre ‘trial courts’ es inusual que un juez esté obligado por las decisiones de otro...” (*Algoma Steel Corpág. v. United States*, 865 F. 2d. 240, pág. 243 (Fed. Cir. 1989); “Si hay un standard en las cortes federales de distrito aquel viene de las cámaras de apelaciones, no de los casi cuarenta jueces de distrito del Distrito Sur de Nueva York, cada uno de los cuales decide solo y cuyas decisiones no son obligatorias para los demás” (*Gasperini v. Ctr. for Humanities, Inc.*, 518 U.S. 415, 430 n.10 (1996) “If there is a federal district court standard, it must come from the Court of Appeals, not from the over forty district court judges in the Southern District of New York, each of whom sits alone and renders decisions not binding on the others.”). Véase también *ATSI Commons, Inc. v. Shaar Fund, Ltd.*, 547 F.3d 109, 112 & n.4 (2d Cir. 2008); *Garcia v. Tyson Foods, Inc.*, 534 F.3d 1320, 1329 (10th Cir. 2008); *Fishman & Tobin, Inc. v. Tropical Shipping & Constr. Co.*, 240 F.3d 956, 965 (11th Cir. 2001) (“A diferencia de las cámaras de apelaciones, en las que un panel no puede dejar sin efecto el precedente de otro, las cortes de distrito no se encuentran sometidas al mismo standard”; *Threadgill v. Armstrong World Indus.*, 928 F.2d 1366, 1371 (3d Cir. 1991); *Fox v. Acadia State Bank*, 937 F.2d 1566, 1570 (11th Cir. 1991); *Starbuck v. City & Cnty. of S.F.* 556 F.2d 450, 457 n.13 (9th Cir. 1977); *Farley v. Farley*, 481 F.2d 1009, 1012 (3d Cir. 1973).

inexistencia de obligatoriedad horizontal en la primera instancia, esta ha asumido un papel tan relevante en las cámaras federales de apelaciones de Estados Unidos, que ha dado origen incluso a una doctrina específica que regula el valor y el uso del precedente horizontal entre paneles. Esta doctrina, como se ha anticipado, es comúnmente conocida como “*law of the circuit rule*”⁴⁴⁸ (en adelante, “derecho del circuito”), aunque también ha recibido otras denominaciones, tales como: “*law of the circuit doctrine*”⁴⁴⁹; “*rule of prior panel*”; “*rule of intra-circuit stare decisis*”; “*rule of interpanel accord*”⁴⁵⁰.

De acuerdo con ella, el precedente dictado por un panel de tres jueces no puede ser dejado de lado por paneles posteriores al momento de decidir casos similares. La denominación, “*law of the circuit*” o “derecho del circuito”, hace pensar en un reconocimiento de que la decisión tomada por un panel en representación de la cámara (y en tanto quórum suficiente para decidir en nombre de ella⁴⁵¹) constituye ni más ni menos que el derecho de todo el circuito; derecho que, por ende, no puede ser desconocido por cualquier otro panel que pretenda actuar en representación de la misma cámara. En efecto, la doctrina del “derecho del circuito” ayuda a evitar la percepción de que el resultado del juicio depende de la composición del panel que lo resuelve⁴⁵².

En términos concretos, aquella doctrina otorga al precedente de un panel anterior una inviolabilidad casi absoluta⁴⁵³, con rarísimas excepciones, que podrían darse solo a partir de un cambio sobreviniente en el derecho luego de que un panel dicta su precedente, causado por: a) una decisión de la cámara *en banc*⁴⁵⁴; b) una decisión de la Suprema Corte⁴⁵⁵; c) una norma dictada por el Congreso⁴⁵⁶; d) un precedente de un tribunal o legislatura estadual, cuando la ley estadual es la que debe aplicarse. En circunstancias verdaderamente excepcionales, se ha entendido que se puede dejar de lado cuando un precedente no obligatorio, pero persuasivo, sugiriese un curso contrario⁴⁵⁷.

⁴⁴⁸ 746 F.2d 305 (5th Cir. 1984).

⁴⁴⁹ 505 F.3d 80 (2d Cir. 2007); *United States v. Guzmán*, 419 F.3d 27, pág. 31 (1st Cir. 2005). Eulitt, 386 F.3d, 349.

⁴⁵⁰ Cfr. Dragich, Martha J., “Citation of Unpublished Opinions As Precedent”, *Hastings Law Journal*, vol. 55 2004, pág. 1242, nota al pie n° 46.

⁴⁵¹ *Commissioner v. Textile Mills Securities Corp.*, 117 F.2d 62 (3d Cir. 1940) (en banc), *aff'd*, 314 U.S. 326 (1941), pág. 70.

⁴⁵² Cfr. White, Rebecca H., “Time for a New Approach: Why the Judiciary Should Disregard the Law of the Circuit When Confronting Nonaquiescence by the National Labor Relations Board”, en *North Carolina Law Review*, vol. 69, n° 2, pág. 673.

⁴⁵³ Algunos agregarían el requisito de que se trate de un *published precedent*, es decir, un precedente publicado, puesto que en muchos circuitos se niega el carácter de precedente de los *unpublished precedents* (e incluso, en algunos, se prohíbe —y hasta se penaliza— citarlos). Se volverá brevemente sobre esto más adelante.

⁴⁵⁴ *Centel Cable Television Co. v. Thos. J. White Dev. Corp.*, 902 F.2d 905, (11th Cir. 1990), pág. 908-909.

⁴⁵⁵ *Footman v. Singletary*, 978 F.2d 1207 (1 th Cir. 1992), pág. 1211; *Lufkin v. McCallum*, 956 F.2d 1104 (1 1th Cir.), pág. 1107; *Adamson v. Lewis*, 955 F.2d 614 (9th Cir.), pág. 620.

⁴⁵⁶ *United States v. Woodard*, 938 F.2d 1255 (11th Cir. 1991), pág. 1258.

⁴⁵⁷ *United States v. Chhien*, 266 F.3d 1, 11 (1st Cir. 2001); *United States v. Lewko*, 269 F. 3d 64, 66 (1st Cir. 2001).

Esta regla es antigua y consolidada; ya en 1904 se consagraba en una respetada enciclopedia jurídica⁴⁵⁸. Es esto ni más ni menos que la aplicación específica de la doctrina de la obligatoriedad horizontal del precedente en el ámbito de las cámaras federales de apelaciones de Estados Unidos⁴⁵⁹.

En la actualidad se trata, por lo demás, de una aplicación estricta del *stare decisis*, pues admite la obligatoriedad horizontal del precedente como principio general con muy contadas excepciones, incluso frente a la consideración de que la decisión que este contiene es errónea⁴⁶⁰ o frente a un precedente que no es estrictamente *on point*, pero que es cercano al caso pendiente de resolución⁴⁶¹. La doctrina del circuito, en su versión moderna, es aún más estricta que en sus orígenes, cuando sí se permitía dejar de lado el precedente de un panel anterior si este era probadamente errado⁴⁶². En efecto, quizás es la manifestación más estricta de precedente horizontal obligatorio que haya conocido el *common law*.

El carácter estricto de la doctrina del precedente que consagra el “derecho del circuito” es, a su vez, ampliamente receptado en la jurisprudencia de las cámaras⁴⁶³. Así, en *Hart v.*

⁴⁵⁸ “A federal circuit court will abide by decisions made in its circuit even though it considers the decision inconsistent with principle and though it would not take the same view were the question a new one”. Cfr. Jones, Basil, “Stare Decisis”, en Garland, David S.; McGehee, Lucius P., *The American and English Encyclopaedia of Law*, 2da ed., 1904, págs. 165-166.

⁴⁵⁹ Cfr. Eulitt, 386 F.3d, pág. 349: “la regla de que paneles posteriores están obligados por las decisiones de paneles anteriores es una aplicación específica del principio del *stare decisis*”. En efecto, muchas veces es denominada “*rule of intra-circuit stare decisis*”. Dragich, Martha J., “Citation of Unpublished Opinions...”, pág. 1242, nota al pie n° 46.

⁴⁶⁰ Wilkerson, 361 F.3d, pág. 732 (“si el panel hubiera tenido que resolver la cuestión por primera vez, podría haber llegado a una conclusión diferente, pero está obligado por las decisiones de los paneles anteriores hasta que sean dejadas sin efectos por la cámara en pleno o por la Suprema Corte”). En igual sentido, Wilson v. Taylor, 658 F.2d 1021, pág. 1034, (5th Cir. Unit B Oct. 1981) (“Es una regla firme de este circuito que no se puede desconocer el precedente sentado por un panel anterior, incluso cuando se perciba un error en él. A menos que intervenga la Suprema Corte en una decisión que cambie el derecho, solo la cámara en pleno puede operar el cambio”).

⁴⁶¹ Guzmán, 419 F.3d, pág. 31, Eulitt v. Me. Dep't of Educ., [386 F.3d 344, 349-50](#) (1st Cir. 2004), United States v. Rodríguez, 311 F.3d 435, 438-39 (1st Cir.2002). En igual sentido, Emery G. Lee, III, “Overruling Rhetoric: The Court's New Approach to Stare Decisis in. Véase, también, Clay v. United States, 2002 WL 126094.

⁴⁶² Cfr. Mead, J., “Stare Decisis in the Inferior Courts...”, pág. 795. Ejemplos jurisprudenciales de aquella doctrina más flexible se pueden encontrar en las siguientes decisiones: United States v. Cocke, 399 F.2d 433, 448 (5th Cir. 1968); Perrone v. Pa. R. Co., 143 F.2d 168, 168–69 (2d Cir. 1944); Chicago & W.I.R. Co. v. Chicago & E.R. Co., 140 F.2d 120, 121 (7th Cir. 1943); McKenna v. Austin, 134 F.2d 659, 666 (D.C. Cir. 1943); New York Life Ins. Co. v. Ross, 30 F.2d 80, 83 (6th Cir. 1929); Johnson v. Cadillac Motor Car Co., 261 F. 878, 886 (2d Cir. 1919); Pink Supply Co. v. United States, 32 C.C.PÁG.A. 48, 52, 1944 WL 3662 (Cust. & Pat. Appág. 1944). Fue hacia la década de 1970 cuando la doctrina adquirió sus características actuales. Cfr. Mead, J., “Stare Decisis and the Inferior Courts...”, pág. 796.

⁴⁶³ Todos estos son casos en los que se ha aplicado la doctrina: Gonzalez-Mesias v. Mukasey, 529 F.3d 62, 65 (1st Cir. 2008); Gandara v. Bennett, 528 F.3d 823, 829 (1 1th Cir. 2008); Brubaker Amusement Co. v. United States, 304 F.3d 1349, 1360 (Fed. Cir. 2002); Brooks v. Walls, 279 F.3d 518, 522–23 (7th Cir. 2002); E. Pilots Merger Comm. v. Cont'l Airlines, Inc. (In re Cont'l Airlines, Inc.), 279 F.3d 226, 233 & n.4 (3d Cir. 2002); Walker v. S. Co. Servs., 279 F.3d 1289, 1293 (1 1th Cir. 2002); United States v. King, 276 F.3d 109, 112 (2d Cir. 2002); Valentine v. Francis, 270 F.3d 1032, 1035 (6th Cir. 2001); Martin v. Medtronic, Inc., 254 F.3d 573, 577 (5th Cir. 2001); Nat'l Council of Resistance of Iran v. Dep't of State, 251 F.3d 192, 198 (D.C. Cir. 2001); Mentavlos v. Anderson, 249 F.3d 301, 312 n.4 (4th Cir. 2001); United States v. Pollard, 249 F.3d 738, 739 (8th

Massanari, jueces del noveno circuito han descrito el sistema federal de *stare decisis* como un sistema de precedentes estrictamente obligatorios⁴⁶⁴, admitiendo tener una postura rígida al respecto, incluso en comparación con los Padres Fundadores⁴⁶⁵. En similar sentido, el quinto circuito reconoció que la regla en virtud de la cual un panel no puede dejar sin efecto (*overrule*) la decisión de otro panel es “inmutable”⁴⁶⁶ y se reconoció a sí misma como un tribunal de estricto *stare decisis*⁴⁶⁷ a partir del cual cada panel debe estricta obediencia al precedente del circuito⁴⁶⁸.

La doctrina del “derecho del circuito” se complementa necesariamente con el procedimiento *en banc*. Se trata de la vía principal por la cual el precedente de un panel podría ser dejado de lado; para ello, se deberá convocar un plenario de los jueces del circuito y votar en tal sentido⁴⁶⁹. Es una aplicación de lo que algunos denominan “supermajority *stare decisis*”⁴⁷⁰. A los fines de dejar en claro hasta qué punto es estricta la fuerza reconocida al precedente horizontal a través de la doctrina del “derecho del circuito”, es preciso apuntar que los tribunales se han negado a acudir al procedimiento plenario por el solo hecho de no estar de acuerdo con la decisión de un panel anterior, ni siquiera en caso de jueces seriamente perturbados ante el error del panel que dictó el precedente⁴⁷¹.

El séptimo circuito es conocido por hacer una aplicación algo más laxa de la doctrina — lo que, vale aclarar, no implica su desconocimiento de la obligatoriedad del precedente horizontal, sino que flexibiliza los casos en que este puede ser dejado sin efecto⁴⁷²—. En

Cir. 2001); *Hart v. Massanari*, 266 F.3d 1155, 1171 (9th Cir. 2001); *Sumnum v. Callaghan*, 130 F.3d 906, 912 n.8 (10th Cir. 1997); *In re Grand Jury Subpoenas*, 123 F.3d 695, 697 n.2 (1st Cir. 1997). See generally Alan R. Gilbert, Annotation, In Banc Proceedings in Federal Courts of Appeals, 37 A.L.R. FED. 274, § 5 (1978 & Suppág. 2008-09) (collecting cases).

⁴⁶⁴ *Hart v. Massanari*, 266 F.3d 1155, (9th Cir. 2001), pág. 1175.

⁴⁶⁵ *Hart v. Massanari*, 266 F.3d 1155, 1175 (9th Cir. 2001), pág. 1167.

⁴⁶⁶ *Ford v. Cimarron Ins. Co.*, 230 F.3d 828 (5th Cir. 2000), pág. 832.

⁴⁶⁷ *FDIC v. Abraham*, 137 F.3d 264 (5th Cir. 1998), pág. 268. En igual sentido se ha expresado el sexto circuito: el precedente del panel es *stare decisis* obligatorio (“binding *stare decisis*”). *Sam & Ali, Inc. v. Ohio Dep't of Liquor Control*, 158 F.3d 397, (6th Cir. 1998), pág. 405.

⁴⁶⁸ *Robbins v. Amoco Prod. Co.*, 952 F.2d 901 (5th Cir. 1992), pág. 904.

⁴⁶⁹ Sobre las características del *en banc* no es necesario profundizar en este momento, pues se dedicará una sección específica de esta tesis a tales fines. Véase, pues, capítulo ..., sección ...

⁴⁷⁰ Kozel se refiere a esto como una propuesta de mejora del *stare decisis*, en el ámbito de la Suprema Corte: el aumento de la mayoría de jueces requerida para llevar a cabo un *overruling*. Kozel, Randy J., *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, págs. 141 y ss.

⁴⁷¹ *EEOC v. Ind. Bell Tel. Co.*, 256 F.3d 516, 86; *Fair Empl. Prac. Cas. (BNA)* 1, 2001 WL 717685, at *11 (7th Cir.2001) (en banc) (voto concurrente del juez Posner). Véase, asimismo, *Synar v. United States*, 626 F. Suppág. 1374, (D.D.C.), pág. 1381; *Bowsher v. Synar*, 106 S. Ct. 3181 (1986); *Copper & Brass Fabricators Council, Inc. v. Department of the Treasury*, 679 F.2d 951, 953 (D.C. Cir. 1982)(voto concurrente del Justice Ginsburg).

⁴⁷² Solo hacen falta razones de peso (“compelling reasons”) para habilitar a un panel a apartarse del precedente de otro panel. Se ha entendido que una de estas razones es la contradicción del precedente del séptimo circuito con otros circuitos. Cfr. *Unites States v. Reyes-Hernández*, 624 F. 3d 405, 413-14 (7th Cir. 2010); *Glaser v. Wound Care Consultants, Inc.*, 570 F.3d 907, 915 (7th Cir. 2009); *Russ v. Watts*, 414 F. 3d 783, 788 (7th Cir. 2005); *United States v. Wolfe*, 701 F. 3d 1206, 1217 (7th Cir. 2012). Sin embargo, es necesario luego de ello

aquel circuito, el precedente de un panel anterior podrá dejarse sin efecto mediante una práctica simplificada, consistente en circular, a todos los jueces activos del circuito, aquella decisión que pretenda contrariar el precedente. Esto es denominado “informal *en banc*” y regulado, en el caso del séptimo circuito, por la Circuit Rule 40 (e)⁴⁷³. Nueve de los trece circuitos han adoptado alguna flexibilidad del procedimiento *en banc*.

Sin embargo, todos respetan el valor del precedente horizontal, reconociendo su obligatoriedad y exigiendo algún procedimiento específico y agravado para dejarlo de lado. Aquel reconocimiento se manifiesta incluso en muchas de las reglamentaciones internas⁴⁷⁴. Por su parte, en aquellos circuitos en los que la práctica no ha sido codificada en sus normas internas de procedimiento, sí ha sido expresamente reconocida en diversos precedentes⁴⁷⁵. Para algunos, sin embargo, este reconocimiento jurisprudencial no aporta la estabilidad esperable a una doctrina tan fundamental para el funcionamiento de las cámaras, pues ocasiona una especie de círculo vicioso en el reconocimiento del valor del precedente: así, “un precedente establece que el precedente de un panel es obligatorio para los paneles posteriores. Pero aquellos paneles posteriores solo se sentirán obligados por tal afirmación si aceptan la premisa de que el precedente les obliga...”⁴⁷⁶. De cualquier modo, lo cierto es que, en la práctica, la aplicación del “derecho del circuito” no presenta mayores problemas, pues existe un alto nivel de reconocimiento de la obligatoriedad del precedente del panel anterior⁴⁷⁷.

circular la decisión antes de publicarla, pues los restantes jueces del circuito, si forman mayoría, podrán solicitar la revisión de esa decisión *en banc*.

⁴⁷³ “A proposed opinion approved by a panel of this court adopting a position which would overrule a prior decision of this court or create a conflict between or among circuits shall not be published unless it is first circulated among the active members of this court and a majority of them do not vote to rehear in banc the issue of whether the position should be adopted. In the discretion of the panel, a proposed opinion which would establish a new rule or procedure may be similarly circulated before it is issued. When the position is adopted by the panel after compliance with this procedure, the opinion, when published, shall contain a footnote worded, depending on the circumstances, in substance as follows: This opinion has been circulated among all judges of this court in regular active service. (No judge favored, or A majority did nofavor) a rehearing in banc on the question of (e.g., overruling *Doe v. Roe*.)”

⁴⁷⁴ Federal Circuit Rule 35(a)(1): “[O]nly the court en banc may overrule a binding precedent...”; 3d Circuit Internal Operating Procedure 9.1: “It is the tradition of this court that the holding of a panel in a precedential opinion is binding on subsequent panels. Thus, no subsequent panel overrules the holding in a precedential opinion of a previous panel. Court en banc consideration is required to do so”; 6th Circuit Rule 206(c): “Reported panel opinions are binding on subsequent panels. Thus, no subsequent panel overrules a published opinion of a previous panel. Court en banc consideration is required to overrule a published opinion of the court”.

⁴⁷⁵ *Mallory v. United States*, 259 F.2d 801, 802 (D.C. Cir. 1958); *Collier v. Commissioner*, 342 F.2d 6901 692 n.3 (2d Cir. 1965); *United States ex rel. Scoleri v. Banmiller*, 310 F.2d 720 (3d Cir. 1962); *O'Malley v. United States*, 340 F.2d 930, 933 (7th Cir. 1964) (Kiley, J., concurring); *Ellis v. Carter*, 291 F.2d 270, 273 n.3 (9th Cir. 1961).

⁴⁷⁶ Cfr. Mead, J., “Stare decisis in the Inferior Courts...”, pág. 800, nota al pie n.º 95.

⁴⁷⁷ En efecto, el propio Mead reconoce que es un problema teórico, pues no se ha dado en la práctica un planteo del estilo por parte de un juez. Y, de hecho, es un tema sobre el que se los consulta asiduamente en las audiencias de confirmación de los jueces propuestos (*hearings*). Ídem.

Un adecuado análisis del fundamento de esta doctrina —del por qué el precedente horizontal ha cobrado tanta importancia en la instancia de apelación—, desembocaría precisamente en aquello que ha motivado la realización esta tesis: en efecto, el surgimiento del “derecho del circuito” ha sido atribuido por los propios tribunales a una exigencia de la propia *estructura* de las cámaras federales de apelaciones (tribunales colegiados que resuelven controversias en subdivisiones de tres jueces)⁴⁷⁸. Es así que, bajo esta doctrina, subyace la concepción de que la decisión de un panel es la decisión de toda la cámara y, por ende, obliga a todos los paneles⁴⁷⁹. Tal obligación desaparece, como se ha visto, únicamente en casos excepcionales⁴⁸⁰.

Esta tesis, precisamente, está orientada a dejar en evidencia que las mismas razones que en Estados Unidos dieron lugar al surgimiento de la doctrina del *law of the circuit* justifican la implementación de una doctrina similar en nuestras cámaras federales de apelaciones. Ya se ha visto que el arraigado desconocimiento del valor de la jurisprudencia que ha sido proclamado en nuestro país responde a argumentos políticos y filosóficos de un momento histórico concreto, que han sido extrapolados a nuestra realidad jurídico-política. También se han analizado las particularidades de las cámaras de apelaciones, que reclaman una solución urgente a la potencial disparidad de criterios que lógicamente se deriva de la toma de decisiones simultáneas por medio de subdivisiones dentro de un órgano judicial.

C. LAS FEDERAL COURTS OF APPEALS Y EL PROCEDIMIENTO EN BANC

En Estados Unidos, al igual que en nuestro país, la administración de justicia se desarrolla en dos niveles: estatal (equivalente a “provincial”) y federal. El nivel federal se organiza, también al igual que en nuestro país, en tres instancias: las cortes de distrito (District Courts), las cortes de apelación (U.S. Courts of Appeals) y la Corte Suprema (U.S. Supreme Court)⁴⁸¹.

En la instancia de apelación, el país se divide en doce circuitos. Las cortes de apelación son trece⁴⁸², geográficamente distribuidas, y su función es resolver las apelaciones de las

⁴⁷⁸ LaShawn A. v. Barry, 87 F.3d 1389, 1395 (D.C. Cir. 1996). Se puede ver un análisis detallado de la historia del surgimiento del procedimiento *en banc* y del reconocimiento de la obligatoriedad del precedente del panel, en la sección ... del capítulo ...

⁴⁷⁹ Ídem (“the ‘decision of a division’ is ‘the decision of the court’”). En igual sentido, Sadinsky, Alexandra, “Redefining En Banc Review in the Federal Courts of Appeals”, en *Fordham Law Review*, vol. 82, 2014, pág. 2005, nota al pie n.º 30.

⁴⁸⁰ Sloan, A., “The Dog...”, págs. 718 y 719.

⁴⁸¹ Las cortes de distrito y las cortes de apelación son los tribunales inferiores a que se refiere el artículo III de la Constitución de Estados Unidos, en una redacción similar a la que luego han adoptado nuestros constituyentes en el artículo 94, hoy artículo 100. Cfr. con “El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. Presentación para Jueces y Personal Administrativo del Ramo Judicial en Países Extranjeros”, elaborado por la Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos, 2000, disponible en <http://photos.state.gov/libraries/argentina/8513/faqUSA/fedjudsistema.pdf>, última visita el 28-7-16, pág. 4.

⁴⁸² Una correspondiente a cada circuito y una, llamada United States Courts of Appeals for the Federal Circuit, con competencia nacional en determinados asuntos. Cfr. “El Sistema Federal Judicial...”, pág. 8.

sentencias de las cortes de distrito que se sitúan dentro de su jurisdicción, es decir, dentro de su circuito. A diferencia de nuestras cámaras federales de apelaciones, estas *courts of appeals* no se encuentran divididas por especialidad, de modo que la misma cámara tiene competencia en materia penal, civil, comercial⁴⁸³.

Cada corte de apelación está compuesta por varios jueces y su número varía dependiendo del circuito: por ejemplo, mientras que en el primer circuito la corte de apelación consta de seis jueces, en el noveno son veintiocho. El modo en que las cortes resuelven estas apelaciones es delegando cada una de ellas a un panel compuesto de tres jueces⁴⁸⁴. En general, esos tres jueces serán miembros de la corte, pero muchas veces son jueces de otros circuitos, jueces del distrito sobre el cual la corte tiene jurisdicción o, incluso, jueces de la Corte Suprema, que forman parte del panel “by designation”⁴⁸⁵.

De lo hasta aquí dicho se puede concluir, entonces, que en el sistema judicial estadounidense los órganos judiciales asimilables a nuestras cámaras federales de apelación son las *federal courts of appeals*⁴⁸⁶. Al igual que nuestras cámaras, son órganos colegiados, es decir, formados por dos o más jueces⁴⁸⁷. Y, al igual que en nuestras cámaras, no todos los jueces que forman una *court of appeals* intervienen en cada caso que ante ella se presenta.

Sin embargo, mientras que las cámaras federales de apelaciones argentinas se dividen en salas “fijas”, es decir, en salas formadas por tres jueces cuya composición no varía, las cámaras de apelaciones norteamericanas funcionan a través de paneles, cuya integración varía en cada caso que la *court* deba resolver⁴⁸⁸. Para graficarlo, nuestra CNACAF se

⁴⁸³ Cfr. “El Sistema Federal Judicial...”, pág. 7.

⁴⁸⁴ Cfr. U.S. Code, Title 28, § 46. Esta sección es descripta como una “ratificación legislativa” de lo resuelto en *Textile Mills*. Cfr. Dragich, Martha J., “Uniformity, Inferiority, and the Law of the Circuit Doctrine”, *Loyola Law Review* n.º 56, 2010, pág. 566, nota al pie n.º 214.

⁴⁸⁵ Los jueces del circuito que ya se han retirado pueden formar parte de un panel (cfr. 28 U.S.C. § 294(b)-(c) (1994)). También pueden hacerlo los jueces retirados de la Suprema Corte (cfr. 28 U.S.C. § 294(a) (1994)) y jueces de otros circuitos (cfr. 28 U.S.C. § 291(a)). Véase, también, Clark, Tom, “A Principal-Agent Theory of En Banc Review”, *The Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 25, No. 1, pág. 56. Estos jueces que participan de un panel a pesar de no formar parte de la cámara en cuestión son llamados “visiting judges”. Cuando el juez visitante pertenece al mismo circuito, se denomina “intracircuit assignment” y puede ser realizado por el *Circuit Chief Judge*, mientras que cuando pertenece a otro circuito, se denomina “intercircuit assignment” y debe ser realizado por el *Chief Justice* de los Estados Unidos. Cfr. Stahl-Reisdorff, Nicholle, “The Use of Visiting Judges in the Federal District Courts: A Guide for Judges & Court Personnel”, disponible en <https://bulk.resource.org/courts.gov/fjc/visijud3.pdf>, pág. 2, última visita el 27-7-16.

⁴⁸⁶ Para evitar las confusiones que se derivarían de una traducción literal del término “court”, las *courts of appeals* serán denominadas, en adelante, “cámaras de apelaciones”, con el fin de asimilarlas a los términos del lenguaje judicial argentino. A su vez, se traducirá el término “panel” como “panel”.

⁴⁸⁷ El número de jueces, como se mencionó, varía en cada circuito.

⁴⁸⁸ El término “panel” surge con la creación de “Circuit Courts”, por medio de la Judiciary Act de 1789. Estas cámaras no tenían jueces propios ni fijos, sino que resolvían los asuntos en “panels” compuestos, en un primer momento, por dos jueces de la Corte Suprema y un juez de distrito dentro del circuito (cfr. *Judiciary Act* de 1789, ch. 20, § 4, 1 Stat. 73, 74-75). Más tarde, los paneles se conformarían con un juez de la Suprema Corte y uno o dos jueces de distrito (*Judiciary Act* de 1793, ch. 22, § 1, 1 Stat. 333, 333). El objetivo de estas composiciones habría sido mantener la uniformidad de la jurisprudencia. Finalmente, la *Judiciary Act* de 1869 (Act of Apr. 10, 1869, ch. 22, § 2, 16 Stat. 44) determinó que cada cámara de circuito tendría un juez propio,

compone de cinco salas de tres jueces cada una. La sala I está compuesta por los jueces Márquez, López Castiñeira y Caputi. Cuando se inicia una causa, se sortea una sala. Siempre que salga sorteada la sala I, el caso será resuelto por los jueces Márquez, López Castiñeira y Caputi (con excepción, claro está, de la existencia de alguna causal de recusación, excusación o licencia). En Estados Unidos, en cambio, el segundo circuito está compuesto por los jueces Katzmann, Droney, Carney, Lohier Jr., Chin, Lynch, Livingston, Hall, Wesley, Raggi, Parker, Sack, Pooler, Straub, Cabranes, Calabresi, Leval, Jacobs, Walker Jr., Winter, Kearse y Newman⁴⁸⁹. Cuando se inicia una causa, se forma un panel, que podrá tener tantas composiciones como la cantidad de jueces permita⁴⁹⁰. En el caso que se ha tomado como ejemplo, las posibles integraciones del panel serán 1540⁴⁹¹, solo si se consideran las posibles variables entre los jueces mencionados. Serían muchísimas más si se tomaran en cuenta los *visiting judges*.

El hecho de que las cámaras federales de apelación argentinas y las *courts of appeals* norteamericanas sean tribunales colegiados que se dividen en subgrupos para resolver un caso concreto vuelve más compleja, como ya quedó dicho, la aplicación de la doctrina del precedente horizontal en esta instancia, en comparación con otras instancias judiciales⁴⁹².

Si la obligatoriedad horizontal existiera en la Argentina —en cualquiera de sus manifestaciones—, cada sala se vería constreñida no solo por el precedente propio, sino por el de las otras salas que integran la cámara. En las *courts of appeals*, cada panel se vería obligado por el precedente dictado por cualquier otro panel. Curiosamente, el hecho de que sean tribunales colegiados que se dividen en subgrupos para resolver un caso concreto vuelve también más necesaria la aplicación de la doctrina del precedente horizontal.

En las cámaras federales de apelaciones de Estados Unidos la necesidad de respetar el precedente horizontal ha sido cabalmente comprendida, y así surgió una doctrina específica del precedente horizontal, denominada “*law of the circuit*”⁴⁹³ (en adelante, “el derecho del

que formaba panel con otros dos jueces de los distritos correspondientes al circuito, y a veces un juez de la Suprema Corte podría remplazar, para resolver algunos casos, al juez del circuito o al de distrito. La participación de los *Justices* de la Suprema Corte en los paneles tendería a garantizar la uniformidad en la aplicación e interpretación de la ley federal (cfr. Dragich, M., “Uniformity...”, pág. 547).

⁴⁸⁹ Cfr. <http://www.ca2.uscourts.gov/judges/judges.html>, última visita el 23-11-2016.

⁴⁹⁰ La actuación del tribunal en paneles es una cuestión de tradición, como afirma la Cámara del Noveno Circuito en *Hart v. Massanari*, 266 F.3d 1155, 1161 (9th Cir., 2001).

⁴⁹¹ Resultado de la operación $22!/3!(22-3)!$.

⁴⁹² Dragich, M., “Citation of Unpublished...”, pág. 1267.

⁴⁹³ Se la definió como “la aplicación de la doctrina del *stare decisis* en las cámaras de apelaciones”. Cfr. Kanne, M. S., “The ‘Non-Banc En Banc’: Seventh Circuit Rule 40(e) and the Law of the Circuit”, en *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 32, págs. 611-624 (2008); Barret, Amy C., “Stare Decisis and Due Process”, en *University of Colorado Law Review*, vol. 74, 2003, pág. 1018, nota al pie n.º 22, y como “una forma particularmente rígida del *stare decisis*”. Cfr. Mead, J., “Stare decisis in the Inferior Courts...”, pág. 789. Fue considerada, en un gran número de casos, como una variante del *stare decisis*. V.gr. *Stauth v. Nat'l Union Fire Ins. Co.*, 236 F.3d 1260, 1267 (10th Cir. 2001); *United States v. Lewko*, 269 F.3d 64, 66 (1st Cir. 2001); *Abraham*, 137 F.3d at 269; *Williams v. Chrans*, 50 F.3d 1356, 1357 (7th Cir. 1995). Algunos afirman que, en realidad, el surgimiento de esta doctrina y de las particularidades propias de la obligatoriedad horizontal del

circuito”). De acuerdo con esta regla, aquello que resolvió un panel (un *prior panel*) es obligatorio para los paneles posteriores. Normalmente esta regla es llamada “*prior panel rule*” o “*rule of interpanel accord*”⁴⁹⁴.

En la práctica, se implementan eficazmente muchos sistemas que tienden a preservar esta doctrina y, a la vez, evitar el dispendio jurisdiccional que existiría si dos paneles estudiaran simultáneamente el mismo asunto. En el noveno circuito, por ejemplo, se utiliza un sistema de inventario, con códigos de identificación por materia, de modo que los casos que involucren las mismas materias puedan ser adjudicados a los mismos paneles que ya han resuelto sobre ello anteriormente⁴⁹⁵. Complementariamente, de acuerdo con las reglas internas del circuito, cuando dos causas idénticas están pendientes de resolución por dos o más paneles, el panel al que primero se le adjudicó su causa será el que tenga prioridad, y los demás paneles deben deferir la adjudicación de modo que puedan seguir el precedente dictado por el primer panel⁴⁹⁶.

Los alcances estrictos del “derecho del circuito” han sido analizados más arriba. Lo que aquí quiere destacarse es que ha sido esta doctrina del precedente la que sustentó y dio origen, en las cámaras de apelaciones, al procedimiento plenario, denominado *en banc*. En efecto, tal como a continuación se analizará, fue el respeto por el precedente horizontal de otro panel el que originó la intención de diversos paneles de circuito de reunirse en pleno para resolver conflictos entre ellos⁴⁹⁷.

A los efectos de la presente sección, el punto de partida necesario será, entonces, que en Estados Unidos el precedente de un panel es obligatorio para los paneles subsiguientes. Por tal razón, para dejar sin efecto (*overrule*) el precedente de un panel es necesario un procedimiento específico. Este procedimiento se denomina *en banc*.

D. Antecedentes del surgimiento de los en banc en el sistema judicial estadounidense

precedente en las cámaras de apelación es una doctrina judicial moderna, dado que históricamente los paneles no estaban obligados por los precedentes de los paneles anteriores. Cfr. Mead, J., “Stare decisis in the Inferior Courts...”, pág. 795; Barrett, A., “Stare Decisis...”, pág. 1065.

⁴⁹⁴ Dragich, Martha J., “Uniformity...”, pág. 538.

⁴⁹⁵ Aunque estamos lejos de un sistema que se le parezca, esto significaría, en nuestra cámara, una especialización de la especialización, es decir, que cada sala fuera experta en un tipo de materias o controversias. Algunas ventajas que rápidamente surgen de esto son que el estudio y análisis de esa materia sería muy profundo, la solución sería más expeditiva, y no sería necesario que todas las salas estudiaran la jurisprudencia de todas las demás en todos los asuntos.

⁴⁹⁶ Cfr. Hellman, Arthur D., “Central Staff in Appellate Courts: The Experience of the Ninth Circuit”, en *California Law Review*, 1980, págs. 957-964.

⁴⁹⁷ En Argentina, como se verá, se da el absurdo por el cual tenemos previsto en nuestro ordenamiento el procedimiento plenario, pero renegamos de uno de sus presupuestos esenciales, que lo inspira y lo justifica: la necesidad de respetar el precedente de otra sala.

El procedimiento *en banc* es la reunión de todos los jueces que forman parte del órgano judicial, que es la cámara de apelaciones (*court of appeals*) de un circuito, a los efectos de resolver un caso. Su origen en el derecho estadounidense está íntimamente relacionado con aquello que se ha denominado *simultaneous divisional sittings, divisional arrangements o divisional system*⁴⁹⁸ y que consiste en que los órganos judiciales colegiados se dividen en subgrupos de jueces que trabajan simultáneamente, cada uno de los cuales es perfectamente competente, por sí mismo, para resolver determinadas apelaciones⁴⁹⁹.

La reunión *en banc* surgió hacia fines del siglo XIX, a raíz del aumento poblacional, la expansión industrial y el surgimiento de la legislación social⁵⁰⁰, factores que incrementaron considerablemente la cantidad de causas judiciales y que exigieron una reorganización del trabajo a los efectos de lograr la eficiencia en la administración de justicia.

Es interesante analizar cómo el procedimiento *en banc* atemperó estos grandes cambios que estaban surgiendo en la organización judicial, en especial las supremas cortes estatales, por un lado, y en las cámaras federales de apelaciones, por el otro. Se advertirá que, si bien el resultado fue el mismo, el camino para alcanzarlo fue diverso.

En las supremas cortes estatales, la práctica era que todos los jueces que integraban la corte participaban en la decisión de todas las controversias. Si bien las *divisional sittings* mejoraron la organización de justicia —y recibieron, por ello, su debido reconocimiento—, también dieron lugar a críticas. Las principales críticas se fundaban en que el contenido de la decisión quedaba sujeto a la fortuita composición del subgrupo, que se ponía en riesgo el desarrollo uniforme y certero del derecho y que la autoridad de dichos precedentes disminuiría. En definitiva, se consideraba que el hecho de que las sentencias no fueran ya dictadas por la totalidad de los jueces sino por un número menor conllevaba ciertos riesgos.

Para hacer frente a aquellos riesgos, se adoptaron diversos mecanismos. Contra el argumento de que la decisión dependería de la integración fortuita del grupo, se garantizó una frecuente rotación del personal, a los fines de que no pudiera identificarse un determinado grupo de jueces con una determinada tendencia o criterio. Frente a la preocupación por el desarrollo uniforme del derecho, se tomaron medidas tendientes a que todos los jueces conocieran los precedentes dictados por cada división, tales como la participación del *Chief Justice* de la corte en todos los subgrupos y la circulación de las opiniones a todos los jueces

⁴⁹⁸ Lamar, A., “En Banc...”, parte I, págs. 565-566.

⁴⁹⁹ Al parecer, la actuación simultánea de subgrupos dentro de un mismo órgano judicial tuvo lugar por primera vez en la Court of Appeal of England que, a través de la *English Judicature Act* de 1875, fue autorizada a resolver apelaciones en dos divisiones de tres jueces. Cfr. George, Treacy E., “The Dynamics and Determinants of the Decision to Grant En Banc Review”, en *Washington Law Review*, vol. 74, 1999, pág. 224; Lamar, A., “En Banc...”, parte I, págs. 565-566. Más tarde, el primer estado en trasladar este modo innovativo de organización del trabajo a los Estados Unidos fue California, cuya Constitución de 1879 autorizó a los siete jueces de la suprema corte estatal a formar dos departamentos, ambos con igual competencia para decidir.

⁵⁰⁰ Lamar, A., “En Banc...”, parte I, pág. 565. Lamar realiza, en estas páginas, un análisis explícito de cómo este sistema divisional se fue dando en las diversas instancias judiciales estadounidenses.

que componían el órgano judicial. Y frente a la inquietud de que la división generaría precedentes con menor autoridad, surgió el procedimiento *en banc*: ciertos asuntos de relevancia seguirían siendo atendidos por todos los miembros del órgano (v.gr. cuestiones relacionadas con la pena de muerte, con el apartamiento de un precedente, casos en los que había disidencia en el panel)⁵⁰¹.

En las supremas cortes estatales, entonces, el procedimiento *en banc* surgió como respuesta a las críticas ocasionadas a raíz de la división del trabajo en subgrupos dentro de un mismo órgano judicial; críticas que se basaban, principalmente, en la pérdida de autoridad que tendría una sentencia en la que no habían participado todos los jueces que integraban el órgano y en la necesidad de encontrar un método por el cual la mayoría de todos los miembros de la cámara controlase las decisiones tomadas por los paneles⁵⁰², para evitar que el justiciable quedase sometido a la fortuita integración del panel que le tocase en suerte⁵⁰³.

En las cámaras de apelaciones federales, la historia del surgimiento de los *en banc* es algo distinta. Las *courts of appeals* fueron creadas por la *Circuit Court of Appeals Act* —más conocida como “the Evarts Act”⁵⁰⁴— como instancia intermedia entre las *circuit courts*⁵⁰⁵ y la Corte Suprema, a los fines de descomprimir el colapso causado por la gran cantidad de apelaciones federales. Más tarde, las *circuit courts* desaparecerían y solo quedarían las *courts of appeals*⁵⁰⁶.

Al comienzo, cada una de las nueve *courts of appeals* —correspondiente a los nueve circuitos de entonces— estaba formada únicamente por tres jueces⁵⁰⁷, de modo que una decisión de esos tres jueces constituía obviamente una decisión de la cámara. Sin embargo, cuando el Congreso fue aumentando el número de jueces en algunos circuitos⁵⁰⁸, no indicó si la cámara podía o debía resolver un caso con todos sus jueces o si podía o debía, como hasta entonces, formar un panel de tres jueces para atender cada caso. Ello originó el debate sobre qué número de jueces constituían “la cámara” en aquellos circuitos en los que los jueces eran más de tres⁵⁰⁹. A pesar de la voluntad incierta del Congreso, la práctica de resolver las apelaciones en grupos de tres jueces fue la que prevaleció en la mayoría de los circuitos⁵¹⁰.

⁵⁰¹ Íd., pág. 566.

⁵⁰² Madden, Peter M., “In Banc Procedures in the United States Courts of Appeals”, en *Fordham Law Review*, vol. 43, 1974, pág. 402.

⁵⁰³ Íd., pág. 408.

⁵⁰⁴ *Judiciary Act* de 1891, 26 Stat. 826.

⁵⁰⁵ Creadas por la *Judiciary Act* de 1789 (Sec. 4), tenían una competencia de apelación muy limitada, que finalmente perdieron con la creación de las *circuit courts of appeals* en 1891.

⁵⁰⁶ Por medio del *Judicial Code* de 1911.

⁵⁰⁷ § 2, 26 Stat. 826. Véase, también, Lamar, A., “En Banc...”, parte I, pág. 570.

⁵⁰⁸ § 118, *Judicial Code* de 1911, 36 Stat. 1087.

⁵⁰⁹ Sloan, Amy E., “The Dog...”, pág. 722.

⁵¹⁰ Con excepción del distrito de Columbia, en el que, cuando la cámara creció a cinco jueces, en 1930, los casos comenzaron a ser resueltos por los cinco. Cfr. A. Lamar Alexander, Jr., Note, “En Banc...”, parte I, pág.

A medida que la cantidad de jueces iba aumentando en cada cámara de apelaciones⁵¹¹, las inconsistencias en las decisiones de los paneles también crecían⁵¹². Esto, finalmente, fue lo que daría lugar al surgimiento —jurisprudencial, luego reglamentado por vía legislativa— de los procedimientos *en banc* en las cámaras federales de apelaciones, no sin antes grandes debates y discusiones sobre la legitimidad de que una decisión de la *court of appeals* fuera tomada por más de tres jueces.

De este modo, mientras que en las supremas cortes estatales, el hecho de que la totalidad de los jueces decidiera algunos casos (*en banc*) era considerado algo normal e, incluso, deseable, pues era visto como un mecanismo para paliar las desventajas que traía la conformación de subgrupos en cada corte (en especial, la de un precedente dictado únicamente por tres jueces), en las *courts of appeals*, la participación de más de tres jueces en la toma de decisión era una práctica desconocida y desalentada, pues se consideraba que lo correcto era que la decisión fuera tomada únicamente por tres jueces. Esta especie de reticencia de las cámaras de apelaciones a la posibilidad de que *todos* los jueces resolvieran un caso originó la consulta a la Corte Suprema sobre si podían o no reunirse en pleno para decidir, es decir, si era válida la sentencia dictada por la totalidad de los miembros de la *court of appeal*.

A diferencia de lo que ocurría en las supremas cortes estatales, el surgimiento de las *divisional sittings* en las cámaras federales de apelaciones no fue complementado desde un principio con el desarrollo de la doctrina de los *en banc*. El surgimiento tardío de los *en banc* en las *courts of appeals* puede atribuirse precisamente a que —a diferencia de lo sucedido en las supremas cortes estatales— en las cámaras de apelaciones no se planteaba una disminución de la autoridad del precedente dictado por tres jueces, pues precisamente desde el mismo momento de su creación (ya en las *circuits courts*, en 1789) siempre fueron tres los jueces que resolvían. De modo que, en la instancia de apelación, una decisión de tres jueces era totalmente aceptable, aun cuando esos tres jueces ya no fueran la cámara entera sino una división de esta⁵¹³. En las supremas cortes estatales, por el contrario, había que enfrentar un

570, nota al pie n.º 60. Sin embargo, esta práctica duró solo hasta 1938, cuando ese circuito adoptó también la división en paneles de tres jueces. Cfr. George E., T., “The Dynamics...”, pág. 225, nota al pie n.º 57.

⁵¹¹ El incremento de los jueces fue necesario, pues el número de apelaciones también crecía, en especial, a partir del llamado “Judges Bill” (*Judiciary Act* de 1925 ch. 229, 43 Stat. 936), que incrementó la discrecionalidad de la Suprema Corte para admitir o negar su competencia. Esto, sumado a que las cámaras, a partir del surgimiento del *writ of certiorari* (*Everts Act*, ch. 517, § 6,26 Stat. 826, 828 (1891)) y más aún con el “Judges Bill” se transformaron en la última instancia en una enorme cantidad de asuntos, evidenciaba la necesidad de que todos los jueces que integraban la cámara decidieran los casos en forma conforme. Para tener una noción del incremento de trabajo en las cámaras, se puede decir que luego de la *Everts Act*, solo 841 casos se presentaron en las cortes en su primer año de existencia. Sin embargo, después del *Judges Bill*, es decir, para 1930, las cortes resolvían alrededor de 3000 casos. Cfr. George E., T., “The Dynamics...”, pág. 226, nota al pie n.º 64.

⁵¹² Sadinsky, Alexandra, “Redefining En Banc Review...”, págs. 2007-2009.

⁵¹³ Lamar, A., “En banc...”, parte I, pág. 571.

cambio: de sentencias dictadas por la totalidad de los jueces (cinco, seis, nueve), se pasaba a sentencias dictadas por un número menor.

Sea como fuere, fue la Corte Suprema la que, en dos precedentes, delineó la doctrina de los *en banc* en las *courts of appeals*. En *Textile Mills Securities Corp. v. Commissioner*⁵¹⁴, por primera vez, reconoció que las *courts* tenían la facultad de reunirse *en banc*⁵¹⁵. Lo que se planteaba en este caso, precisamente, era si todos los jueces que formaban la *court of appeals* podrían reunirse en pleno para decidir un caso o si el *Judicial Code* únicamente permitía que las sentencias fueran dictadas por paneles de tres jueces. El conflicto se suscitó a raíz de que el tercer y el noveno circuito habían decidido la cuestión de manera contradictoria.

El noveno circuito fue el primero en analizar la posibilidad de que la cámara se reuniera en pleno para resolver. En *Bank of America National Trust & Savings Ass'n v. Commissioner*⁵¹⁶, un panel de dicho circuito había decidido una cuestión impositiva. Un año después, en *Lang's Estate v. Commissioner*⁵¹⁷, un segundo panel se enfrentó con un caso semejante, pero no estaba de acuerdo con la decisión tomada por el panel anterior. No obstante, cuando se planteó la posibilidad de reunirse *en banc*, el segundo panel entendió que eso estaba vedado por el *Judicial Code*. Sin embargo, en lugar de dejar sin efecto el precedente del primer panel, frente a su disconformidad con él, solicitó a la Corte Suprema que resolviera la cuestión de fondo. La Corte Suprema adhirió a la postura del segundo panel en cuanto a la cuestión impositiva planteada, pero no se pronunció sobre la posibilidad de que los jueces del circuito se reunieran en un número mayor a tres para resolver un caso.

Dos años después, en *Commissioner v. Textile Mills Securities Corp.*⁵¹⁸, el tercer circuito se reunió *en banc* y dictó una sentencia en la que manifestaba que la cámara tenía la facultad de reunirse en pleno, en razón de que ella, como un todo, debía distinguirse del número de miembros que constituyen quórum para decidir en su nombre.

Desde esa perspectiva, se afirmó que, sin perjuicio de que un número de miembros pueda estar autorizado a actuar en nombre de la cámara, la cámara como tal la constituye el número total de sus miembros⁵¹⁹. Desde esta perspectiva, el panel sería el número mínimo de miembros exigido para decidir en representación de la cámara, pero nada impediría que este mínimo sea superado, pues la cámara la forman todos sus miembros.

⁵¹⁴ 314 U.S. 326 (1941).

⁵¹⁵ 314 U.S. 326 (1941), págs. 67-71.

⁵¹⁶ 90 F.2d 981 (9th Cir. 1937).

⁵¹⁷ 76. 97 F.2d 867 (9th Cir. 1938).

⁵¹⁸ 117 F.2d 62 (3d Cir. 1940) (en banc), *aff'd*, 314 U.S. 326 (1941).

⁵¹⁹ “A court, as distinguished from the quorum of its members whom it may authorize to act in its name, cannot consist of less than the whole number of its members” (un tribunal, que se diferencia del quorum de miembros que podrían estar autorizados para actuar a su nombre, no puede ser menos que el número total de sus miembros).

A raíz de este conflicto entre precedentes del noveno y el tercer circuito, fue que la Corte Suprema otorgó *certiorari* en *Textile Mills* y unánimemente decidió que las cámaras tenían la facultad de reunirse *en banc*⁵²⁰.

En 1948, el Congreso incorporó al *Judicial Code* (§46(c))⁵²¹ lo que la Corte Suprema había decidido en *Textile Mills*, pero sin especificar cómo debía ser el procedimiento ni en qué casos era procedente. Algunas de estas particularidades serían abordadas por la Corte Suprema, doce años más tarde, en *Western Pacific Railroad Corp. v. Western Pacific Railroad Co*⁵²². En esa oportunidad, la Corte Suprema aclaró que la sección 46 (c) del *Judicial Code* faculta (pero no obliga) a la cámara de un circuito a reunirse *en banc* —ni las partes pueden obligarla a hacerlo ni apelar la decisión de la cámara de reunirse o no reunirse *en banc* (solo pueden formular una solicitud o petición)—⁵²³.

Si bien la Corte dejó librado al criterio interno de cada cámara la regulación del cómo, cuándo y por qué procede la reunión plenaria⁵²⁴, fijó cinco requisitos a los que las cámaras de apelaciones debían ajustarse: (i) el circuito debe definir con claridad el procedimiento a utilizar para decidir si reunirse o no *en banc*⁵²⁵; (ii) el circuito puede establecer que sea la mayoría de toda la cámara la que determine si reunirse o no *en banc* o delegar esta decisión a una división de jueces; sin embargo una mayoría de todos los miembros de la cámara siempre estará habilitada para revisar los procedimientos *en banc* del circuito y revocar cualquier decisión tomada por aquella división⁵²⁶; (iii) el circuito debe dar a la parte la oportunidad de sugerir a la cámara o a la división de la cámara que un caso particular es apropiado para ser considerado por todos los jueces⁵²⁷; (iv) el circuito tiene la facultad de iniciar un procedimiento *en banc* espontáneamente (*sua sponte*)⁵²⁸; (v) la decisión de resolver o no un caso *en banc* debe ser tomada separadamente de la decisión de si corresponde una revisión del caso por el mismo panel⁵²⁹.

Sentados aquellos criterios generales, los pormenores del procedimiento fueron delegados a la reglamentación interna de cada circuito, con el único requisito de que esa reglamentación

⁵²⁰ Cfr. Sadinsky, A., “Redefining...”, págs. 2010-2011.

⁵²¹ “Cases and controversies shall be heard and determined by a court or panel of not more than three judges [...] unless a hearing or rehearing before the court in banc is ordered by a majority of the circuit judges of the circuit who are in regular active service. A court in banc shall consist of all circuit judges in regular active service...”

⁵²² 345 U.S. 247 (1953).

⁵²³ 345 U.S. 247 (1953), págs. 252, 259.

⁵²⁴ Íd., pág. 250.

⁵²⁵ Íd., pág. 260-61.

⁵²⁶ Íd., pág. 261.

⁵²⁷ Íd., pág. 261.

⁵²⁸ Íd., pág. 262.

⁵²⁹ Íd., pág. 262-263. En el procedimiento judicial ante las cámaras de apelaciones, es posible pedir que el panel revise una decisión. Esto es lo que se conoce como “rehearing” y puede darse en caso de que el panel hubiera cometido un error en la apreciación de los hechos, en la determinación del derecho o en la aplicación de los precedentes. No obstante, no es una petición a la que las cámaras hagan lugar con frecuencia.

fuera publicada. Esto dio lugar, como era de esperarse, a diferencias reglamentarias entre circuitos, algunas de las cuales son de importancia⁵³⁰.

Finalmente, estos lineamientos jurisprudenciales que surgieron de la Suprema Corte fueron expresamente adoptados en la *Rule 35* de la *Federal Rules of Appellate Procedure* (1967). El Congreso dictó esta *rule* con la intención de homogeneizar los distintos procedimientos y prácticas que surgieron en los circuitos a raíz de la delegación que la Corte Suprema había hecho para regular los *en banc*.

A continuación, se analizará esta regla, pues ello facilitará el análisis de las semejanzas y diferencias con el sistema de fallos plenarios de nuestras cámaras de apelaciones.

De la lectura de la *Rule 35* se pueden extraer las siguientes características del procedimiento *en banc*:

(i) El procedimiento *en banc* es un procedimiento de excepción⁵³¹.

(ii) Puede tener lugar con anterioridad o con posterioridad a que el panel haya resuelto la apelación (“*an appeal or other proceeding be heard or reheard by the court of appeals en banc*”). En un principio, solo se preveía la posibilidad de decidir *en banc* antes de que el panel hubiera emitido su decisión. Es decir, se consideraba únicamente la posibilidad del *hearing*, no del *rehearing*. Hoy en día, en cambio, la regla prevé ambas opciones, de modo que, al iniciar la apelación se puede solicitar que el caso sea decidido por la cámara en pleno (*heard initially en banc*) o bien puede pedirse, una vez resuelto por el panel de tres jueces, que el caso sea revisado nuevamente por la cámara en pleno (*rehearing en banc*)⁵³².

(iii) Queda habilitado en dos circunstancias: (1) cuando sea necesario para asegurar o mantener la uniformidad en las decisiones de la cámara⁵³³; (2) cuando se encuentre en juego una cuestión de excepcional importancia⁵³⁴.

⁵³⁰ Cfr. Sadinsky, A., “Redefining...”, pág. 2005, 2012.

⁵³¹ “*An en banc hearing or rehearing is not favored and ordinarily will not be ordered...*”. Esta excepcionalidad prevista por la norma se refleja en la práctica, pues el procedimiento *en banc* no es usualmente utilizado en las *courts of appeals*, aunque hay circuitos que lo utilizan más que otros. Cfr. Madden, PÁG., “In banc...”, pág. 404, nota al pie n.º 33; George E., T. “The Dynamics...”, pág. 214.

Por el tiempo y los recursos judiciales que insume, el procedimiento ha sido criticado y desalentado, incluso por algunos jueces. Véase, Lamar, A., “En banc...”, parte I, págs. 576-577; Madden, P., “In banc...”, págs. 417-418 (admitiendo la onerosidad y el tiempo que insumen los *en banc*, pero reconociendo asimismo que son necesarios); Sadinsky, A., “Redefining...”, págs. 2031-2032, 2035; George, T. E., “The Dynamics...”, pág. 213; Kaufman, Irving R., “Do the Costs of the En Banc Proceeding Outweigh Its Advantages?”, en *Judicature*, vol. 69, 1985, pág. 7; *Bartlett ex rel. Neuman v. Bowen*, 824 F.2d 1240, 1243 (D.C. Cir. 1987) (del voto concurrente del *judge Edwards*).

⁵³² Cfr. *Federal Rules of Appellate Procedure*, *Rule 35* (b) (c).

⁵³³ “... *en banc consideration is necessary to secure or maintain uniformity of the court's decisions...*”.

⁵³⁴ “... *the proceeding involves a question of exceptional importance...*”.

La distinción entre una y otra causal es, en la práctica, muy difícil. Normalmente las cámaras no indican cuál es la circunstancia que justifica el procedimiento *en banc*. Sin perjuicio de ello, a través del análisis de la jurisprudencia, se pueden identificar causales paradigmáticas que lo originan: dentro del primer objetivo que menciona la Rule, de mantener la uniformidad en el derecho federal, se justifica el procedimiento plenario en situaciones de conflictos entre paneles y conflictos entre circuitos, tal como será analizado más adelante.

Por otra parte, la terminología imprecisa de la segunda causal, que se refiere genéricamente a “cuestiones de excepcional importancia” se ha concretizado, por ejemplo, en situaciones en las que el caso involucra un asunto jurídico que puede afectar a muchos otros casos⁵³⁵, casos controversiales o que tienen gran impacto como precedente, pudiendo afectar la vida de muchas otras personas⁵³⁶ cuestiones en las que se encuentran comprometidos los derechos civiles⁵³⁷, casos en los que hay una disidencia en el panel⁵³⁸, casos en los que el panel que decidió tiene una ideología contraria a la de la mayoría de la cámara⁵³⁹.

Esto demuestra que si bien los *en banc* comparten con los plenarios uno de sus objetivos (el de unificar la jurisprudencia), tienen un mayor alcance, cuyo objetivo principal, concretizado a través de esos objetivos secundarios, es que sea la totalidad de los jueces la que decida cuestiones que, por alguna u otra razón, así lo ameritan.

(iv) La parte puede solicitar que un caso sea resuelto (*hearing*) o revisado (*rehearing*) *en banc*. Su petición debe indicar: (1) que la decisión del panel está en conflicto con una decisión de la Suprema Corte de Justicia o de la cámara en cuestión (*intracircuit conflict*). Se deben citar los casos en conflicto; (2) que se encuentra en juego una o más cuestiones de excepcional importancia, como ser que la decisión del panel está en conflicto con una decisión de otro circuito (*intercircuit conflict*)⁵⁴⁰.

⁵³⁵ *Walters v. Moore-McCormack Lines, Inc.*, 312 F.2d 893 (2d Cir. 1963) (*en banc*).

⁵³⁶ *Galella v. Onassis*, 487 F.2d 986 (2d Cir. 1973), pág. 1004.

⁵³⁷ *Williams v. Adams*, 441 F.2d 394 (2d Cir. 1971) (*en banc*); *United States v. Manning*, 448 F.2d 992 (2d Cir.) (*en banc*).

⁵³⁸ Cfr. George, T. E., “The Dynamics...”, pág. 220.

⁵³⁹ Cfr. Giles, Michael; Walker, Thomas y Zorn, Christopher, “Setting a Judicial Agenda: The Decision to Grant En Banc Review in the U.S. Courts of Appeals”, *Journal of Politics*, n.º 68, págs. 853-854. Puede verse un pormenorizado análisis de las circunstancias que ameritaron un *en banc* en el segundo circuito en Madden, P., “In banc...”.

⁵⁴⁰ “The petition must begin with a statement that either: (A) the panel decision conflicts with a decision of the United States Supreme Court or of the court to which the petition is addressed (with citation to the conflicting case or cases)”; (B) the proceeding involves one or more questions of exceptional importance, each of which must be concisely stated; for example, a petition may assert that a proceeding presents a question of exceptional importance if it involves an issue on which the panel decision conflicts with the authoritative decisions of other United States Courts of Appeals that have addressed the issue.”

La expresión “cuestiones de excepcional importancia” es, como se ha visto, imprecisa. Cada cámara la ha sujeto a su criterio. Se ha llegado a decir que la terminología es tan vaga que no obliga ni impide a la cámara a

La doctrina reconoce que la mayoría de los procedimientos *en banc* se llevan a cabo a partir de una autoconvocatoria de la cámara y no a pedido de parte; aunque también se admite que las partes, a pesar de que la petición está desalentada por la propia rule 35, hacen uso y abuso de ella⁵⁴¹.

(v) La petición de que la cámara se reúna *en banc* que efectúa la parte puede no recibir respuesta alguna. El voto sobre la petición no es necesario, a menos que uno de los jueces lo solicite.

E. Conflictos intra-circuit e inter-circuit y su relación con los en banc

Partiendo de lo hasta aquí analizado es posible afirmar que los *en banc* son un mecanismo que se ha generado como respuesta a la división del trabajo en subgrupos dentro de un órgano judicial colegiado. Esto, que no es poco, tienen en común con los fallos plenarios. Están orientados, entre otras cosas, a evitar que el criterio de ese subgrupo se imponga en contra del criterio de la mayoría de los miembros de la cámara, así como a evitar que un subgrupo deje sin efecto el precedente dictado por otro.

Aquello presupone dos cuestiones: en primer lugar, que en un órgano colegiado la división del trabajo en subgrupos (paneles, en Estados Unidos, salas, en Argentina) es útil y conveniente. Así ha sido sostenido por la doctrina estadounidense, al considerar que la toma de decisiones por tres jueces es la forma más eficiente de resolver las apelaciones, pues un mayor número implicaría doblar esfuerzos: tres jueces, en una reunión informal, encontrarán más fácilmente el corazón de un caso que siete o nueve en una conferencia más formal⁵⁴². En segundo lugar, que la decisión (sentencia) de ese subgrupo es la decisión del órgano judicial. Cabe recordar que tal afirmación está, respecto de las *courts of appeals* estadounidenses, expresamente incluida en las notas que acompañan la sección 46 del *Judicial Code*.

De este modo, admitida la conveniencia de que diferentes subgrupos trabajen en simultáneo para decidir los casos que son planteados ante la cámara, es necesario aportar una solución a la posible contradicción o conflicto entre esos grupos que⁵⁴³, como se ha visto al

utilizar el procedimiento *en banc* en ningún caso. Cfr. *Arnold v. Eastern Air Lines, Inc.*, 712 F.2d 899, 914 (4th Cir. 1983) (Phillips, J., dissenting).

⁵⁴¹ Véase, al respecto, Karlen, Delmar, *Appellate Courts in the United States and England*, Westport, Greenwood Press, 1963, pág. 55; Godbold, John C., “The Eleventh Circuit Court of Appeals - The First Ten Years”, en *Mercer Law Review*, vol. 43, 1992, págs. 961, 974.

⁵⁴² Lamar, A., “En banc...”, parte I, pág. 577. En el mismo sentido, véase Mead, J., “Stare decisis in the Inferior Courts...”, pág. 817 y Edwards, Harry T., “The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, n° 5, 2003, pág. 1640.

⁵⁴³ El término “conflicto” es propio de las normas y prácticas judiciales de Estados Unidos, por eso es el que se utilizará de aquí en más. Nosotros, en cambio, estamos más familiarizados con la idea de contradicción, que es la que utiliza nuestro ordenamiento procesal. En general, podrá decirse que hay contradicción cuando ya se ha dictado una sentencia desoyendo el precedente, mientras que el conflicto se da en una instancia anterior, en la que los jueces del panel están en desacuerdo con la decisión anterior, pero aún no han dictado sentencia. Tanto uno como otro supuesto está contemplado en nuestro sistema y en el de Estados Unidos.

analizar la toma de decisiones y la contradicción al principio de este capítulo, es natural y esperable.

En el derecho estadounidense, aquellos conflictos que se dan entre los subgrupos que forman un órgano judicial colegiado son llamados “*intra-circuit*”, a diferencia de los conflictos “*inter-circuit*”, que son aquellos que tienen lugar entre dos o más circuitos⁵⁴⁴. Ambos conflictos suelen resolverse, en el derecho norteamericano, mediante el procedimiento *en banc*.

Así es que el procedimiento *en banc* está dirigido, entre otras cuestiones, a poner fin a los conflictos *intra e inter-circuit*⁵⁴⁵: garantiza la uniformidad de las decisiones de los diversos paneles y se constituye en el mecanismo necesario para modificar el precedente horizontal, a la vez que alienta la uniformidad en la interpretación y el desarrollo del derecho federal entre todos los circuitos⁵⁴⁶. Conviene analizar por separado la incidencia del procedimiento en los conflictos *intra-circuit* y en los conflictos *inter-circuit*.

La exigencia de que se reúna en pleno toda la cámara de apelaciones ha sido interpretada en el sentido de que solo el pleno es el órgano competente para dejar sin efecto un precedente horizontal⁵⁴⁷.

i. Conflictos *intra-circuit*

Un conflicto *intra-circuit* tiene lugar cuando un panel de una cámara de apelaciones piensa o decide en forma diversa a como lo ha hecho otro panel de la misma cámara en un caso

⁵⁴⁴ Un ejemplo de conflicto *inter-circuit* es, precisamente, aquel que ocurrió entre el tercer y el noveno circuito, dando lugar a la jurisprudencia de la Suprema Corte que finalmente consagró el procedimiento *en banc*, como se ha visto anteriormente.

⁵⁴⁵ Hacia el final de la Rule 35, se menciona el conflicto entre circuitos como ejemplo de una cuestión de excepcional importancia que amerita la consideración *en banc*. De modo que ambos tipos de conflictos son susceptibles de ser subsanados por este procedimiento. Sin embargo, no son estas las únicas causales que autorizan la reunión en pleno. Pueden mencionarse, entre otras, la existencia de una disidencia en la decisión del panel, la revocación de la decisión de primera instancia o la intención de limitar la influencia de jueces visitantes o retirados, como situaciones que suelen dar lugar a la revisión *en banc*. Cfr. George, E., T., “The Dynamics...”.

⁵⁴⁶ Sadinsky, “Redefining...”, pág. 2004. 0. Sloan, “The Dog...”, págs. 718–19. En igual sentido, A. Lamar, “En banc...”, pág. 742 (sosteniendo que la creación de más circuitos delegaría la responsabilidad de resolver los conflictos entre circuitos a la Suprema Corte, mientras que el mantenimiento de la situación actual (pocos circuitos con un gran número de jueces) deja la responsabilidad de lograr uniformidad en el desarrollo de la ley federal en manos de los propios circuitos, que deben resolver los conflictos mediante los *en banc*).

⁵⁴⁷ Hart v. Massanari 266 F.3d 1155 (9th Cir. 2001): “If a federal court must decide an issue governed by a prior opinion that constitutes binding authority, the later court is bound to reach the same result, even if it considers it considers the rule unwise or incorrect; binding authority must be followed unless and until overruled by a body competent to do so” (Si un tribunal federal debe resolver una cuestión de acuerdo con un precedente obligatorio, está obligado a decidir del mismo modo, aunque considere que el precedente es poco inteligente o erróneo; el precedente obligatorio debe ser seguido hasta que se dejado sin efecto por el tribunal competente para ello).

semejante. En otras palabras, ocurre cuando un panel quiere apartarse del precedente horizontal o efectivamente se ha apartado ya.

De acuerdo con la *rule of prior panel* y la regla del “derecho del circuito”, lo que un panel ha dicho es obligatorio para los paneles posteriores en casos análogos. En este contexto, ante tales conflictos, el procedimiento *en banc* protege la obligatoriedad horizontal del precedente del panel, garantizada mediante la regla del “derecho del circuito”. Así, lo que se busca con esta reunión plenaria es la uniformidad en el desenvolvimiento del derecho del circuito (los precedentes), es decir, la unidad jurisprudencial.

Desde otra perspectiva, la existencia del procedimiento *en banc* es prueba de que el precedente del panel de tres jueces es un precedente horizontal que si bien no ostenta la manifestación más estricta de la dimensión de la eficacia del precedente⁵⁴⁸ (es decir, no genera una obligación absoluta de adhesión sin posibilidad alguna de *overruling*), tampoco es meramente persuasivo; es un precedente horizontal vinculante, obligatorio, que, no puede ser dejado de lado por un panel posterior, sino que exige para eso la reunión en pleno de todos los jueces que conforman la cámara⁵⁴⁹. En este sentido, se ha entendido que un panel de tres jueces debe respetar el precedente del panel anterior tanto como debe respetar el precedente de la Suprema Corte⁵⁵⁰. Se trata de una manifestación lo suficientemente estricta, tanto en teoría como en la práctica, lo que se evidencia no solo por el escaso número de procedimientos *en banc* que hay en cada circuito, sino también porque la obligatoriedad del precedente admite muy contadas excepciones⁵⁵¹.

Contra esto, se ha dicho que la obligación de un panel de seguir el precedente horizontal no es una regla estricta ni inflexible o inmutable y que el precedente horizontal en realidad no es obligatorio⁵⁵². Como sustento de tales afirmaciones, suelen citarse ejemplos jurisprudenciales como *Colby v. Jc Penney Company Inc*⁵⁵³, *Carpenters Local Union No. 26 v. U.S. Fid. & Guar. Co.*⁵⁵⁴, *Eulitt v. Me., Dep't of Educ.*⁵⁵⁵.

⁵⁴⁸ Cfr. A. Lamar, “En banc...” parte II, pág. 743, sosteniendo que la adhesión absoluta al precedente horizontal es una de las alternativas a los *en banc*.

⁵⁴⁹ Sadinsky, A., “Redefining...”, pág. 2005, nota al pie n.º 30.

⁵⁵⁰ Hart v. Massanari, 266 F.3d 1155 (9th Cir. 2001).

⁵⁵¹ Cfr. Wilkerson, 361 F.3d, pág. 732 (“si el panel hubiera tenido que resolver la cuestión por primera vez, podría haber llegado a una conclusión diferente, pero está obligado por las decisiones de los paneles anteriores hasta que sean dejadas sin efectos por la cámara en pleno o por la Suprema Corte”). En igual sentido, Wilson v. Taylor, 658 F.2d 1021, pág. 1034, (5th Cir. Unit B Oct. 1981) (“Es una regla firme de este circuito que no se puede desconocer el precedente sentado por un panel anterior, incluso cuando se perciba un error en él. A menos que intervenga la Suprema Corte en una decisión que cambie el derecho, solo la cámara en pleno puede operar el cambio”).

⁵⁵² Sloan, A., “The dog...”, pág. 718; Sadinsky, A., “Redefining...”, pág. 2005.

⁵⁵³ 811 F. 2d 1119, 7th Cir., 1987.

⁵⁵⁴ 215 F.3d 136, 1st Cir. 2000.

⁵⁵⁵ 386 F.3d 344 1st Cir. 2004.

Si bien es cierto que en tales precedentes se afirma que la cámara debe asignarle un peso considerable a las decisiones previas, pero que no está absolutamente obligada por ellas y debe otorgar justa consideración a cualquier argumento que el litigante esgrima para solicitar que se deje sin efecto la decisión previa⁵⁵⁶, normalmente se omite decir que aquellos no eran simples casos de aplicación del precedente de un panel por otro panel posterior, sino que son precedentes con particularidades propias, en los que o bien existía un precedente posterior de la Corte Suprema que dejaba sin efecto el precedente del primer panel (*Carpenters*) o existía un precedente de la Corte Suprema que, si bien no era estrictamente “on point”, llamaba al análisis sobre el punto en cuestión (*Eulitt*), o bien se trataba de la aplicación de un precedente de una corte de distrito por otra corte de otro distrito (*Colby*).

Es en estos casos en los que los jueces de las *courts of appeals* han atemperado la obligatoriedad del precedente horizontal, pero no porque el principio general no sea que un panel se ve obligado por el precedente de otro panel, sino porque, en estos casos específicos, entran en juego otro tipo de precedentes⁵⁵⁷.

No es posible extraer de estos casos, con particularidades específicas, la conclusión de que la “*law of the circuit rule*” es flexible o que el precedente horizontal no es obligatorio, pues ello sería hacer de las excepciones la regla general. Más bien, se podrá decir que, como principio, la fuerza de obligatoriedad del precedente de un panel viene dada por la existencia de la “*law of the circuit*”, que se refleja en la exigencia de un procedimiento específico para dejar de lado ese precedente (la reunión plenaria) y que la necesidad de ese procedimiento específico podría reconocer estrictas excepciones, en las cuales un panel dejase sin efecto el precedente del panel anterior (frente a un cambio de legislación o un nuevo precedente vertical). En consonancia con esta afirmación, pueden encontrarse múltiples casos jurisprudenciales⁵⁵⁸.

Por lo demás, la relación entre la obligatoriedad del precedente de un panel y el procedimiento *en banc* está contenida expresamente en algunas reglas internas de ciertos circuitos. Así sucede en el tercer circuito: “es tradición de esta cámara que el *holding* de un

⁵⁵⁶ “A court must give considerable weight to [own previous decisions] [...] [b]ut it is not absolutely bound by them, and must give fair consideration to any substantial argument that a litigant makes for overruling a previous decision” (*Colby*, pág. 1123). En el mismo sentido, “a panel of the court of appeals has some flexibility, modest though it may be, with respect to its own precedents” (*Eulitt*, pág. 349); “*stare decisis* is neither a straightjacket nor an immutable rule” (*Carpenters*, pág. 142).

⁵⁵⁷ En efecto, en *Colby*, se trataba de la obligatoriedad de un precedente de otra jurisdicción, por lo que, si bien se afirma que una cámara no está absolutamente obligada a seguir sus propios precedentes, esa afirmación solo puede constituir un *obiter* que, de cualquier modo, indica que no hay una obligatoriedad *absoluta*, pero no niega todo tipo de obligatoriedad del precedente horizontal. En *Eulitt* y *Carpenters*, el precedente horizontal entra en conflicto —o aparece fuertemente cuestionado— con otro tipo de precedente, de mayor fuerza: el vertical.

⁵⁵⁸ Véase, por ejemplo, *United States v. Guzmán* (419, F.3d 27 1st Cir. 2005), *United States v. Rodriguez* (311 F.3d 435 1st Cir. 2002), *United States v. Matthews* (498 F.3d 25, 1st Cir. 2007), *United States v. Linwood Wilkerson* (361 F.3d, 717 2nd Cir. 2004), *Wilson v. Taylor* (658 F.2d 1021 5th Cir. Unit B 1981), *Cent. R. R. Co. of N. J.* (3rd Cir., 1973), *Hernandez v. City of Lafayette* (643 F.2d 1188 5th Cir. 1981).

panel en un precedente es obligatorio para los paneles subsiguientes. Por ende, ningún panel posterior se apartará del *holding* del precedente de un panel anterior. Para ello se requiere la consideración de la cámara *en banc*⁵⁵⁹; y también en el sexto circuito: “los precedentes de los paneles son obligatorios para los paneles subsiguientes. Por ende, ningún panel subsiguiente se apartará de un precedente publicado de un panel anterior. Para ello se requiere la consideración de la cámara *en banc*”⁵⁶⁰. En aquellos circuitos en los que la práctica no ha sido codificada en sus normas internas de procedimiento, sí ha sido expresamente reconocida en diversos precedentes⁵⁶¹.

La Suprema Corte también se pronunció al respecto. Ya en *Textile Mills* había hecho referencia al objetivo de los *en banc* de evitar los conflictos entre paneles⁵⁶². También lo hizo en *Western Pacific*⁵⁶³. Más tarde, en *Wisniewski v. United States*⁵⁶⁴, decidió que no iba a aceptar el *certiorari* para resolver un conflicto *intra-circuit*, pues los circuitos tenían la responsabilidad y la capacidad de mantener la consistencia en su doctrina a través del procedimiento *en banc*. Una postura similar adoptó en *United States v. American-Foreign Steamship Corp.*⁵⁶⁵.

⁵⁵⁹ 3rd. Cir. *Internal Operating Procedure*, 9.1.

⁵⁶⁰ 6th Cir. R. 206 (c). La redacción es muy similar a la del tercer circuito, pero indica expresamente el hecho de que los precedentes obligatorios son los publicados (*published*).

⁵⁶¹ *Mallory v. United States*, 259 F.2d 801, 802 (D.C. Cir. 1958); *Collier v. Commissioner*, 342 F.2d 6901 692 n.3 (2d Cir. 1965); *United States ex rel. Scoleri v. Banmiller*, 310 F.2d 720 (3d Cir. 1962); *O'Malley v. United States*, 340 F.2d 930, 933 (7th Cir. 1964) (Kiley, J., concurring); *Ellis v. Carter*, 291 F.2d 270, 273 n.3 (9th Cir. 1961). Este reconocimiento jurisprudencial, sin embargo, no aporta la estabilidad esperable a una doctrina tan fundamental para el funcionamiento de las cámaras, pues ocasiona una especie de círculo vicioso en el reconocimiento del valor del precedente: así, “un precedente establece que el precedente de un panel es obligatorio para los paneles posteriores. Pero aquellos paneles posteriores solo se sentirán obligados por tal afirmación si aceptan la premisa de que ese precedente les obliga. Pero el reconocimiento de dicha obligatoriedad por el panel posterior queda sujeto a que este acepte la obliga”. Cfr. Mead, J., “Stare decisis in the Inferior Courts...”, pág. 800. En contra, es decir, alegando la inutilidad y el poco uso del procedimiento *en banc* para resolver conflictos intracircuit en el noveno circuito, puede verse Hellman, Arthur D., “Jumboism and Jurisprudence: The Theory and Practice of Precedent in the Large Appellate Court”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 56, n° 2, artículo 6, 1989, pág. 551. La realidad es que la poca cantidad de procedimientos *en banc* así como el respeto del precedente propio de la cultura jurídica hacen que la obligatoriedad del precedente horizontal sea una regla que rara vez es cuestionada.

⁵⁶² También lo había notado ya el tercer circuito en *Commissioner v. Textile Mills Securities Corp.* En dicha oportunidad, dicho circuito en pleno había sostenido que negar que la cámara pudiera reunirse *en banc* podía ocasionar una confusión en el personal, en sus procedimientos y decisiones, en especial cuando hubiera una diferencia de criterio entre los jueces de una cámara en una cuestión de importancia fundamental o bien cuando un panel tuviera una visión contraria de la de otros jueces de la cámara. (117 F.2d 62 (3d Cir. 1940) (*en banc*), *aff'd*, 314 U.S. 326 (1941), págs. 67-71.

Concordantemente, la reglamentación interna de los circuitos menciona el conflicto entre paneles como causal para reunirse en pleno. Véase, por ejemplo, 3rd Cir. I.O.P. Rule 35.1., 4th Cir. I.O.P. Rule 35, 5th Cir. I.O.P., Rule 35, 7th Cir., Rule 35 (b), 9th Cir., Rule 35-1, D.C. Cir., Rule 35 (c).

⁵⁶³ En este caso, el Justice Frankfurter admitió que resolver los conflictos intracircuit era la principal función del procedimiento *en banc*. Cfr. 345 U.S. at 270 (Frankfurter, J., concurring).

⁵⁶⁴ 353 U.S. 901, 902 (1957).

⁵⁶⁵ En esa oportunidad, la Corte Suprema entendió que los procedimientos *en banc* habilitaban a las cámaras a mantener su integridad como institución, haciendo posible que la mayoría de todos sus jueces controlen las

ii. Conflictos inter-circuit

Este tipo de conflictos ocurre cuando un panel de un circuito decide en forma contraria a como lo ha hecho otro panel de otro u otros circuitos anteriormente, en casos con hechos relevantes asimilables. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el precedente horizontal de un panel respecto de otro panel de la misma cámara, que es considerado obligatorio, el precedente que proviene de un panel de otro circuito es considerado meramente persuasivo⁵⁶⁶. Es decir, no existe, entre los distintos circuitos, una regla semejante a la del *prior panel* o de la ley de circuito, en virtud de la cual el precedente de un circuito sería obligatorio para los demás circuitos.

Sin embargo, sí se reconoce un deber de cortesía (*doctrine of intracourt comity*), según el cual los precedentes de otros circuitos deben ser cotejados, valorados y respetados. Este deber no solo ha sido reconocido por la Suprema Corte como un instrumento importante para garantizar la uniformidad del derecho federal⁵⁶⁷, sino que también ha sido definido por el séptimo circuito —que, se recuerda, es el más flexible en la consideración de la vinculatoriedad del precedente horizontal— como una obligación intermedia que cada *court* tiene con sus “*sister courts*”⁵⁶⁸. Intermedia entre el extremo del precedente absolutamente obligatorio (como sería el de la Suprema Corte o el del panel anterior) y aquel precedente al

decisiones de la cámara y aseguren uniformidad y continuidad en esas decisiones, a la vez que se permite seguir con el método eficiente de paneles de tres jueces que decidan la gran mayoría de los casos como si no existieran divisiones en la cámara. 363 U.S. 685 (1960), págs. 689-690.

⁵⁶⁶ *Burton v. United States*, 272 F.2d 473 (9th Cir.), *Williams v. Hughes Tool Co.*, 186 F.2d 278, 281 (10th Cir. 1950), *Warren Brothers Co. v. City of New York*, 2 Cir., 187 F. 831, 835; *Penfield v. C. A. Potts Co.*, 6 Cir., 126 F. 475, 478; *Cincinnati Butchers' Supply Co. v. Walker Bin Co.*, 6 Cir., 230 F. 453, 454; *Stoody Co. v. Osage Metal Co.*, 10 Cir., 95 F.2d 592, 593, *Mast, Foos Co. v. Stover Mfg. Co.*, 177 U.S. 485, 488, 489, 20 S.Ct. 708, 44 L.Ed. 856; *United States v. Cole*, 567 F.3d 110, 113 (3rd Cir., 2009); *Feit v. Ward*, 886 F.2d 848, 854 n.8 (7th Cir. 1989); *United States v. Hartford*, 489 F. 2d 652, 658 (5th Cir. 1974). Véase, en el mismo sentido, Lamar, A., “En banc...”; part I, pág. 594 y Mead, J., “Stare decisis in the Inferior Courts...”, pág. 790.

⁵⁶⁷ *Mast, Foos & Co. v. Stover Mfg. Co.*, 177 U.S. 485,488 (1900). El recurrente sostenía que el séptimo circuito debió haber seguido el precedente dictado por el octavo circuito en un caso semejante (en el que, como dato de color, también había intervenido la empresa *Mast, Foos & Co.*). Sin embargo, la Corte, negando la obligatoriedad estricta del precedente de otro circuito, sostuvo que: “el deber de cortesía (“comity”) no es una regla de derecho, sino una de práctica, conveniencia y expedición. Es algo más que la mera cortesía, que implica únicamente considerar la opinión de otros, dado que tiene un valor substancial para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia y desalentar controversias idénticas sobre el mismo asunto. Pero su obligación no es imperativa [...] El “comity” convence, pero no obliga. No determina cómo un caso debe ser decidido, sino como podría ser decidido con propiedad [...] La obligación de seguir las decisiones de otras cámaras se acrecienta en proporción al número de cámaras que han decidido sobre el asunto y la concordancia de opinión entre ellas puede ser tan general que se convierta en un precedente obligatorio (“controlling authority”).” Id. en 488. Este deber de “comity” es delineado por la Suprema Corte con mucha flexibilidad, al afirmar que los jueces están obligados a resolver de acuerdo con sus propias convicciones, y solo en el caso en que el juez dude de la solidez de su visión, entra en juego ese “comity” que sugiere uniformidad, hasta tanto una corte superior decida la cuestión. Id. en 488-489. Acerca del peligro que esta falta de obligatoriedad del precedente de otro circuito conlleva para la uniformidad de la ley federal, y sosteniendo la necesidad de adoptar una regla de “inter-circuit stare decisis”, véase Dragich, M., “Uniformity...”, en especial, pág. 583.

⁵⁶⁸ Cfr. *Colby v. Penney*.

que se le puede dar el peso que se les antoje (como sería, para ellos, el de la Corte de Casación francesa o la House of Lords inglesa).

El contenido de esta obligación reside en “dar la más respetuosa consideración a las decisiones de las demás cámaras y seguirlas siempre que sea posible”, aunque sin que ello implique su aplicación automática, pues las partes merecen, en esos casos, independencia de juicio⁵⁶⁹.

El reconocimiento de este deber o responsabilidad, se insiste, no convierte en obligatorio el precedente de otro circuito, pero justifica la necesidad de un procedimiento *en banc* para apartarse de él. En efecto, la conveniencia del procedimiento *en banc* para resolver aquellos casos que podrían entrar en conflicto con otros circuitos radica en dos pilares o fundamentos: por un lado, la necesidad de que el derecho federal sea uniforme; por el otro, el quitar a la Corte Suprema la carga de resolver este tipo de conflictos.

Tales objetivos son mencionados en las notas efectuadas por el Comité de modificaciones a la regla 35, con ocasión de las modificaciones introducidas en 1998⁵⁷⁰, a los que se agrega: (i) la mayor cantidad de juicios que un conflicto entre circuitos provoca, tanto en el circuito en conflicto como en todos los otros; (ii) el hecho de que muchas veces estos conflictos permanecen durante mucho tiempo, porque las cámaras de apelaciones son, cada vez con más regularidad, tribunales de última instancia, por lo que el conflicto podrá demorar muchísimo hasta ser abordado finalmente por la Corte Suprema. Allí también se categorizan los conflictos entre circuitos como una de las cuestiones de excepcional importancia que justifican el procedimiento *en banc*, toda vez que “cuando los circuitos construyen el mismo derecho federal de manera diferente, los derechos y deberes de las partes dependen de *dónde* se litigará el caso.”

Con ocasión de dicha reforma, la Rule 35 (b) (1) (B) incorporó expresamente el caso de conflicto entre un panel y otra cámara de apelaciones una como un ejemplo de cuestión de excepcional importancia que amerita el procedimiento *en banc*.

Lo antedicho, si bien no convierte los precedentes de otros circuitos en obligatorios, genera una cierta responsabilidad en la consideración de aquello que se ha resuelto en otros circuitos⁵⁷¹. Así es que, en la práctica, es común que los jueces de la cámara convoquen la reunión plenaria cuando una decisión de un panel ha creado —o pudiera crear— un conflicto con una decisión anterior proveniente de otra cámara.

⁵⁶⁹ Esto no siempre fue así en la historia de los Estados Unidos. Durante el siglo XIX, en efecto, se reconocía la obligatoriedad de la decisión tomada por la cámara de otra jurisdicción. Cfr. *Washburn v. Gould*, 29 F. Cas. 312, 325 (C.C.D. Mass. 1844) (No. 17, 214); *In re Aspinwall's Estate*, 90 F. 675 (3rd Cir. 1898). En igual sentido, véase, Garner, B. A., *et al*, *The Law of Judicial Precedent*, pág. 509 y ss.

⁵⁷⁰ Committee Notes on Rules – 1998 Amendment.

⁵⁷¹ En las propias notas que acompañan las modificaciones a la Regla 35 realizadas en 1998 se reconoce el conflicto entre circuitos como un problema que el procedimiento *en banc* viene a resolver.

De este modo queda en evidencia el fundamento y la utilidad de apelar al procedimiento *en banc* para resolver también los conflictos entre circuitos. Así, mediante el procedimiento *en banc* se podrá dejar sin efecto un precedente de un panel que fue contradicho por otros circuitos⁵⁷² o bien reconsiderar una decisión del panel que crearía conflicto con otros circuitos, para determinar si la visión del panel es la de la mayoría de la cámara⁵⁷³ y si, consecuentemente, se justifica la creación de un conflicto entre cámaras⁵⁷⁴.

En el séptimo circuito, la *Circuit Rule 40 (e)* expresamente prevé que el panel debe circular un borrador de la sentencia antes de hacerla pública siempre que esa sentencia: (i) se aparte de un precedente anterior de otro panel del mismo circuito; (ii) se aparte de un precedente de otro circuito. De este modo, explícitamente requiere un procedimiento agravado para resolver conflictos tanto *intra-circuit* como *inter-circuit*⁵⁷⁵. En rigor de verdad, este procedimiento no constituye un *en banc* propiamente dicho, sino un *informal en banc procedure*, como se verá a continuación. De cualquier modo, denota la intención de que toda la cámara esté al tanto de un precedente que podría apartarse de otro precedente de otro circuito y prevé un procedimiento específico a seguir en dichos casos⁵⁷⁶.

No cabe aquí efectuar mayores consideraciones sobre los conflictos *intercircuit*, porque no constituyen el objeto de esta tesis, sin perjuicio de que lo hasta aquí dicho podría servir para futuras investigaciones que tuvieran por objeto el análisis de la uniformidad de la jurisprudencia federal en las distintas jurisdicciones. En este asunto, debería tenerse en cuenta que, en Argentina, a diferencia de los Estados Unidos, la aplicación del derecho común ha quedado reservada a las provincias⁵⁷⁷.

F. Informal en banc procedure

Junto con la evolución del procedimiento *en banc* fue surgiendo, en muchos circuitos, un procedimiento paralelo, más informal y expeditivo, por el cual se reemplazó la reunión plenaria de todos los miembros de la cámara por procedimientos alternativos. Estos procedimientos suelen ser: (i) la reunión de un número menor de jueces (*mini en banc hearing*); (ii) la circulación del proyecto de sentencia a todos los jueces de la cámara para

⁵⁷² V.gr. *Stewart v. United States*, 267 F.2d 378 (10th Cir. 1959)

⁵⁷³ V.gr. *United States v. Hill*, 174 F.2d 61 (5th Cir. 1949) y *Williams v. Hughes Tool Co.*

⁵⁷⁴ Con este último objetivo fue utilizado en el Segundo circuito, en los casos *United States v. Kaylor*, 491 F.2d 1133, 1135 (2d Cir.) (en banc) y *Hartman Tobacco Co. v. United States*, 471 F.2d 1327, 1330 (2d Cir. 1973) (en banc) ("Creemos que es mejor ... alinear el Segundo Circuito con todos aquellos circuitos que han tratado la cuestión."). Cfr. Madden, P., "In banc...", pág. 417, nota al pie n.º 157.

⁵⁷⁵ Circulada la opinión, los jueces votarán si consideran necesario reunirse *en banc*.

⁵⁷⁶ Incluso, en casos que ameritaban circular la opinión, y en los que el panel, sin embargo, ha omitido hacerlo, se ha cuestionado luego el valor de esa sentencia como precedente. *United States v. Gordon*, 513 F.3d 659 (7th Cir. 2008). En igual sentido, véase *In re Sealed Case (Sentencing Guidelines' "Substantial Assistance")* (Henderson, concurring), 149 F.3d 1198, 1204, 147 (D.C. Cir. 1998). Cfr. Kanne, "The 'Non-Banc...", págs. 616-617.

⁵⁷⁷ Cfr. Artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional.

que estos evalúen si es necesario llamar a un *en banc*. En este último caso, se suele circular un proyecto explicando que normalmente tal sentencia requeriría un procedimiento *en banc*, de modo que se incluye una invitación a llamar a la cámara *en banc*. Si la mayoría está de acuerdo con la sentencia o no vota para llamar al pleno, el proyecto se hace público tal como está. Esa sentencia incluye una aclaración, a veces en el mismo texto, otras en una nota al pie, que indica que toda la cámara aprobó dicha sentencia mediante un procedimiento *en banc* informal.

Nueve de los trece circuitos han implementado alguna de estas alternativas⁵⁷⁸. No obstante, estas prácticas han sido ampliamente criticadas como mecanismo para dejar sin efecto un precedente de otro panel, por ser consideradas violatorias de la regla de la “law of the circuit” y, por ende, desobedecer la obligatoriedad del precedente horizontal⁵⁷⁹. En especial, se critica su uso arbitrario, derivado de la falta de reglas o estándares que determinen cuándo, por medio de un *informal en banc*, se puede dejar sin efecto el precedente de un panel anterior (solo el *District of Columbia Circuit* las tiene). La ausencia de pautas o normas que reglamenten el uso del *informal en banc* hace que los jueces creen y apliquen por sí mismos —y sin ningún control externo— excepciones a la regla del derecho del circuito⁵⁸⁰. De allí, que no es recomendable en la propuesta de incorporación de una doctrina del precedente en las cámaras de apelaciones argentinas.

G. Semejanzas y diferencias entre los *en banc* y los fallos plenarios

Habiendo analizado las particularidades del recurso de inaplicabilidad de ley, la autoconvocatoria de las cámaras de apelaciones y los fallos plenarios en nuestro derecho (secciones 1 y 2 del presente capítulo), así como el procedimiento *en banc* del derecho estadounidense, y la ley de circuito que lo sustenta y lo origina, corresponde ahora efectuar una comparación entre unos y otros, a los efectos de examinar si son institutos que se asemejan en su fundamento, características y funcionamiento⁵⁸¹ y evaluar si es posible inspirar una doctrina del precedente en las cámaras de apelaciones argentinas sobre la base de la doctrina desarrollada en las cámaras de Estados Unidos.

(a) Origen: el procedimiento *en banc* en los Estados Unidos fue jurisprudencialmente creado por la Suprema Corte a raíz de la inquietud de los circuitos que habían encontrado en

⁵⁷⁸ Se trata del Primero, Segundo, Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo y Décimo circuito, más el circuito del D.C. El Tercer Circuito, por su parte, desalienta este tipo de prácticas (3rd Cir. I.O.PÁG. 9.1).

⁵⁷⁹ Cfr. Sadinsky, A., “Redefining...”, pág. 2025; Sloan, Amy E., “The Dog...”, págs. 726-727.

⁵⁸⁰ Cfr. Sloan, A., “The Dog...”, pág. 750. También se critica la mera indicación del uso del procedimiento informal en una nota al pie, que ocasiona que muchas veces el *overruling* pase desapercibido. Cfr. Sloan, A., “The Dog...”, págs. 752-753.

⁵⁸¹ Toda vez que en nuestro país los fallos plenarios se utilizan únicamente para erradicar contradicciones dentro de una misma cámara y no han sido utilizados jamás para zanjar contradicciones entre dos o más cámaras, la comparación se hará teniendo en cuenta el procedimiento *en banc* únicamente en su aplicación a los conflictos intra-circuit.

él una posible solución a la contradicción o conflicto entre diversos paneles. En cambio, en Argentina, tanto la convocatoria al plenario como los fallos plenarios en sí mismos y sus efectos se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Es esta una diferencia en la dimensión formal del precedente.

(b) Paneles y salas. La integración de un panel, en las cámaras de apelaciones estadounidenses, varía en cada caso concreto a resolver. La integración de las salas, en cambio, es fija y solo se modifica, temporariamente, en caso de licencia, ausencia, recusación o definitivamente, en caso de renuncia o remoción. Esto aumentaría, en el caso de los paneles, si no existiera la obligatoriedad de respetar el precedente del panel anterior, las posibilidades de conflictos *intra-circuits* y la imprevisibilidad del contenido de la decisión.

(c) Reglamentación. Si bien los lineamientos del procedimiento *en banc* fueron incorporados, como se ha visto, a la regla 35 de la *Federal Rule*, la reglamentación y las particularidades del procedimiento (mayoría necesaria para constituirse *en banc*, casos en los que procede) se delegan a las normas internas de cada circuito (lo que ha ocasionado, como se ha mencionado, divergencias entre los circuitos). Todo lo atinente a los fallos plenarios a nivel federal, en cambio, está regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

(d) Pedido de parte. Interpuesto un recurso de inaplicabilidad de ley, la cámara está obligada a considerar su admisibilidad⁵⁸² y a reconocerla siempre que concurren los requisitos de forma preestablecidos. En las *courts of appeals*, en cambio, la parte solo puede *sugerir* que determinado asunto sea considerado *en banc*⁵⁸³, pero las cámaras no solo pueden desoír el pedido, sino que incluso carecen de la obligación de votar al respecto⁵⁸⁴, responderlo o fundar la negativa⁵⁸⁵. La decisión de reunirse *en banc* para resolver un determinado asunto es, por ende, discrecional⁵⁸⁶. Si bien esto llevaría a pensar que nuestro ordenamiento protege más a la parte que litiga en Argentina frente a quien lo hace en Estados Unidos, no debe olvidarse que la ley de circuito y la obligación de respetar el precedente que de ella se deriva, garantizan de por sí al particular su derecho de ser tratado con igualdad respecto de los casos análogos resueltos con anterioridad por la misma cámara. En Argentina, en cambio, la ausencia de la doctrina del precedente y los requisitos de difícil alcance previstos para la admisibilidad del recurso, culminan en una desprotección de los derechos individuales, como se verá oportunamente.

⁵⁸² Cfr. artículo 293 del CPCCN.

⁵⁸³ *Federal Rules of Appellate Procedure*, Rule 35, *Notes of Advisory Committee on Rules -1967*.

⁵⁸⁴ *Federal Rules of Appellate Procedure*, Rule 35 (b) (3) (f).

⁵⁸⁵ *Federal Rules of Appellate Procedure*, Rule 35 (b) (3) (e). Raras veces las cámaras de apelaciones publican los votos sobre el pedido de *en banc*, y la Corte Suprema no revisa ni la concesión ni la denegación. Cfr. George, T. E., "The Dynamics...", pág. 240.

⁵⁸⁶ Sloan, A., "The dog...", pág. 724.

(e) Alcance. Tanto el procedimiento *en banc* como los fallos plenarios tienen como finalidad eliminar o evitar el conflicto entre precedentes de una misma cámara. No obstante, mientras esa es la única finalidad del fallo plenario y, por ende, su única razón de existir, el procedimiento *en banc* procede y es utilizado, también, para resolver o evitar conflictos entre distintos circuitos, para dejar sin efecto un precedente por haber sido modificado por un precedente posterior de la Corte Suprema o por una nueva ley, y para resolver cuestiones de importancia pública excepcional, entre otros supuestos. Como se ha dicho, si bien los *en banc* comparten con los plenarios uno de sus objetivos (el de unificar la jurisprudencia), aquellos son una institución de mayor alcance, cuyo objetivo principal, concretizado a través de esos objetivos secundarios, es que sea la totalidad de los jueces la que decida cuestiones que, por alguna u otra razón, así lo ameritan. Los fallos plenarios, en cambio, nacieron exclusivamente a partir de la creación de dos cámaras nacionales con igual competencia, con el único objetivo de evitar que ellas se contradijeran entre sí.

(f) Facilidades. Las cámaras de apelaciones argentinas tienen mayor facilidad para reunirse en pleno o para circular proyectos que pudieran provocar contradicción, teniendo en cuenta que todos los jueces trabajan en el mismo edificio. Los jueces que forman los paneles, en cambio, no tienen un lugar fijo de trabajo y la extensión que abarca cada circuito es tan amplia, que se torna más difícil la reunión de todos.

(g) Procedimiento. El derecho estadounidense prevé que la instancia *en banc* sea una instancia de revisión de un asunto ya tratado por un panel (*rehearing*), pero también que el particular, ya al momento de interponer el recurso de apelación, solicite que sea toda la cámara, es decir, la cámara *en banc*, la que lo resuelva (*hearing*). Lo mismo puede hacer la propia cámara *sua sponte*. En este último caso, todo el proceso tiene lugar ante el pleno (audiencias, alegatos, pruebas, etc.). Esta opción no está prevista en el ordenamiento argentino. El recurso de apelación nunca puede tramitar ante toda la cámara, siempre se sortea para ello una sala y recién luego de dictada la sentencia definitiva, se abre la opción de interponer el recurso de inaplicabilidad. Por otro lado, si bien el artículo 302, que regula la autoconvocatoria de la cámara, se refiere a “evitar sentencias contradictorias”, en la práctica la sala que solicita la convocatoria del plenario lo hace cuando el expediente ya está para dictar la sentencia definitiva. Por lo demás, el procedimiento ante el tribunal pleno no es un proceso, sino que es la mera dilucidación de una cuestión puramente de derecho.

(h) Naturaleza jurídica del fallo dictado por el pleno. La decisión del tribunal *en banc* es una verdadera sentencia, que pone fin al caso, decidiendo la cuestión de fondo. Por eso, se dice que la decisión *en banc*, más que anular o confirmar la sentencia del panel (cuando la hay), la *reemplaza*⁵⁸⁷. La terminología utilizada (*rehearing*) también tiende a indicar que

⁵⁸⁷ “Farrand Optical Co. v. United States”, 317 F.2d 875, 885-86 (2d Cir. 1962). En el mismo sentido, Lamar, A., “En Banc...”, pág. 599.

tanto las decisiones del panel como las del tribunal *en banc* son decisiones dictadas por el mismo órgano judicial. Esto evita que el procedimiento *en banc* sea considerado un recurso o medio de impugnación, y que el tribunal en pleno sea considerado una tercera instancia o un tribunal superior a los paneles que lo integran. Más bien, el instituto se asemeja a los orígenes de la *Urteilsschelte* del derecho alemán, en tanto se configura como un medio para encontrar el contenido más correcto posible de una sentencia que será pronunciada en el futuro⁵⁸⁸. En nuestro ordenamiento, por el contrario, la decisión del pleno se refiere únicamente a la cuestión planteada en abstracto, mientras que para la solución de la controversia que originó el plenario se realiza un reenvío. Así, si el plenario fija una doctrina contraria a la contenida en la sentencia recurrida, se deja sin efecto dicha sentencia y se sorteja otra sala para que dicte una nueva sentencia conforme a la doctrina plenaria⁵⁸⁹, pero en ningún caso la cámara en pleno dictará una sentencia de fondo que reemplace la recurrida.

(i) Obligatoriedad del precedente horizontal. La principal diferencia entre el procedimiento *en banc* y el fallo plenario reside en que aquel se complementa con la doctrina del “derecho del circuito”. En base a esta, el precedente de un panel es obligatorio para los demás paneles que deban resolver casos análogos. El procedimiento *en banc* se transforma, por ende, en un procedimiento de excepción, que tiene lugar cuando un panel quiere dejar de lado esa obligatoriedad, quiere apartarse de lo dicho anteriormente por otro panel. Para eso, se otorga competencia únicamente a la cámara en pleno; solo el plenario podrá dejar sin efecto el precedente de un panel y reemplazarlo por otro precedente. Respecto de este último precedente, dictado por la cámara en pleno, la ley no le otorga mayor obligatoriedad que al precedente de un panel de tres jueces: ambos, para ser dejados sin efecto, requieren de un llamado a plenario. Sin embargo, en la práctica se suele reconocer una mayor fuerza vinculante al precedente dictado *en banc*⁵⁹⁰. En nuestro derecho, en cambio, no existe norma ni práctica judicial que otorgue al precedente de una sala valor vinculante. En cambio, el fallo plenario sí tiene obligatoriedad para todos los jueces del fuero (tanto en las salas como en primera instancia), pues expresamente así lo dispone el artículo 303 del CPCCN. Para dejar sin efecto un plenario, en consecuencia, se requiere la convocatoria a otro plenario. No así para dejar sin efecto el precedente de una sala.

En suma, el procedimiento *en banc* es un complemento de la doctrina del “derecho del circuito”, y solo puede entenderse uno a partir de la otra y viceversa: como en virtud de esa

⁵⁸⁸ Sobre la *Urteilsschelte*, puede verse Calamandrei, PÁG., *La casación civil...*, t. I, vol. 1, pág. 118 y ss. En simples términos, cabe decir que la decisión judicial, en el derecho germánico, era tomada con intervención de jueces, *rachimburgos*, y aprobada finalmente por la asamblea popular, de conformidad con su conciencia jurídica. Todos estos intervinientes podían elevar propuestas y contrapropuestas de solución. Por medio de la *Urteilsschelte*, el juicio podía ser llevado ante un tribunal superior, pero no en cuanto autoridad jerárquica con derecho de control sobre el juez inferior, sino en tanto constituía, ese tribunal superior, una más pura fuente de derecho. Íd., pág. 119.

⁵⁸⁹ Cfr. artículo 300 del CPCCN.

⁵⁹⁰ Sloan, A. E., “The dog...”, pág. 759.

doctrina el precedente de un panel es vinculante, para dejarlo sin efecto habrá que convocar un plenario. En cambio, en nuestro país no existe tal doctrina en nuestro país ni se reconoce la vinculatoriedad del precedente de una sala. Por ende, la reunión plenaria existe no para aquellas excepciones en las que la obligatoriedad del precedente deba desoírse, sino más bien para generar un precedente que sí resulte obligatorio (el fallo plenario) en aquellos casos en los que, para el legislador, la contradicción entre las salas debe resolverse.

Sin embargo, la hipótesis que en esta tesis se desarrolla es que la opción que ha tomado el legislador argentino no ha sido eficaz para alcanzar la finalidad que se propuso, uniformar la jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias.

Sin perjuicio de esta gran diferencia, en base a lo hasta aquí analizado, es necesario realizar algunas precisiones. Si bien el procedimiento *en banc* y los fallos plenarios parten de distintos lugares, tienen múltiples semejanzas. En principio, comparten cierto origen histórico. Así, ambos son consecuencia del aumento de número de tribunales y del número de jueces dentro de esos tribunales y, más específicamente, de la creación de grupos de trabajo dentro de un mismo órgano judicial, es decir, de las *divisional sittings*. Por otro lado, buscan alcanzar un mismo objetivo: la uniformidad de la jurisprudencia.

Estas semejanzas son las que animan el estudio comparativo que permita madurar una propuesta en torno a una doctrina del precedente horizontal que resuelva los problemas que enfrentan las cámaras de apelaciones argentinas en torno a la jurisprudencia contradictoria.

7. CONCLUSIONES PARCIALES

En el ordenamiento jurídico argentino los fallos plenarios no van acompañados de un reconocimiento previo de obligatoriedad al precedente de cada sala: no hay una norma jurídica escrita que consagre el deber jurídico de seguir el precedente ni tampoco surge ese deber de la práctica judicial en la aplicación de precedentes, sino más bien todo lo contrario, como puede verse en el capítulo de esta tesis que analiza el trabajo de campo.

El respeto por el precedente habría exigido, en primer lugar, la obligación —tal como estaba prevista en el artículo 113 del Reglamento para la Justicia Nacional— de informarse de la jurisprudencia de los pares y de, en principio, aplicarla. En segundo lugar, si la aplicación del precedente no podía o no quería realizarse, la obligación de convocar a todos los miembros del órgano para proceder a evaluar el mantenimiento o la modificación del precedente. Y, en tercer lugar, si el segundo paso no se hubiera cumplido, la obligación —no la potestad— sea del mismo órgano, sea del órgano superior, de invalidar esa sentencia.

En cuanto a la idoneidad de los mecanismos previstos por el legislador para garantizar la uniformidad de la jurisprudencia y la necesidad de evitar la contradicción, las

particularidades que rodean a la regulación del fallo plenario, el recurso de inaplicabilidad de ley y la convocatoria por parte de la propia cámara atestiguan que el objetivo está lejos de alcanzarse.

En primer lugar, el ordenamiento procesal consagra una facultad de autoconvocarse, en lugar de un deber. Esa facultad prácticamente no es utilizada por las salas, quienes contradicen abiertamente los precedentes de sus pares, la mayoría de las veces simplemente por no estar de acuerdo con ellos. Asimismo, una vez dictada la sentencia definitiva que contradice la sentencia de otra sala (incluso cuando contradijera jurisprudencia consolidada durante largos años), las demás salas ya nada pueden hacer para subsanar esa contradicción, por cuanto jurisprudencialmente se ha interpretado que la autoconvocatoria procede únicamente con anterioridad al dictado de la sentencia.

En segundo lugar, la intención de que las salas ejerzan la facultad de convocar al pleno antes de que se dicte la sentencia contradictoria naufraga si no está acompañada de un deber de las salas de informarse de la jurisprudencia de sus pares. En tercer lugar, la ausencia de consecuencia jurídica cuando una de las salas se aparta del fallo plenario e incumple la obligatoriedad de seguirlo que establece la norma, debilita todos los mecanismos que el legislador ha creado para garantizar la uniformidad.

Al litigante, por su parte, se le otorga un remedio *ex post* —una vez que la contradicción ya se ha configurado— y excepcional. El recurso de inaplicabilidad queda disponible recién una vez que la contradicción ha sido consumada y su procedencia está sujeta al interés de la parte, en el sentido de que, una vez que la contradicción se ha configurado, solo la parte podría promover su subsanación. Por lo demás, la admisibilidad del recurso queda sujeta al cumplimiento de requisitos formales de tal rigurosidad que, en la práctica, ocasiona la denegación de la mayoría de los recursos interpuestos. En este sentido, por ejemplo, no procede ningún remedio si la sala no hubiera sido advertida por la propia parte de la posibilidad de que tenga lugar una contradicción.

En realidad, desde el momento en que se exige que la parte haya invocado con anterioridad el precedente que podría resultar contradictorio con la sentencia que se está por dictar, el legislador demuestra que lo que le interesa no es resolver el perjuicio que provoca la contradicción en sí misma, sino salvar una contradicción que fue originada “a sabiendas”. Pues, si verdaderamente se hubiera querido instituir un remedio para evitar contradicciones en un único tribunal, poco importaría si la sala tuvo o no la oportunidad de advertir que incurriría en una contradicción con el precedente de otra sala; se admitiría el recurso siempre que la contradicción efectivamente existiera.

Es cierto que en Estados Unidos tampoco el particular tiene más acción que una mera “sugerencia” para que la cámara se reúna *en banc*. Sin embargo, allí el punto de inicio es

muy distinto: se parte del reconocimiento de que el precedente horizontal obliga⁵⁹¹, lo que provoca que la mayoría de los procedimientos *en banc* sean convocados *sua sponte* por la cámara.

La convicción que tienen todos los jueces de la cámara de que el precedente de los restantes paneles obliga, torna innecesaria la acción del particular, quien verá suficientemente garantizados su derecho y su garantía de igualdad: en la mayor parte de los casos, el panel se atenderá a lo ya resuelto anteriormente y, cuando así no fuera, convocará a la cámara en pleno para que todos los jueces que la integran voten. Así es que la participación del particular se vuelve subsidiaria, se limita a sugerir que un caso amerita ser considerado *en banc*: la principal responsabilidad de respetar el precedente o convocar al pleno en caso contrario pertenece a la cámara.

La interpretación restrictiva del recurso también provoca la vulneración de la igualdad jurídica y el alejamiento de una concepción de precedente obligatorio. Es posible ejemplificar lo dicho a partir de la denegación del recurso, creada por medio de la jurisprudencia, en los casos en los que la contradicción se produce entre la sentencia de una sala y el precedente dictado por esa misma sala. Esa inadmisibilidad ha sido fundada en que “desde que el recurso de inaplicabilidad de ley tiene como finalidad unificar la jurisprudencia contradictoria de distintas salas del tribunal, no procede aquél cuando se trata de decisiones sucesivas emanadas de la misma sala, ya que tal discrepancia con la misma sala, en caso de existir, sólo configuraría un cambio de criterio o variación de jurisprudencia de dicha sala, no susceptible de revisión mediante el recurso de inaplicabilidad de ley⁵⁹²”.

La propia historia del surgimiento de los fallos plenarios en el ordenamiento argentino da cuenta de que jamás se ha puesto el foco en el derecho del particular a ser tratado de modo igualitario y a reclamar cuando así no sea. Los fallos plenarios fueron concebidos desde el inicio como el ejercicio de una mera facultad de convocatoria que tenían las cámaras, sin que el particular pudiera siquiera sugerir esa convocatoria. Cuando finalmente se incorporó una herramienta procesal en favor del particular que pudiera verse afectado por la contradicción —el recurso de inaplicabilidad de ley—, se hizo con requisitos tan estrictos que prácticamente convirtieron el recurso en ficticio y excepcional.

De este modo, se desatiende el derecho del particular a ser tratado con igualdad y se manifiesta, implícitamente, que el precedente horizontal no posee obligatoriedad (pues, si así fuera, la sala no podría dejar sin efecto su precedente sin más y se debería hacer lugar al plenario).

⁵⁹¹ La actitud en Argentina es precisamente la contraria, como se desprende del trabajo de campo realizado y analizado en el capítulo IV. En el mismo sentido, véase el voto de Belluscio en el plenario “Kartopapel” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

⁵⁹² Colombo, C. J.; Kiper, C. M., *Código Procesal comentado...*, pág. 239.

Desde ya que, así como nadie tiene el derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico⁵⁹³, tampoco se adquiere un derecho a evitar que los jueces cambien de criterio en ciertas circunstancias. Lo que sucede es que, para atender todos los derechos en juego (el de una parte a ser tratado con igualdad, el de su contraparte a obtener un resultado justo, el de los jueces a fallar con independencia y buscando el resultado justo en el caso concreto), la opción más valiosa es prever un procedimiento que garantice que la decisión no variará aleatoriamente y discrecionalmente según la sala que toque en suerte o por el solo hecho de un cambio de integración en la sala o mediante la invocación de una mera “nueva reflexión”. Admitir el plenario en estos casos sería la forma de garantizar a los litigantes que esa sentencia que está modificando el derecho al menos es producto de la decisión de la mayoría de todos los jueces que integran la cámara y que, por ende, fueron juzgados, si no conforme a sus expectativas de resultado, conforme a la justicia.

La hipótesis que desarrolla esta tesis es que los fallos plenarios deben ser parte de una doctrina del precedente horizontal obligatorio, por diversos motivos. En primer lugar, porque solo así se alcanzaría una efectiva protección de los valores en juego (la igualdad y la seguridad jurídica, la legitimidad judicial, la colegialidad, la previsibilidad, la coherencia y la economía judicial)⁵⁹⁴. En segundo lugar, porque el funcionamiento de los fallos plenarios sin el reconocimiento de obligatoriedad al precedente horizontal conlleva el fracaso del objetivo de evitar la contradicción a la que se hizo referencia al inicio de este capítulo. Asimismo, el régimen vigente tampoco protege adecuadamente la seguridad jurídica y la igualdad.

El fracaso del modelo vigente se ha dado por varias causas, entre las que se pueden mencionar la minimización de los perjuicios ocasionados por la contradicción entre salas, la desconsideración hacia la importancia de la estabilidad en la jurisprudencia, la errónea visualización que cada sala hace de sí misma como un tribunal independiente y la prevalencia de individualidades por sobre la colegialidad. Pero también se debe a graves falencias de los institutos vigentes: el formalismo extremo al que está sometido el recurso de inaplicabilidad, la interpretación restrictiva a la que ha sido sometido por parte de los jueces, el esporádico uso que los jueces hacen de la facultad de autoconvocarse para evitar contradicciones.

Hasta ahora, solo existen mecanismos que tienden a resolver la contradicción o el conflicto. Cabría pararse un paso antes del conflicto o de la contradicción, y desalentarla mediante una doctrina del precedente que postule que, en casos normales, lo que una sala ya ha dicho es de seguimiento obligatorio. La combinación de ambas herramientas, además de evitar infinidad de procesos innecesarios, protegerá los intereses en juego de manera más efectiva, como se verá.

⁵⁹³ *Fallos*, 267:247; 308:199, entre muchos otros.

⁵⁹⁴ Sobre esto, puede verse el capítulo V, §3.

Todo esto, que será demostrado a lo largo de esta tesis, hace evidente que los plenarios, sin el acompañamiento de un precedente horizontal obligatorio, no están cumpliendo su cometido. El análisis que se realizó en este capítulo del funcionamiento de un sistema en el que se reconoce la obligatoriedad del precedente horizontal en las cámaras de apelaciones y se complementa ese reconocimiento con un procedimiento plenario que se realiza en caso de que el precedente quiera dejarse de lado servirá de inspiración, en gran parte, para formular la propuesta que esta tesis efectúa en torno al precedente en las cámaras de apelaciones.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DEL PRECEDENTE HORIZONTAL EN LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

1. INTRODUCCIÓN

Esta tesis se ha ocupado ya de mostrar que, en el ordenamiento jurídico argentino, no existe norma expresa que establezca la obligatoriedad del precedente horizontal para la resolución de casos futuros⁵⁹⁵.

Sin embargo, se ha visto asimismo que, en la mayoría de los países del *common law*, tampoco existe una norma escrita que establezca la obligatoriedad del precedente; más bien, esa obligatoriedad ha sido originada por una costumbre jurídica que se ha manifestado a través de la jurisprudencia de los tribunales. Aquella costumbre es la creadora de un deber jurídico reconocido en el ordenamiento y respetado por los jueces, según el cual el precedente resulta de aplicación obligatoria en casos análogos⁵⁹⁶.

En ese contexto, el trabajo de campo realizado en el marco de esta investigación estuvo dirigido a determinar, en primer lugar, si en las cámaras federales de apelaciones argentinas existe —al igual que en los países del *common law*— una costumbre generadora de un deber jurídico de seguir el precedente horizontal. En segundo lugar, el análisis de la jurisprudencia

⁵⁹⁵ El análisis detallado de esta temática se encuentra en el capítulo II.

⁵⁹⁶ Esto fue examinado en los capítulos II y III.

de las cámaras permitió examinar qué dimensiones —dentro de las desarrolladas en la teoría general del precedente⁵⁹⁷— son las que asume el precedente horizontal en aquella instancia.

Con tales fines, se relevó la jurisprudencia de las cinco salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en adelante, “CNACAF”), a modo de muestrario del tratamiento del precedente en las cámaras federales. En este sentido, el tribunal —seleccionado por los motivos que a continuación se expondrán— constituye una suerte de caso testigo que permitirá generalizar hacia las demás cámaras de apelaciones, con cierto grado de probable acierto —y con los alcances que se manifestarán también a continuación— las conclusiones que sobre él se extraigan.

2. EL TRIBUNAL ELEGIDO

La elección del tribunal obedeció a diversos motivos. Por un lado, existieron razones personales, por cuanto la tesista ha desarrollado parte de su labor profesional en el campo del Derecho Administrativo y está, por ende, familiarizada con esa área del derecho y con su jurisprudencia.

Por otro lado, la cámara seleccionada es una de las cámaras federales que se encuentran efectivamente divididas en salas, y la cantidad de salas que la integran (cinco) aportaría una riqueza mayor que la que habría significado la elección de otro tribunal con menos salas — como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que solo cuenta con tres—, a la vez haría factible el relevamiento de todas las sentencias definitivas dictadas en procesos ordinarios a lo largo de la historia del tribunal. Esa labor requirió un año entero de trabajo. La elección de otros tribunales que, a pesar de no ser federales, eran atractivos a los fines de esta tesis, como la Cámara Nacional en lo Civil, hubiera prolongado el trabajo de campo estimativamente tres años más, pues hubiese requerido la compulsión de jurisprudencia de trece salas (Salas A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M). Algo similar hubiera sucedido con la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que consta de diez salas.

Por lo demás, la selección tuvo en cuenta también la accesibilidad a los libros de sentencias, por razones de distancia y de lugar (teniendo en cuenta las limitaciones en el acceso digital a las sentencias de las cámaras, aspecto sobre el cual se volverá en la sección 4.B de este capítulo).

La proyección, sobre las demás cámaras federales de apelaciones, de las conclusiones que se extraerán del tribunal seleccionado se evidencia a partir de ciertos precedentes que serán

⁵⁹⁷ Las dimensiones en las que se manifiesta el precedente también han sido analizadas en el capítulo II de la presente tesis.

oportunamente citados —por ejemplo, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal o de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los que se confirma una concepción subyacente en torno al precedente horizontal que se alinea con la de la Cámara elegida⁵⁹⁸—. A su vez, las conclusiones podrán proyectarse también sobre todas aquellas cámaras de apelaciones (no federales) que se encuentran divididas en salas y rigen sus procesos a partir del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Las cámaras federales de apelaciones sobre las cuales esta tesis no proyecta aún la totalidad de sus aportes son aquellas que no están subdivididas en salas, por cuanto su integración continúa siendo de tres jueces: la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, la Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes, la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. Sin perjuicio de ello, sí les resultan enteramente aplicables las reflexiones teóricas en torno a la doctrina del precedente, al cambio de jurisprudencia y al origen histórico y la función de las cámaras de apelaciones en el ordenamiento jurídico argentino. Asimismo, podrán quedar encuadradas en esta tesis si, en un futuro, por razones de cantidad de trabajo u otros motivos organizativos, se dividieran en salas, como muchas de las otras cámaras federales actualmente lo están.

3. METODOLOGÍA

⁵⁹⁸ Un ejemplo claro y reciente de esta concepción lo brinda la jurisprudencia de esa Cámara en torno a la vigencia de los plenarios y del recurso de inaplicabilidad de ley luego de que hubiera sido dictada la ley 26.853 por medio de la cual se crearon las Cámaras de Casación. Las decisiones de muchas salas de esa Cámara en el sentido de que el recurso estaba vigente y era procedente hasta tanto se crearan efectivamente esas cámaras de casación estaban en boca de todos por ese entonces. No obstante, la Sala I de esa Cámara decidió no seguir esos precedentes y resolver exactamente lo contrario. Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “C., L.A. s/D.S., R.O. s/daños y perjuicios”, sentencia de fecha 29 de octubre de 2013, en contraposición a Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, “P., H.L. c/Banco Sáenz S.A. s/ejecución de honorarios”, sentencia del 30 de agosto de 2013; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, “Albornoz, Cristian Gabriel c/Mongelfeld Mariana Paula y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 10 de junio de 2013; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, “Miranda, Ester Noemí c/Acebal, María Cristina s/ejecución hipotecaria”, sentencia del 12 de julio de 2013. Asimismo, se encontraron casos en los que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, expresamente consignó que el precedente horizontal no es obligatorio (v.gr. CNCiv, en pleno, “Kartopapel S.A.C.I. c/Municipalidad de Buenos Aires”, sentencia del 15 de julio de 1977: “... no es que el precedente de antigüedad inferior a diez años tenga ‘fuerza ligante’ para el tribunal. Si bien debe tratarse de evitar sentencias contradictorias (art. 302, Cód. Procesal), ello no significa que la jurisprudencia no plenaria obligue en modo alguno a pronunciarse en el mismo sentido” (del voto de Belluscio)).

El trabajo de campo consistió, concretamente, en el análisis de las sentencias dictadas en procesos ordinarios, en búsqueda de referencias o consideraciones —explícitas o implícitas— en torno al precedente horizontal y su obligatoriedad.

En todas las salas, las sentencias definitivas en procesos ordinarios son registradas en el tomo I de los libros de sentencias⁵⁹⁹, con lo cual se revisaron *in situ* (es decir, en el Palacio de Justicia), todos los primeros tomos de las cinco salas, revisando sentencia por sentencia⁶⁰⁰. Se estima que se relevaron, a lo largo de un año y medio, alrededor de 80.000 sentencias⁶⁰¹.

El período de análisis fue desde la creación del tribunal hasta el 2016. La Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal fue creada, como surge de la §2 del capítulo 1 de esta tesis, por la ley 21628 en 1977. Esa norma la estructuró en dos salas de tres jueces cada una. En 1979, se creó una nueva sala a través de la ley 21973. Tan solo algunos meses más tarde, la ley 22090 elevó el número de salas a cuatro. Su estructura actual, consistente en cinco salas de tres jueces cada una, se debe a la sanción de la ley 24384, en 1994, que creó la sala V.

Lo que se buscaba era determinar cuál es la concepción que los jueces poseen acerca de la fuerza del precedente de otras salas y de la misma sala a la que pertenecen, a partir del estudio y análisis del uso concreto que hacen de ese precedente al resolver las controversias. El fin mediato era, como se anticipó, dilucidar si esa práctica de uso del precedente constituía una costumbre creadora de un cierto deber jurídico de seguir el precedente o de cierta doctrina del precedente (que permitiera definir reglas generalizadas sobre cómo se debe usar el precedente horizontal).

⁵⁹⁹ En rigor de verdad, la clasificación de las sentencias por tomos de acuerdo con el objeto del pleito y con distinción de sentencias definitivas y sentencias interlocutorias fue adoptada alrededor de los años 90 (y en distintos tiempos de acuerdo con cada sala). Es por eso que, en rigor de verdad, el relevamiento abarcó todas las sentencias dictadas en los años iniciales de la Cámara y, a partir del año en que cada sala adoptó esa clasificación, se circunscribió al tomo I, que contenía las sentencias definitivas en procesos ordinarios.

⁶⁰⁰ La revisión *in situ* se impuso a partir de las deficiencias de publicación de sentencias de cámara que contienen los sitios web oficiales, aspecto sobre el que se volverá en la sección referida a publicidad de las sentencias.

⁶⁰¹ Es muy difícil hacer una estimación exacta, puesto que solo existen datos proporcionados por la Secretaría de Estadísticas desde 2002 hasta 2012 y, de acuerdo con esos datos, además, la cantidad de sentencias definitivas dictadas en procesos ordinarios varía de año en año. Así, por ejemplo, mientras que en el año 2012 la Cámara dictó un total de 5604 sentencias definitivas en procesos ordinarios, en 2002 esa suma había sido de 2144 (Cfr. https://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas/estadisticas/07_estadisticas/index.php/institucional, donde se publican estadísticas a partir de estudios realizados por la Secretaría de estadísticas de la Dirección General de Tecnología dependiente de la Administración General del Poder Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación, última visita el 10 de noviembre de 2018). A su vez, el periodo de estudio no es el mismo para todas las salas, como se vio, no todas fueron creadas en el mismo año. Por último, en los primeros años de la cámara, no solo se analizaron las sentencias definitivas en procesos ordinarios, sino todas las sentencias, por cuanto no estaban clasificadas en tomos en ese entonces, como se mencionó. La aproximación se realizó, por ende, a partir de la multiplicación de un promedio estimado de 2500 sentencias por la cantidad de años del periodo de estudio abarcado (38 años).

Cada vez que se advertía alguna manifestación o consideración de relevancia para la tesis, se formulaba una ficha de esa sentencia. La transcripción y análisis de esas fichas constituye el contenido fundamental de este capítulo (en especial, de la sección 6).

Del análisis jurisprudencial realizado se pudo concluir que no existe, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, una costumbre que genere el deber jurídico de seguir el precedente horizontal en virtud de su obligatoriedad.

A partir de esta primera conclusión, se abrieron dos interrogantes: el primero, sobre la existencia de una costumbre que reconociera al precedente horizontal alguna otra fuerza (de acuerdo con las distintas categorías analizadas en la dimensión de la eficacia del precedente). Esto será abordado en las conclusiones parciales de este capítulo. El segundo, sobre la conveniencia de adoptar una doctrina del precedente horizontal obligatorio. Esto será oportunamente analizado en los capítulos V y VII de esta tesis.

4. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL USO DEL PRECEDENTE. PARÁMETROS PARA EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A. Citas de precedentes

La práctica judicial de cada sistema jurídico revela que existen diferentes formas de utilizar la jurisprudencia —de citarla— y diferentes actitudes en torno a ella⁶⁰². Estas diferencias se manifiestan en tres grandes categorías: a) número, es decir, cantidad de precedentes citados; b) frecuencia, es decir, asiduidad con la que se utiliza el precedente; c) relevancia, es decir, magnitud del reconocimiento hacia los precedentes en tanto inspiradores de la decisión por tomar.

En general, contrariamente a lo que podría intuirse, la cantidad o frecuencia de citas no hace a su relevancia, sino todo lo contrario: los sistemas jurídicos continentales o del *civil law* suelen citar frecuente y numerososamente, pero sin un análisis pormenorizado⁶⁰³ del precedente que se cita o de su aplicación analógica en base a hechos relevantes similares entre ambos casos⁶⁰⁴. Por el contrario, en el *common law*, existe detrás de la sentencia un

⁶⁰² Cfr. Summers, R., “Institutional...”, en MacCormick, N. D.; Summers, R., *Interpreting...*, pág. 454.

⁶⁰³ Cfr. Summers, R., “Institutional...”, en MacCormick, N. D., Summers, R., *Interpreting...*, pág. 455.

⁶⁰⁴ Garay atribuye esto a la formación universitaria centrada en la abstracción y el análisis de leyes, que se traduce en la cita de precedentes a partir de la repetición de párrafos abstractos de los que pretende extraerse la doctrina jurídica sustancial de la sentencia, en lugar del examen fáctico comparativo que debería tener lugar. Garay, págs. 77 y 78. Carrió también da cuenta del desprecio y la desconexión con los hechos que existe en nuestro uso de la jurisprudencia y que conlleva grandes riesgos. Cfr. Carrió, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, 2ª ed. aumentada, Abeledo Perrot, 1987, pags. 174 y 177. Un pensamiento similar se encuentra

arduo trabajo tendiente a encontrar el o los (pocos) precedentes aplicables (*on point*) — aquellos que más se asemejan a la o las cuestiones planteadas en el caso presente (*issues*)—. Una vez que esos precedentes se identifican, son desmenuzados a lo largo de la sentencia y aplicados fundadamente a la cuestión por resolver, constituyendo en definitiva el verdadero sustento de la sentencia.

Las citas de jurisprudencia pueden clasificarse de acuerdo con diversas categorías:

a. En función de la importancia que poseen para la fundamentación de la decisión que se está tomando:

(i) *Cita fundante*: se trata de casos en los que el precedente es la principal —o única— fundamentación de la decisión que se está tomando. Este es el caso del uso del precedente en el *common law*, sistema en el cual la sentencia encuentra su fundamento, mayoritariamente, en la invocación de precedentes aplicables (*on point*) —si los hay— y en su aplicación concreta al caso que está resolviendo; la invocación del precedente y su adaptación al caso concreto constituyen el núcleo argumentativo de la sentencia.

(ii) *Cita de apoyo o ilustrativa*: se trata de sentencias que citan precedentes únicamente para dar apoyo a una decisión ya tomada y explicitada o para ejemplificar alguna afirmación que el juez realiza. El precedente es mencionado sin desarrollar ningún argumento real basado en él⁶⁰⁵; su función “no es indicar una regla que debería ser seguida en otros casos, sino simplemente indicar que cierta norma fue aplicada de cierto modo en aquel caso.”⁶⁰⁶

Normalmente, en estos casos, los jueces presentan todos los argumentos y razonamientos que los han llevado a la decisión que tomarán y, hacia el final, con la expresión “a mayor abundamiento” —es decir, en *obiter*—, mencionan que existen precedentes en los que se ha arribado a la misma decisión. En otros casos, la referencia se coloca entre paréntesis y sin mayor análisis o con expresiones tales como “en el mismo sentido, véase...”⁶⁰⁷. En este tipo

en la obra de Cueto Rúa: “Existe una tendencia a comparar los fallos de una manera superficial, mediante la técnica verbal de analizar las frases empleadas por los jueces al razonar sus decisiones”. Cueto Rúa, Julio, *Fuentes del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 138.

⁶⁰⁵ Garay, A., *La doctrina del precedente...*, pág. 76, nota al pie 158; Taruffo, Michele, “Institutional Factors Influencing Precedents”, en McCormick, D. N., Summers, R. S.; Goodhart, A. L., *Interpreting Precedents...*, pág. 13, págs. 455.

⁶⁰⁶ Taruffo, Michele, “Consideraciones sobre el Precedente”, en Revista *Ius Et Veritas*, n° 53, 2006, pág. 337.

⁶⁰⁷ Cfr. Taruffo, M., “Institutional Factors...”, en McCormick, D. N., Summers, R. S.; Goodhart, A. L., pág. 455. Se puede citar el siguiente ejemplo de este tipo de citas: “A los fines de ilustrar mi convicción agregó copia de mi voto en la causa ‘Liquid Carbonic Argentina S.A.C.I. c/Dirección General Impositiva s/Dirección General Impositiva’...”. CNACAF, Sala IV, “Bunge y Born Comercial S.A. c/ D.G.I. s/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 5993/96, sentencia el 24 de mayo de 2000, del voto de Jeanneret de Pérez Cortés.

de citas es común encontrar precedentes citados no solo de un órgano judicial de jerarquía superior o coordinada, sino también precedentes de otros países o jurisdicciones⁶⁰⁸.

En síntesis, cuando se efectúa una cita de apoyo o ejemplificadora, la existencia de precedentes no es determinante para la decisión (que el juez ya ha tomado y fundado por su cuenta); la cita es más bien un argumento del tipo “a mayor abundamiento” y, como tal, se trata de un argumento incidental, subsidiario o auxiliar: no decisivo⁶⁰⁹.

Aquello se condice con las definiciones de *ratio decidendi* (o *holding*) y *obiter dictum* y con los mecanismos para identificar la *ratio* que fueron analizados en el capítulo I, §2.B, de esta tesis. Allí quedó claro que la *ratio* es la proposición de derecho en base a la cual el caso es decidido, mientras que el *obiter* es, por definición residual, todo lo que no es *ratio*: ergo, el *obiter* no es la proposición que define el caso, es decir, que hace que el caso sea decidido de esa forma y no de otra. Por ende, si en el *obiter* se hace referencia a un precedente horizontal, es evidente que no es la existencia de ese precedente la que hizo que el caso fuera decidido de ese modo y no de otro; es evidente que el juez no se sintió obligado a seguirlo. A lo largo de este capítulo se podrá ver un considerable número de casos en los que esto sucede.

Fue a partir de citas ilustrativas que habría comenzado a ser tenido en cuenta el precedente en el *common law*. De este modo, las citas en los repertorios no se basaban en los precedentes actuales, sino en aquellos que ilustraban la postura de quien hacía el repertorio y de acuerdo con lo que él creía que era el derecho⁶¹⁰. Fue con el Tratado del juez Bracton cuando se incorporaron, por primera vez, quinientas referencias a decisiones judiciales, que familiarizaron a los abogados con el uso de casos judiciales para preparar los argumentos.

(iii) *Cita interpretativa*: expresa principios abstractos desarrollados en el precedente que podrán aplicarse en la interpretación que el caso presente requiere. Este tipo de citas no cumplen la función de dar solución al caso; es lo que algunos llaman “precedent of interpretation”, para referirse al precedente que determina cuál es la interpretación apropiada de una ley escrita o cuál es el contenido de un principio jurídico abstracto.

El magistrado invoca esa interpretación legal o esa definición del contenido jurídico que encuentra en el precedente y los aplica al caso que debe resolver⁶¹¹. López Medina se refiere

⁶⁰⁸ Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi, “El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial”, en Ferrer Beltrán, Jordi; Vázquez, Carmen (coeds.), *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, 2016, disponible en <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/09/Ferrer-El-gen-iusrealista-de-Michele-Taruffo.pdf>, pág. 7.

⁶⁰⁹ Cfr. Vallet de Goytisolo, Juan, “El razonamiento judicial”, en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, n° 15, 2009, pág. 21.

⁶¹⁰ Cfr. Healy, T., “Stare Decisis as a Constitutional...”, pág. 57; Plucknett, Theodore F. T., *A Concise History of the Common Law*, Liberty Fund Inc., 1929, pág. 180; Tubbs, James W., *The Common Law Mind: Medieval and Early Modern Conceptions*, The Johns Hopkins University Press, 2000, pág. 179; Lewis, Ellis T., “The History of Judicial Precedent I”, *Law Quarterly Review*, 1930, pág. 207.

⁶¹¹ Cfr. Bankowski, Zenon, MacCormick, Neil, Morawski, Lech, Ruiz Miguel, Alfonso, “Rationales for Precedent” en *Interpreting Precedents...*, pág. 484.

a este tipo de citas como destinadas a “mostrar cuál [es] la adecuada conceptualización de tal o cual institución del derecho, pero no para mostrar cómo ese caso (ahora en litigio) se [falló] en ocasiones anteriores⁶¹²”. Y lo califica de “uso meramente conceptual de la jurisprudencia”.

b. En función de la relación que el precedente invocado guarda con la cuestión principal que el caso actual debe resolver, se pueden clasificar las citas en:

(i) *Cita principal*: es aquella cita de un precedente que indica cómo se debe resolver el caso actual. El precedente se invoca para brindar solución a la cuestión principal planteada.

(ii) *Cita accesoria*: se trata de aquella cita de precedentes que no guarda estricta relación con la cuestión planteada central que el caso debe resolver. Muchas veces estas citas se dan en aspectos accesorios que son tratados por la sentencia, tales como cuestiones de costas u honorarios o cuestiones procesales. Otras veces se utilizan para valorar la prueba, tomando como ejemplo el modo en que esa prueba fue valorada en sentencias anteriores⁶¹³.

c. En función de los motivos por los que el juez cita el precedente:

(i) *Citas de autoridad*: se trata de la invocación de un precedente que goza de fuerza vinculante. El precedente se invoca y se sigue con independencia de los fundamentos que él desarrolla, pues el juez no está siquiera autorizado a cuestionar esos argumentos; la relevancia del precedente en la decisión presente es objetiva y, como tal, independiente de la opinión del juez que lo aplicará. En muchos casos probablemente el juez coincida con los precedentes que cita, pero, en los que no, es precisamente cuando entra en juego la verdadera obligatoriedad del precedente, de modo que el precedente debe respetarse y aplicarse más allá de la opinión personal del juez.

(ii) *Cita de fundamentos*: son los casos en los que el precedente se invoca no por su fuerza o autoridad, sino porque el juez coincide con los argumentos o fundamentos que ese precedente contiene.

En estas situaciones es común que los jueces utilicen expresiones tales como “coincido” o “comparto” para referirse a los fundamentos que el precedente desarrolla o al precedente mismo. Esto muestra que el reconocimiento no es hacia la autoridad u obligatoriedad de la

⁶¹² López Medina, Diego, “Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho”, pág. 16.

⁶¹³ V.gr. CNACAF, Sala IV, “Yañez, Agustín Antenor y otros c/M° del Interior (Gendarmería Nacional) s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 9831/1999/I, sentencia del 6 de noviembre de 2001 (“Según ya lo ha tenido por probado en numerosas causas este Tribunal (...), los suplementos cuya liquidación pretenden los actores, son otorgados en forma diferencial a cada uno de los integrantes de las fuerzas armadas...”); CNACAF, Sala IV, “Díaz de Charlo Paula y otros c/M° de Defensa s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 40695/1995, sentencia del 7 de septiembre de 2000.

que goza el precedente en sí mismo, sino a los fundamentos o argumentos que contiene y con los que el juez actual coincide.

La fuerza del precedente depende, en estos casos, de la subjetividad del juez que deberá aplicarlo: si comparte la decisión, el precedente será considerado; de otro modo, será descartado (con o sin fundamentación de ese descarte).

d. En función de la rigurosidad con que se examina el precedente, se puede clasificar la cita en:

(i) *Cita analítica*: esta cita es aquella en la que, quien invoca, realiza un pormenorizado análisis del precedente que está invocando, con el fin de dilucidar: a) si la plataforma fáctica del precedente y la del caso que debe resolver son verdaderamente análogas; b) cuál es la cuestión planteada (*issue*) del precedente y si tiene relación con la del caso actual; c) cuál es el voto mayoritario; d) cuál es la *ratio decidendi* del precedente, que es la que gozará de obligatoriedad o fuerza y cuáles son los *obiter*.

Las citas analíticas tienen lugar en el *common law*, como queda explícito en el famoso caso “Hart v. Massanari”: “al determinar si una decisión anterior es obligatoria, el tribunal considerará no solo las razones y el espíritu de los casos, sino también la letra de los precedentes, lo que incluye no solo la regla enunciada, sino también los hechos que originaron la controversia, otras reglas consideradas y rechazadas, y las afirmaciones realizadas en respuesta a alguna disidencia o concurrencia; entonces, cuando se está delimitando la obligatoriedad que el precedente posee, el lenguaje preciso que ha sido empleado en el precedente es habitualmente crucial para determinar los contornos y el alcance de la regla enunciada”⁶¹⁴.

(ii) *Cita descontextualizada*: es aquella cita que prescinde de un análisis exhaustivo de la sentencia que se está invocando. Los ejemplos más usuales son la cita de un párrafo suelto de un precedente, sin indicación de su contexto, o la cita de un principio jurídico abstracto sin análisis de la plataforma fáctica para la cual ese principio fue creado.

También se da este tipo de citas en transcripciones de sentencias que son realizadas sin distinción de su pertenencia al voto mayoritario o a la disidencia de ese precedente o sin examinar si se trata o no de la *ratio decidendi* que hizo que ese precedente fuera decidido de esa forma y no de otra.

A partir de estas clasificaciones se intentará obtener conclusiones sobre la práctica concreta en el uso del precedente por parte de la CNACAF.

B. Publicidad y accesibilidad de las sentencias

⁶¹⁴ Hart v. Massanari, 266 F.3d 1155 (9th Cir. 2001).

La publicidad y el acceso a las sentencias es fundamental para la aplicación de una doctrina que otorgue cierta fuerza o vinculatoriedad al precedente. Esto fue advertido desde el principio en los sistemas del *common law*. El propio Sir Edward Coke, *Chief Justice* de principios del siglo XVII, y uno de los grandes exponentes de la doctrina del precedente en el derecho inglés, se dio cuenta de que el uso del precedente se encontraba gravemente amenazado por reportes ineficaces e imprecisos⁶¹⁵.

En el siglo XIII, las decisiones judiciales se transcribían en largos pergaminos sin ningún tipo de índice ni referencias, por lo que buscar un precedente sobre un tópico en particular se tornaba “manifiestamente imposible”⁶¹⁶. Fue precisamente esa situación la que inspiró a Coke escribir la más grande y completa colección de fallos hasta entonces vista, conocida como “The Reports”, una obra de trece volúmenes⁶¹⁷.

La publicidad de los precedentes constituye un requisito ineludible para el correcto funcionamiento de la obligatoriedad del precedente, a la vez que una garantía para el justiciable. En ese sentido, se afirma que “en ausencia de reportes, la doctrina del *stare decisis* es pasible de ineficiencia”⁶¹⁸ y que la publicación de las sentencias “[a]parte de ser un freno para el mismo poder judicial, y una garantía para el pueblo en el presente, lo es también para su porvenir. Él sabe que una sentencia fundada que hoy se da, no se dará mañana caprichosamente contrariada por otra en un asunto igual. Y esa garantía está toda en la publicidad.”⁶¹⁹

Así lo han reconocido también los propios tribunales en Estados Unidos. En “Hart v. Massanari”, los jueces de la Cámara Federal de Apelaciones del Noveno Circuito afirmaron que recién cuando el reporte de casos se consolidó —hacia mediados del siglo XIX— fue posible que las decisiones judiciales adquiriesen obligatoriedad⁶²⁰. Aquella sentencia realiza una acabada descripción de cómo la publicación de las sentencias comenzó en manos de editores (*reporters*) privados, que tomaban las decisiones que les parecían importantes y, si

⁶¹⁵ Cfr. Healy, T., “Stare Decisis...”, págs. 63 y 65.

⁶¹⁶ Cfr. Healy, T., “Stare Decisis...”, pág. 57.

⁶¹⁷ Healy, T., “Stare Decisis...”, págs. 62-63.

⁶¹⁸ Cross, R.; Harris, W.J., *Precedent...*, pág. 6. En igual sentido, véase Taruffo, M., “Institutional...” en MacCormick, D. N.; Summers, R. S.; Goodhart, A. L., *Interpreting Precedents...*, pág. 451 (“the devices aimed at publishing judgments in order to make them known are essential to any system of precedent. If only a published judgment may be a precedent, the ways in which judgments are reported substantially determines the nature and the use of precedents”) (las herramientas destinadas a la publicación de las decisiones judiciales son esenciales en cualquier sistema de precedente. Incluso si solo una sentencia publicada fuera a convertirse en precedente, los modos en los que las decisiones judiciales son reportadas determina sustancialmente la naturaleza y el uso de los precedentes).

⁶¹⁹ Navarrio Viola, M., “Jurisprudencia de sentencia” en *La Revista de Buenos Aires*, t. Buenos Aires, t. 19, pág. 186. Sobre la íntima conexión entre la historia del *stare decisis* y el *law reporting* puede verse Healy, T., “Stare Decisis as a Constitutional Requirement”, pág. 89. A su vez, sobre la estrecha relación entre el precedente y los modos de documentación de casos, puede consultarse Chiarloni, Sergio, “Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza”, en *Revista de Processo*, 2014, vol. 39, n° 229, págs. 403-430.

⁶²⁰ Hart v. Massanari, 266 F.3d 1155, 1168 (9th Cir. 2001).

las consideraban erróneas, no las publicaban o modificaban sus palabras, para luego pasar a ser publicaciones oficiales.

Las experiencias latinoamericanas de incorporación del precedente a sistemas de *civil law* dan cuenta de que la adecuada publicidad de las sentencias también fue considerada un punto nuclear para el funcionamiento de la doctrina del precedente. En efecto, en el nuevo código de procedimientos brasileño, el artículo 927, inciso 5° establece que “Los tribunales darán publicidad a sus precedentes, organizándolos por cuestiones jurídicas decididas y divulgándolos preferentemente en la red mundial de computadores.”

En Argentina, lamentablemente, aún existen grandes inconvenientes en la publicación de las decisiones judiciales en instancias inferiores y en tribunales del interior del país. En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema, en cambio, se han dado grandes avances, al punto de que hoy podría afirmarse que todas sus sentencias son perfectamente accesibles desde el sitio oficial de la Corte.

No sucede lo mismo con las sentencias de las cámaras federales de apelaciones. Si bien la Corte Suprema ha dictado, en los últimos años, una serie de acordadas tendientes a difundir las sentencias judiciales, esto, en la práctica, está lejos de concretarse eficientemente. Ya hace años, al cuestionar la constitucionalidad de los fallos plenarios se indicaba, entre otras cosas, que no cumplían con el requisito de la publicidad que sí se exige para la ley⁶²¹.

Mediante la Acordada 17/2006⁶²² se creó el “Centro de Información Judicial” (CIJ) para promover “la difusión de las decisiones judiciales con el objeto de permitir a la comunidad una comprensión más acabada del quehacer judicial” (consid. 4°). Por medio de la Acordada 9/2012⁶²³ se creó la “Dirección de Comunicación Pública”, una dependencia que tiene a su cargo la coordinación de las diferentes áreas de la actividad comunicacional; y, finalmente, la Acordada 15/2013⁶²⁴ obligó a todas las cámaras nacionales a publicar todas las sentencias, acordadas y resoluciones administrativas a través del Centro de Información Judicial (CIJ).

Sin embargo, el sitio web mencionado no arroja respuestas adecuadas a las búsquedas que uno ingresa, y el sistema de búsqueda por palabras clave es absolutamente ineficiente. Se hace prácticamente imposible realizar una búsqueda temática de sentencias de alguna cámara de apelaciones y a veces hasta se dificulta realizar la búsqueda, aunque se cuente con el nombre exacto de los autos.

La situación, si uno se apersona ante el tribunal con el fin de realizar su búsqueda tampoco es demasiado favorable. Las sentencias no están registradas en los tomos con un índice temático. Simplemente se registran en diferentes números de tomos de acuerdo con el tipo

⁶²¹ Cfr. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, 1945, pág. 137.

⁶²² Dictada el 30 de mayo de 2006.

⁶²³ Dictada el 12 de junio de 2012.

⁶²⁴ Dictada el 21 de mayo de 2013.

de proceso (ordinario, amparo, recurso directo) y, dentro de cada tomo, se encuentran en orden cronológico con un simple índice al comienzo en el que se menciona el nombre de los autos. Si se quisiera realizar una búsqueda temática, como la que esta tesis involucró, debería revisarse (y leerse) sentencia por sentencia.

La accesibilidad de las sentencias de otras salas es incluso limitada para los propios magistrados y funcionarios de las cámaras. Es famoso, en la cámara analizada, el registro informal y personal de citas que decidió llevar adelante uno de los magistrados por decisión propia y que muchos funcionarios y otros magistrados solicitaban para consultarlo. También se observó esto durante la realización del trabajo de campo, cuando, por ejemplo, se presencié el ingreso de un funcionario de una sala a la mesa de entradas de otra, con el fin de solicitar la copia de un precedente a cuya cita había llegado a partir de una obra doctrinaria. En el mismo sentido, algunos funcionarios, al ser consultados sobre la búsqueda de precedentes de otras salas, manifestaron que es habitual la práctica de comunicarse telefónicamente, para consultar si el funcionario de otra sala que suele llevar esos temas tiene en su memoria algún precedente relacionado con la causa que se debe resolver.

Esto deja en evidencia que incluso el sistema interno de búsqueda de precedentes dentro de la cámara presenta deficiencias y que esto obstaculiza la posibilidad de que las mismas salas estén adecuadamente informadas de los precedentes de las demás. Queda de manifiesto también que, en un sistema de tales características, la invocación y el seguimiento de los precedentes queda absolutamente ligada al factor humano y, por qué no, a la buena o mala relación que exista, por ejemplo, entre dos funcionarios de distintas salas. Esto es uno de los factores que explica, entre otras cuestiones, la inconsistencia en el uso del precedente.

Los magistrados están al tanto de que las partes poseen un limitado acceso a las sentencias de la cámara y, de allí, la práctica habitual de acompañar en la sentencia copia del precedente al que la misma sentencia remite. Pueden verse múltiples ejemplos de esto en la sección E.i del presente capítulo, sin perjuicio de que aquí se transcriben algunos que dejan el asunto claramente expuesto:

...las cuestiones planteadas en el sub-lite resultan sustancialmente análogas a las resueltas por esta Sala en numerosas ocasiones al dictar sentencia in re ‘Daily Company...’ (...) debiendo acompañarse por Secretaría copia certificada del precedente citado a los efectos de que las partes tomen debido conocimiento de lo allí decidido.⁶²⁵

...nada impide que el sentenciante se remita a la solución dada en otro caso análogo, pero ello bajo la condición de que agregue a la decisión copia del precedente que invoca,

⁶²⁵ CNACAF, Sala I, “Beretta SA (TF 12544-A) c/DGA”, Expediente N° 42676/99, sentencia del 8 de febrero de 2000.

de manera de permitir a las partes ejercer sus derechos en las instancias superiores (esta Sala, 7-7-87, 'Huamac Patagónica S.A.I.C. s/apelación').⁶²⁶

La ineficiente publicidad de las sentencias de las cámaras federales de apelaciones en Argentina deja abiertas dos cuestiones relevantes para esta tesis: (i) una real preocupación por un sistema de uniformación de la jurisprudencia que pone toda la carga de invocación del precedente en cabeza de las partes y en un plazo perentorio, sin que las partes tengan oportunidades reales de acceder eficientemente a los precedentes; (ii) toda pretensión seria de instaurar una doctrina del precedente en las cámaras federales de apelaciones de nuestro país —y, en general, en cualquier instancia de cualquier sistema jurídico— debe contemplar un mecanismo de publicidad de las sentencias absolutamente eficiente y accesible.

Respecto del primer punto, hay muchísimos casos transcritos en este capítulo en los que el recurso de inadmisibilidad fue declarado inadmisibile por no haberse invocado a tiempo el precedente. Pero un caso en particular es absolutamente llamativo y merece su transcripción aquí, pues de su lectura surge que la propia parte había manifestado, en su recurso de inaplicabilidad de ley, que la invocación del precedente fue obstaculizada por la falta de publicidad. Sin embargo, la Sala IV decidió que la publicidad no estaba exigida en el Código Procesal y que, de cualquier modo, se debía considerar cumplimentada con la incorporación al Libro de Sentencias. En otras palabras, la Sala estaba diciendo que la carga de la parte (o de su letrado) era solicitar el Libro de Sentencias de cada una de las salas que integraban la cámara y leer una por una las sentencias allí registradas por si acaso alguna pudiera estar en contradicción con la que en un futuro dictaría la sala que resolviese su caso.

Aquí, la transcripción pertinente:

constituyen presupuestos para la admisión de la inaplicabilidad de ley, entre otros: la existencia de un precedente en el que alguna de las salas del fuero haya resuelto —en los diez años anteriores— el mismo planteo en forma contraria, y que quien lo interpone hubiere invocado —con anterioridad al pronunciamiento del fallo recurrido— ese precedente.

Esa exigencia tiene por objeto permitir a la sala el cotejo de su interpretación jurídica el caso con la doctrina establecida en el precedente, alertándola acerca de la posible contradicción jurisprudencial a producirse en la hipótesis de apartarse de los términos de dicha norma (...)

Que, como reconoce el propio recurrente, ese presupuesto de admisibilidad no se ha cumplido en autos, pues en sus presentaciones previas solo invocó jurisprudencia dictada por las salas que integran otras cámaras de apelaciones y por la Corte Suprema

(...)

⁶²⁶ CNACAF, Sala IV, “Biglia, Juan Carlos c/Banco Interfinanzas S.A. y otros s/juicios de conocimiento en general”, Expediente N° 25868, sentencia del 14 de septiembre de 1992.

A criterio del tribunal, no autoriza a prescindir de ese requisito de procedencia, la invocada falta de publicidad del precedente citado, pues esa publicidad (no contemplada en las disposiciones referidas al recurso de inaplicabilidad de ley) se debe entender cumplida —a los fines que aquí interesan— con su incorporación al Libro de Sentencias del tribunal que lo dictó; máxime teniendo en cuenta que la resolución en la que el recurrente apoyó su pretensión fue dictada más de un año antes que la recurrida.⁶²⁷”

En cuanto al segundo punto, vale decir que en el *common law* el sistema de publicidad de las decisiones judiciales es conocido como “*reporting*” y está más organizado: el “E-Government Act”⁶²⁸ de 2002 exige acceso público y gratuito *online* a todas las sentencias escritas de las cortes federales en un formato que permita búsqueda por palabras, más allá de si esas sentencias serán luego publicadas o no en la colección oficial del tribunal⁶²⁹.

Además, algunos circuitos de las cámaras federales de apelaciones de Estados Unidos incluso brindan parámetros para determinar cuándo una decisión judicial debe ser publicada, que podrían ser utilizados para una futura regulación del asunto en nuestro país. Por ejemplo, en el Séptimo Circuito se establece que una sentencia debe ser publicada —y tiene, por ende, fuerza de precedente— en caso que: (i) establezca o modifique alguna regla jurídica; (ii) involucre una cuestión de permanente interés público; (iii) critique o cuestione el derecho existente; (iv) constituya una contribución a la literatura jurídica original y significativa; (v) revoque la sentencia de un tribunal inferior que hubiera sido publicada; (vi) resuelva un caso reenviado por la Suprema Corte⁶³⁰.

En el Cuarto, Quinto, Sexto y Noveno Circuito, así como en el Circuito de Washington D.C. también existen reglas bastante precisas acerca de cuándo publicar una sentencia. De la conjunción de todas ellas, se puede extraer la siguiente síntesis⁶³¹:

Debe ser publicado el precedente que:

- (i) Establezca, altere, modifique o clarifique una regla jurídica
- (ii) Llame la atención sobre una regla jurídica aparentemente pasada por alto
- (iii) Aplique una regla establecida sobre hechos significativamente distintos de aquellos a los que esa regla venía siendo aplicada
- (iv) Contenga una revisión histórica de una regla jurídica que no se hubiera replicado o explique, critique o revise la historia de determinados precedentes o reglas de derecho

⁶²⁷ CNACAF, Sala IV, “Cartagenova, Rubens Adolfo c/B.C.R.A. s/juicio de conocimiento”, Expediente N° 17219/93, sentencia del 8 de marzo de 1994.

⁶²⁸ E-Government Act of 2002, § 205(a)(5), 116 Stat. 2899 (2002).

⁶²⁹ Aunque también ha despertado preocupación el fenómeno denominado “submerged precedents”, en referencia a precedentes —principalmente de las primeras instancias— que no son publicados y a los que solo puede accederse mediante los registros y agendas de los tribunales y que, en muchos casos, tienen un contenido jurídico relevante. Puede verse un estudio detallado de esta cuestión en McCuskey, Elizabeth Y., “Submerged precedent”, 16 Nev. L. J., 2016, págs. 515-584.

⁶³⁰ Cfr. 7TH CIR. R. 53(c)(1).

⁶³¹ Cfr., Healy, T., “Stare Decisis as a Constitutional Requirement”, pág. 113.

- (v) Critique o cuestione una regla existente
- (vi) Resuelva un caso en el que el tribunal inferior hubiera publicado su sentencia
- (vii) Revoque la decisión de un tribunal inferior o confirme la decisión sobre bases distintas de aquellas establecidas en la instancia inferior
- (viii) Involucre un caso revisado por la Suprema Corte
- (ix) Resuelva, identifique o cree un conflicto dentro del circuito o entre un circuito y otro
- (x) Interprete el derecho local en conflicto con precedentes locales o federales
- (xi) Esté acompañada por un voto concurrente o disidente
- (xii) Se trate de una sentencia *en banc*⁶³²
- (xiii) Involucre una cuestión fáctica o jurídica de interés único o relevancia pública fundamenta

5. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CNACAF RELEVADAS DURANTE EL TRABAJO DE CAMPO

A. El lenguaje y el uso del precedente

El lenguaje que se utiliza en toda comunicación otorga siempre elementos hermenéuticos para dilucidar cómo el emisor concibe ciertas cuestiones anexas al mensaje original, es decir, a aquello que literalmente se está diciendo. Comúnmente se distingue lo que literalmente “se dice” y lo que “se comunica”, llamando a esto último implicaturas o comunicados implícitos⁶³³.

En este contexto, la propuesta concreta en esta sección de la tesis es el análisis del lenguaje utilizado por la CNACAF en sus sentencias con el fin de determinar qué implicaturas tiene ese lenguaje en torno a la concepción de precedente que subyace en los jueces que lo emplean y en relación con otras cuestiones anexas al precedente que interesan a esta tesis.

Para ello, más allá de las transcripciones y análisis singular de ellas, que se realizarán en la sección 6, aquí se analizará el uso de determinados vocablos en las sentencias judiciales y lo que ellos reflejan acerca del precedente:

B. La concepción de cada Sala como un tribunal independiente y no como parte y representante de un único tribunal (la cámara)

⁶³² Sobre el procedimiento *en banc* y las sentencias dictadas *en banc*, puede verse el capítulo III, §6 de la presente investigación.

⁶³³ Cfr. Sosa, Toribio E.; Cucatto, Mariana, “Breve introducción a la pragmática conversacional en el proceso judicial”, en *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, La Pampa, 2014, vol. 4, pág. 88.

Esta concepción se evidencia, preliminarmente, por la referencia que las Salas hacen de sí mismas como “Tribunal”:

(i) “De conformidad con la doctrina sentada por este Tribunal y la Sala III del fuero...⁶³⁴”

(ii) “La cuestión nuclear que el pronunciamiento resuelve ha sido materia de examen por esta Sala en las causas ‘Menendez, Jorge Raúl y otros c/Banco Central de la República Argentina s/cobro de australes’ (...) Señaló el Tribunal, en las referidas oportunidades...⁶³⁵”

(iii) “Que, el Tribunal ya tuvo oportunidad de expedirse sobre un planteo similar rechazando los argumentos vertidos por la parte actora (conf. Sala I, in re ‘Schmaedke, Víctor G.E. c/EN- Jef II Inteligencia del EA’, del 21/11/06).⁶³⁶”

(iv) “La totalidad de las Salas de esta Cámara se expidieron —en reiteradas oportunidades— haciendo lugar a las demandas por el rubro ‘reintegro por servicios de refrigerio’ y rechazándolas (...) (Sala V, in re...). Por otra parte, este Tribunal —en reiteradas oportunidades— señaló...⁶³⁷”

Los ejemplos se multiplican en la jurisprudencia de las cámaras, aunque aquí no cabe citarlos todos⁶³⁸.

Excepcionalmente, se han encontrado referencias aisladas a la cámara como tribunal y a las salas como partes de ella:

(i) “Que esta Cámara por otra de sus Salas ya ha tenido oportunidad de pronunciarse —vid. Sala II *in re* ‘Banco Comercial del Norte S.A. c/ Banco Central R.A. —resol. N° 215/81’, sentencia del 10 de mayo de 1983...⁶³⁹”

⁶³⁴ CNACAF, Sala I, “Palmisano Lilian Beatriz y otros c/M° de Defensa y/o E.M.G.E. s/empleo público”, Expediente N° 10305/1994, sentencia del 18 de junio de 2009, considerando 2.2.

⁶³⁵ CNACAF, Sala I, “Kraus Rodolfo M. c/B.C.R.A. s/ordinario sec. N° 1”, Expediente n° 22060, sentencia del 5 de abril de 1990.

⁶³⁶ CNACAF, Sala I, “López, Hugo c/EN – M° Defensa EMGA – Dto. 2000/04 1490/02 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, Expediente N° 11604/2008, sentencia del 19 de octubre de 2010, considerando III.

⁶³⁷ CNACAF, Sala III, “Centeno, Abelardo del Jesús y otros c/I.O.S.E. s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 3860/92, sentencia del 19 de noviembre de 2000.

⁶³⁸ Otros ejemplos de referencia a la sala como tribunal son las sentencias. CNACAF, Sala II, “Emebur Sociedad de Bolsa S.A. y otros c/U.I.F. s/Código Penal – Ley 25.246 – Dto. 290/07 Art. 25”, Expediente n° 42840/2013, sentencia del 14 de agosto de 2014, considerando IV; CNACAF, Sala II, “Freytes, Augusto Alejandro y otro c/EN – M Seguridad – PFA s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente n° 35747/2015, sentencia del 9 de febrero de 2017.

⁶³⁸ CNACAF, Sala II, “Freytes, Augusto Alejandro y otro c/EN – M Seguridad – PFA s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente n° 35747/2015, sentencia del 9 de febrero de 2017.

⁶³⁹ CNACAF, Sala III, “Crédito Barrio Boedo Sociedad de Crédito para Consumo c/Resol. 86 del Presidente del Bco. Central”, Expediente N° 1846, sentencia del 3 de mayo de 1984, considerando X.

(ii) “Que a una solución idéntica arribó ante similares cuestiones fácticas, otra Sala de este Tribunal, entendiendo que la circunstancia de que al momento de la caída...⁶⁴⁰”

(iii) “...esta Cámara a través de sus Salas III y IV, se pronunció en el tema aquí debatido en sentido contrario a las conclusiones alcanzadas por el a-quo (confr., ‘Horta’, sentencia de la Sala IV del 28 de noviembre de 1985; ‘Campos Urriburu’, de la Sala III del 25 de mayo de 1986). Allí se dijo, con consideraciones que comparto, que...⁶⁴¹”

Esto deja en evidencia el lenguaje errático y aleatorio de las sentencias, que se constituirá en un obstáculo al intento de identificar una doctrina del precedente en la cámara.

(iv) Como un indicio más de la consideración de la sala como tribunal independiente se erige la caracterización de las demás salas como “otros tribunales”:

La circunstancia de que la Sala IV haya declarado la nulidad de la sentencia definitiva, por entender que ha sido pronunciada mediante error material en la interpretación de los alcances de la acción, no habilita la jurisdicción de la Sala que sigue en orden de turno para dictar nuevo pronunciamiento (...) Ello así, por cuanto si bien es cierto que la renuncia consciente a la verdad objetiva es incompatible con el servicio de justicia, razón por la cual se justifica, en caso de excepción, que el Tribunal anule sus propios pronunciamientos (...) ello sólo es viable como pase previo a la corrección que corresponda, sin que sea dable escindir ese acto jurisdiccional, a fin de encomendar *a otro tribunal* la enmienda del error material que se reconoce haber incurrido (...) En consecuencia, previo conocimiento del Ministerio Público, devuélvase la causa a la Sala IV...⁶⁴²

Concretamente, lo que sucedió en este caso fue lo siguiente: la Sala IV advirtió que su propia sentencia era nula, por haber sido dictada mediando un error material y, luego de declarar la nulidad, envió la causa a la Sala I a fin de que se dictase un nuevo pronunciamiento. Sin embargo, la Sala I rechazó la causa (y la devolvió a la Sala IV), en el entendimiento de que la enmienda del error material no podía estar a cargo de *otro tribunal*. De este modo, la Sala I se está caracterizando a sí misma como “otro tribunal”, distinto al de la Sala IV. A su vez, se refiere a la Sala IV como un tribunal que debe anular “sus propios pronunciamientos”, como si estos pertenecieran exclusivamente a la Sala IV y no a la Cámara que ambas salas comparten.

Si, en cambio, los magistrados de la Sala I tuvieran una concepción en virtud de la cual las distintas Salas son consideradas subgrupos de un único órgano (la cámara), que tienen

⁶⁴⁰ CNACAF, Sala III, “Córdoba Oscar c/Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) s/haber militar”, Expediente N° 26722, sentencia del 10 de marzo de 1991, considerando 6°.

⁶⁴¹ CNACAF, Sala I, “Bartrons Francisco José c/Estado Nacional (S.I.D.E.) s/Daños y Perjuicios”, Expediente n° 12500, sentencia del 5 de febrero de 1987, considerando 3°.

⁶⁴² CNACAF, Sala I, “Rodríguez Julio César c/Estado Nacional (M° de Defensa) s/cobro de haberes, Expediente n° 17816, sentencia del 4 de abril de 1989.

origen en la división y organización del trabajo y que, en tal virtud, dictan sentencias en representación del tribunal al que pertenecen (la cámara), la Sala I probablemente no habría hallado obstáculos para dictar un nuevo pronunciamiento y, de seguro, no habría empleado la expresión “otro tribunal”.

(v) “Es sabido que el cargo para resultar válido debe ser puesto en el Tribunal en el que tramita la causa (en ese sentido, conf., entre otros, los siguientes fallos: Sala IV del Fuero, in re: ‘Generiere Carmelo O. c/E.N. (MOSP – DNCP y VN) s/Empleo Público’, del 08/04/97 y ‘Alduvino Ida V. c/Comisión Nacional de Energía Atómica s/empleo público’ del 09/07/97; Cámara Civil, Sala L in re: ‘Murano Roberto José s/Sucesión’, del 26/02/92).⁶⁴³”

En un caso similar, en el que la parte erróneamente presentó un escrito en otra de las salas de la Cámara, no se consideró válido el cargo, en el entendimiento de que no había sido puesto “en el Tribunal en el que tramita la causa”. Esta afirmación es incompatible con la idea de que la cámara es un único tribunal que nuclea las diversas salas que en su representación deciden.

Por último, esta concepción se manifiesta en la alusión a la Cámara o al conjunto de Salas con el término “fuero”. Esta terminología aleja a las salas de su carácter de partes de un todo, de miembros de un único órgano para establecer un nuevo tipo de relación que aparentemente las uniría: la pertenencia a un mismo fuero. El lenguaje empleado por las salas en este sentido parece indicar que las salas están unidas más por una competencia material de las causas que resuelven que por la pertenencia a un tribunal que las engloba. Esta nueva relación es, por supuesto, más lejana y no expresa verazmente la realidad, puesto que, en rigor de verdad, también los juzgados de primera instancia pertenecen al fuero y, si embargo, no es la misma la naturaleza de la relación de las salas con estos que de las salas entre sí.

Como ejemplos de lo afirmado:

(i) “...cabe precisar que le asiste derecho al actor, como ya ha sido resuelto en forma reiterada y similar por diversas Salas de este fuero...⁶⁴⁴”

(ii) “Que, a mayor abundamiento, cabe apuntar que el criterio expuesto ha sido reiteradamente mantenido por la jurisprudencia del Fuero...⁶⁴⁵”

(iii) “Que es doctrina jurisprudencial de las distintas salas de este Fuero...⁶⁴⁶”

⁶⁴³ CNACAF, Sala V, “Fuentes Raúl Horacio c/EN – M° Planificación – Subsecretaría Puertos y VN y otro s/empleo público”, Expediente N° 21498/2006, sentencia del 17 de noviembre de 2011, considerando II.

⁶⁴⁴ CNACAF, Sala V, “De Tommaso María Cristina c/EN – SIDE – Dto. 780/92 y 502/03 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 4122/2007, sentencia del 12 de abril de 2012.

⁶⁴⁵ CNACAF, Sala II, “CNC – Resol. 675/60 (Expág. 1179/03) c/TELECOM ARGENTINA S.A. s/proceso de ejecución”, Expediente n° 15437/2013, sentencia del 3 de septiembre de 2015, considerando vi.

⁶⁴⁶ CNACAF, Sala V, “Chuit Martin – Incidente c/B.C.R.A. s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 11059/96, sentencia del 14 de agosto de 1996.

Los ejemplos de este apartado no demuestran, sin embargo, que las Salas no sean parte de un mismo tribunal (la Cámara), pues podrían ser usos *contra legem*.

C. El uso del verbo “compartir” en referencia al precedente o a los fundamentos del precedente que se invoca

La invocación del precedente mediando el verbo “compartir” refleja que los jueces no conciben un deber jurídico de seguir ese precedente. Lo que se comparte es aquello con lo que se está de acuerdo, aquello con lo que se coincide. Además, lo que se comparte es algo que es pasible de juzgamiento o análisis: para poder compartir, coincidir o estar de acuerdo algo, se tiene que poder examinar ese algo —su contenido— y analizarlo a la luz de su propia visión subjetiva.

Compartir es, en este caso, lo opuesto de seguir o aplicar. En una doctrina del precedente obligatorio, es absolutamente indiferente si el magistrado que aplica el precedente lo comparte o no, coincide con la solución o el razonamiento que ese precedente contiene. En cambio, el protagonismo de un verbo por el cual los jueces manifiestan su opinión subjetiva acerca del precedente es un claro ejemplo lingüístico de desconocimiento de su obligatoriedad.

A contrario sensu, de la invocación por razón de “compartir” se infiere que, si no se compartiera el criterio expuesto, este se dejaría de lado. Muchas veces, esa inferencia se explicita, en situaciones en las que los jueces se apartan de los precedentes en tanto “no los comparten”.

Como puede verse en las siguientes transcripciones, además, el mismo verbo es utilizado respecto de otras referencias, tales como el dictamen del Fiscal General, sobre cuyo carácter no vinculante no cabe discusión.

A continuación, algunos ejemplos extraídos del trabajo de campo, a los que se adicionarán muchos otros contenidos en la sección 6:

(i) “Sentado lo que antecede, cabe poner de resalto que esta Sala, en oportunidad de sentenciar con fecha 7/11/89, la causa ‘Zucconi, Juan Carlos’, negó efectos interruptivos a dicho acto administrativo, criterio que también fue admitido por la Sala III de esta Cámara, en la sentencia in re: ‘Caro Enrique Fermín’, del 19/11/89, cuyos fundamentos, que comparto, resultan suficientes para desatender la queja del actor...”⁶⁴⁷

(ii) Sentado lo que antecede, y en lo que atañe al problema de fondo debatido, es menester poner de resalto que esta Sala en el pronunciamiento de fecha 14/8/86 recaído en la causa

⁶⁴⁷ CNACAF, Sala I, “Toledo, Raúl David c/La Nación – Estado Mayor del Ejército s/Haberes militares”, Expediente N° 21234, sentencia del 7 de febrero de 1990, considerando 4°.

‘Battista, María Francisca y otro’, además de no compartir el criterio plasmado en el precedente invocado por el a quo para apoyar su decisión, ha expresado que, con el meritado art. 56, se confiere un plazo específico...”⁶⁴⁸

(iii) “Que en virtud de esa doctrina [en referencia a una sentencia de la sala iii] —que esta Sala comparte—en el fallo que se examina se dijo...”⁶⁴⁹

(iv) “Que esta Sala comparte lo dictaminado por el Señor Fiscal General, toda vez que conforme lo tiene dicho este Tribunal...”⁶⁵⁰

(v) “Que esta Sala comparte el criterio del señor Fiscal General, criterio que a su vez encuentra su apoyo en lo decidido por la Sala II del fuero in re ‘Imagen Satelital SA c/Cablevisión SA’, del 22/2/00, en la cual se sostuvo que de la lectura de los considerandos del decreto 1019/99...”⁶⁵¹

D. El uso errático de terminología relacionada con el precedente

La utilización indistinta de conceptos con significados técnicos específicos tales como “precedente” y “jurisprudencia”, sumado a las más creativas variables de combinación entre estos términos y otros afines —como “antecedentes jurisprudenciales”, “precedentes jurisprudenciales”— dejan entrever una falla en el uso del precedente judicial, que lesiona cualquier intento de construcción de una doctrina del precedente a partir de la práctica de los tribunales.

Si, además, se tiene en cuenta que algunas salas, durante ciertas integraciones, suman a este uso errático su propio condimento, al hacer alusión a la “jurisprudencia pacífica”, “jurisprudencia uniforme”, “reiterada”⁶⁵², o al emplear el término “jurisprudencia” en alusión a un único precedente anterior, queda claro que no solo la obligatoriedad del precedente horizontal no es reconocida como tal, sino que ese “no reconocimiento” tampoco asume una variable lo suficientemente uniforme que permita generar una doctrina del precedente alternativa (como podría ser, por ejemplo, el reconocimiento de obligatoriedad de la

⁶⁴⁸ CNACAF, Sala I, “Faronda Ignacio y otro c/Banco Central de la República Argentina s/cobro de pesos”, Expediente n° 12588, sentencia del 10 de febrero de 1987, considerando 3°.

⁶⁴⁹ CNACAF, Sala II, “Sasetru S.A.C.I.F.I.A.I. c/Administración Nacional de Aduanas s/recurso de apelación”, Expediente n° 210, sentencia del 17 de febrero de 1983.

⁶⁵⁰ CNACAF, Sala I, “Andrés Lagomarsino e Hijos SA c/AFIP DGI R-62224 s/amparo por mora”, Expediente n° 10822/2000, sentencia del 2 de junio de 2000, considerando 4°.

⁶⁵¹ CNACAF, Sala I, “Noxes SA c/Comisión Nacional Defensa de la Competencia –RSL 23-V-00”, Expediente n° 19268/2000, sentencia del 22 de junio de 2000, considerando 3°.

⁶⁵² Un ejemplo en el que se alude a varios precedentes concordantes como consolidadores de un criterio a seguir es: “Reiterados pronunciamientos de las dos instancias del fuero han impuesto el criterio de que cuando se trata de soldados, voluntarios y alumnos, debe atenuarse el rigor para graduar la culpa que pudiera haber a ellos, por acción u omisión, en relación con accidentes similares al sufrido por Ferreyra (cfr. entre otros, ...)”. CNACAF, Sala I, “Ferreyra, Bernardino Oreste c/Estado Nacional (Cdo. en Jefe de Aeronáutica) s/retiro militar”, Expediente n° 511, sentencia del 26 de abril de 1983.

jurisprudencia constante, si las salas unánimemente requirieran la concurrencia de una determinada cantidad de sentencias en un mismo sentido).

El término “precedente”, a su vez, es utilizado muchas veces como sinónimo de sentencia, sin distinción alguna de que, dentro de esa sentencia, solo una parte es la que obliga o constituye “precedente” *stricto sensu*⁶⁵³.

Como ejemplos de lo antedicho, es posible mencionar los siguientes:

(i) Que utilizan la expresión “precedente jurisprudencial” o “precedentes jurisprudenciales”: CNACAF, Sala V, “Petroquímica Cuyo S.A.I.C. c/D.G.I. s/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 40544/95, sentencia del 28 de febrero de 1996; CNACAF, Sala V, “Juarez José Luis y otros c/EN – M° Defensa – EA – Dto. 1490/02 s/Personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 33329/2006, sentencia del 9 de diciembre de 2008

(ii) Que utilizan la expresión “antecedentes jurisprudenciales”: CNACAF, Sala IV, “Medina Julio Ernesto c/Estado Nacional – M° del Int. – Policía Federal Argentina s/retiro militar y fuerzas de seguridad”, Expediente N° 4034/94, sentencia del 8 de junio de 2000 y CNACAF, Sala V, “Baino Jorge y otros c/Lotería Nacional – Sociedad del Estado s/juicios de conocimiento”, Expediente N° 4361/92, sentencia del 28 de abril de 1999

(iii) Que utilizan la expresión “doctrina jurisprudencial”: CNACAF, Sala IV, “Newfor S.A. c/Dirección General Impositiva c/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 13752/96, sentencia del 6 de abril de 2000; CNACAF, Sala V, “Chuit Martin – Incidente c/B.C.R.A. s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 11059/96, sentencia del 14 de agosto de 1996.

(iv) Que utilizan la expresión “referencias jurisprudenciales”: CNACAF, Sala V, “Blomberg Eduardo Mariano y otro c/Estado Nacional – C.S.J.N. s/empleo público”, Expediente N° 2564/94, sentencia del 26 de noviembre de 1999.

(v) Que utilizan el término “jurisprudencia” para hacer referencia a un solo caso: CNACAF, Sala V, “Suárez, Cecilio Alberto y otros c/E.N. – M. de Defensa – Armada Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 27544/00, sentencia del 15 de diciembre de 2003 y “Arquimia S.A. c/EN -DGI – Ley 24073 s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 15012/2003, sentencia del 30 de abril de 2009

(vi) Que utilizan la expresión “jurisprudencia pacífica” o afines:

(1) “Debe tenerse presente, en primer lugar, que es jurisprudencia pacífica y constante de los tribunales, desde antiguo, que —salvo disposición expresa y

⁶⁵³ Se ha tratado esta cuestión en la sección “Aclaraciones terminológicas”, que se encuentra al inicio de esta tesis.

específica para el caso—, no corresponde el pago de salarios por funciones no desempeñadas...”⁶⁵⁴

- (2) “Esta Sala tuvo oportunidad de resolver una cuestión similar con relación a este punto en los autos caratulados ‘Dobaño Fernández de Mignoli Palmira y otros c/Est. Nac. (M° de Trabajo y Seguridad Social s/Empleo Publico’, con fecha 11 de agosto de 1994. En dicho precedente se sostuvo que debía tenerse en cuenta, con base en jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales del fuero, que no correspondía a los jueces sustituir a la mencionada autoridad administrativa en la valoración de medidas como las de autos, sino sólo controlar la legitimidad de su obrar, en su caso...”⁶⁵⁵
- (3) “...para llegar a esta conclusión, tomo en cuenta —como ya se hizo a través del voto de mi colega Dr. Uslenghi en la causa ‘Dirección Nacional de Vialidad c/Fabris, Andrés’, sentencia del 3 de agosto de 2000— la reiterada jurisprudencia que trata de preservar la justa indemnización del artículo 17 de la Constitución Nacional, para lo cual propone no agravar la situación del expropiado haciéndolo cargar con las costas del pleito...”⁶⁵⁶
- (4) “Siguiendo el criterio del artículo citado —esto es tratando de mantener incólume el contenido económico de la sentencia—, es jurisprudencia constante de esta Sala aplicar a las deudas no consolidadas las tasas de interés pasivo promedio...”⁶⁵⁷
- (5) “En el mismo sentido, debe tenerse presente la jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema y de los tribunales del fuero...”⁶⁵⁸
- (6) “De la transcripción de las cuestiones que fueron objeto de sentencia se desprende que son temas jurídicos de suficiente novedad, sobre los cuales no se encuentra una amplia doctrina jurisprudencial suficientemente asentada.”⁶⁵⁹
- (7) “Tal como lo señaló la juez a quo y lo puso de manifiesto la demandada en su contestación de fs. 85/90, una cuestión sustancialmente análoga a la discutida en el sub lite fue decidida por este tribunal al dictar sentencia en la causa

⁶⁵⁴ CNACAF, Sala IV, “Miguens Francisco Fernando c/Estado Nacional – M° de Defensa – Resol. 1250/95 s/empleo público”, Expediente N° 3931/1997, sentencia del 14 de junio de 2001.

⁶⁵⁵ CNACAF, Sala IV, “Mendez Eduardo Alberto y otros c/Estado Nacional s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 12772/94, sentencia del 14 de junio de 2001.

⁶⁵⁶ CNACAF, Sala IV, “Dirección Nacional de Vialidad c/Vilella y Canepa Guillermo Gustavo s/expropiación – servidumbre administrativa”, Expediente N° 5992/1996, sentencia del 19 de abril de 2001.

⁶⁵⁷ CNACAF, Sala IV, “Canali Olga y otros c/EN – M° de Justicia – AC 57/92 s/empleo público”, Expediente N° 22632/1998, sentencia del 19 de abril de 2001.

⁶⁵⁸ CNACAF, Sala IV, “Rizzo Roberto Cayetano y otros c/Estado Nacional – Est. May. Gral. de la Fza. Aérea s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 14934/1993, sentencia del 19 de abril de 2001.

⁶⁵⁹ CNACAF, Sala IV, “Sevilla Eduardo Rubén c/Est. Nac. (M.E. y O.PÁG. S.O.PÁG. y C.) s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 49128/95, sentencia del 9 de noviembre de 2000.

‘Dobaño Fernández de Mignoli Palmira c/Est. Nac. (M° de Trabajo y Seg. Social) s/empleo público’, el 11 de agosto de 1994, y en posteriores y reiterados pronunciamientos no solo de la misma Sala sino también de todo el fuero.”⁶⁶⁰

(vii) Que utilizan el término “doctrina” en referencia a lo que se identifica —a veces, erróneamente— como la *ratio*:

(1)“Que esta Sala II ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión suscitada en el sub-examine al dictar sentencia en la causa ‘Justo, Daniel Alberto c/Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) s/retiro militar’, con fecha 4 de abril del corriente año, razón por la cual corresponde remitirse a la doctrina desarrollada en dicho precedente que deberá ser agregado en copia fotostática como parte integrante del presente pronunciamiento.”⁶⁶¹

(2)“En efecto, la contratista realizó un negocio que resultó menos beneficioso de acuerdo a sus expectativas y pretende evadirse de las consecuencias al no asumir el riesgo —connatural a la actividad empresaria— del negocio en el que se embarcó y demandar a la Administración General de Puertos para que los asuma por ella (doctr. esta Sala ‘Lumicot SAICAIFI c/Mercado Central de Buenos Aires s/cobro de pesos’ sent. del 13 de agosto de 1991...).”⁶⁶²

(3)“Es doctrina aceptada por el Tribunal, que el ‘licenciatarío’ se encuentra frente a la administración en una situación de especial sujeción en virtud de las potestades que en materia de organización y funcionamiento del servicio público competen a ésta. De allí que la reglamentación del servicio no está ceñida sólo por lo que contemple el respectivo contrato, sino también por las normas derivadas de las prerrogativas que, por naturaleza, corresponden a la autoridad estatal; ello siempre bajo la observación estricta del principio cardinal de legalidad administrativa (conf. Sala I, ‘Distribuidora de Gas Cuyana c/resolución 275/00 –ENARGAS- (exp. N° 4830)’ 30/08/05.”⁶⁶³

⁶⁶⁰ CNACAF, Sala IV, “Arfelli Juan Carlos Roque y otros c/Estado Nacional – M° de Defensa s/empleo público”, Expediente N° 34632/1996, sentencia del 31 de octubre de 2000.

⁶⁶¹ CNACAF, Sala II, “Multifreno S.A.C.e I c/Ferrocarriles Argentinos s/ordinario”, Expediente n° 24057, sentencia del 23 de julio de 1991.

⁶⁶² CNACAF, Sala II, “Horpeco SA c/Administración General de Puertos s/contrato obra pública”, Expediente n° 40555/95, sentencia del 12 de marzo de 1996.

⁶⁶³ CNACAF, Sala II, “Telefónica de Argentina SA c/CNC y otros s/proceso de conocimiento”, Expediente n° 8774/2005, sentencia del 1 de septiembre de 2011.

(4)“El agravio debe desecharse, pues es doctrina de esta Sala que el desempeño de funciones correspondientes a una categoría superior a la de revista del agente justifica el reconocimiento...”⁶⁶⁴

El lenguaje, en definitiva, no refleja una acabada comprensión del concepto de sentencia, precedente y jurisprudencia. Taruffo califica el uso que los jueces del *civil law* emplean del vocablo “precedente” como “impreciso, no riguroso y sustancialmente distinto”⁶⁶⁵.

E. La práctica en la aplicación del precedente

A pesar de que, como se vio en el acápite anterior, el lenguaje utilizado por los jueces de la CNACAF al dictar sus sentencias se aleja del reconocimiento de una obligación de seguir el precedente horizontal, esto no significa que los precedentes no sean considerados en absoluto al momento de tomar la decisión. En efecto, cada sala utiliza e invoca constantemente precedentes propios y de las demás salas; cualquiera que tenga en sus manos una sentencia de la CNACAF comprobará que, muy posiblemente, en esa sentencia se cite un precedente judicial. Aún más: en la práctica diaria del uso de esos precedentes, los jueces de la CNACAF han desarrollado técnicas propias del sistema jurídico del *common law*, tales como la identificación de cuestiones planteadas, la identificación de analogías y el uso de la técnica del *distinguishing*.

La pregunta que corresponde realizar ahora es si, a partir de ese uso concreto del precedente que hacen las cámaras federales de apelaciones argentinas es posible identificar una costumbre uniforme constitutiva de una doctrina del precedente (entendida esta última como el conjunto de reglas que establezcan cómo debe ser utilizado el precedente en cierta instancia judicial de un determinado ordenamiento jurídico). En otras palabras ¿surge del uso que las cámaras federales de apelaciones argentinas hacen del precedente una práctica generadora de un deber jurídico de utilizar el precedente en cierto modo?

Para responder aquel interrogante, es necesario examinar esa práctica con un poco más de detalle, lo cual se realizará a continuación.

i. La incorporación de copias del precedente citado

Es común que, en el tribunal analizado, los jueces decidan el caso presente a través de una remisión absoluta a un precedente análogo. La sentencia, en esos casos, consiste en breves oraciones en las que se indica que, en tanto el caso es análogo al que se resolviera con anterioridad, a él corresponde remitirse.

⁶⁶⁴ CNACAF, Sala III, “Pereyra, Ramón Ricardo c/EN – M° O y SP – DNCP y Vías Navegables s/Empleo Público”, Expediente N° 25886/01, sentencia del 30 de abril de 2002, considerando 4°.

⁶⁶⁵ Taruffo, M., “Consideraciones sobre el Precedente”, pág. 333.

Ejemplos de lo afirmado son:

(i) “Deviene improcedente el planteo de la prescripción parcial de la multa en lo que se supere el monto verificado por la demandada ante el concurso de acreedores de la forma actora mediante el certificado provisorio de deuda n° 65/01 emitido por la AFIP, en virtud de los fundamentos expuestos por la Sala III el 22/11/07, en la causa ‘Acetatos Argentinos SA c/EN-AFIP-DGA resol. 2330/04 (expte. 602155/99) s/Administración Nacional de Aduanas’.”⁶⁶⁶

(ii) “Que una cuestión similar fue resuelta por esta Sala con fecha 13 de noviembre de 1979, al decidir una causa de igual carátula que la presente, pronunciamiento este que fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia con fecha 4 de diciembre pasado, por lo que procede, por razones de brevedad, remitirse a los fundamentos entonces vertidos.”⁶⁶⁷

(iii) “Que de acuerdo con la relación precedente, el tema principal que las partes discuten en esta causa es análogo al decidido por esta misma Sala el 25 de marzo de 1979 en los autos de igual carátula, en fallo que la Corte Suprema confirmó el 7 de agosto del mismo año.”⁶⁶⁸

(iv) “Y Vistos; Considerando: En estos autos se discute una cuestión estrictamente análoga a la examinada al decidir la causa ‘La Necochea Quequén S.A. c/A.N.A.’ con fecha 16/3/95 a cuyas consideraciones procede remitir por razones de brevedad, incluso en cuanto a la imposición de costas. Por ello se confirma lo decidido a fs...”⁶⁶⁹

Hasta aquí, podría apreciarse un accionar típico de un magistrado que actúa conforme a una doctrina del precedente. No obstante, esa remisión casi absoluta a lo decidido en un precedente se ve, en muchos casos, acompañada por la práctica de incorporar una copia de ese precedente a la sentencia que se está dictando. Por ejemplo:

(i) “Que esta Sala II ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión suscitada en el sub examine al dictar sentencia en la causa “Justo Daniel Alberto c/Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) s/retiro militar” con fecha 4 de abril del corriente año, razón por la cual corresponde remitirse a la doctrina desarrollada en dicho precedente que deberá ser agregado en copia fotostática como parte integrante del presente pronunciamiento.”⁶⁷⁰

⁶⁶⁶ CNACAF, Sala I, “Acetatos Argentinos SA – DGA – Resol. 369/04 (expte. 604224/08) s/Dirección General de Aduanas”, Expediente N° 11279/2004, sentencia del 12 de mayo de 2011, considerando 2.

⁶⁶⁷ CNACAF, Sala III, “Sasetru S.A.C.I.F.I.A.I.E. s/ recurso – Tribunal Fiscal – Expte. 939-A”, Expediente N° 1542, sentencia del 26 de febrero de 1981.

⁶⁶⁸ CNACAF, Sala III, “Ford Motor Argentina SA c/Fisco Nacional (A.N.A.) s/repetición”, Expediente N° 1261, sentencia del 17 de marzo de 1981, considerando 4°; CNACAF, Sala III, “Ford Motor Argentina S.A. c/Fisco Nacional (A.N.A.) s/repetición”, Expediente N° 1748, sentencia del 28 de mayo de 1981, considerando 2°; CNACAF, Sala III, “Ferrocariles Argentinos c/Álvarez Antonio s/lanzamiento”, Expediente N° 1934, sentencia del 4 de julio de 1981, considerando II.

⁶⁶⁹ CNACAF, Sala III, “Oleaginoso Moreno Hermanos (TF 6814-A) c/A.N.A.”, Expediente N° 12311/94, sentencia del 30 de marzo de 1995. Lo transcripto constituye todo el texto de la sentencia.

⁶⁷⁰ CNACAF, Sala II, “Vázquez, Daniel H. c/Estado Nacional (M.O.S.PÁG.) s/cobro de australes”, Expediente n° 22686, sentencia del 16 de abril de 1991.

(ii) “Que, en cuanto al fondo del asunto, por razones de brevedad, corresponde remitirse a los votos concurrentes de los suscriptos que dieron sustento a la sentencia que —en caso sustancialmente análogo— dictara la Sala el 8/10/2001 in re ‘Vázquez, Patricia Silvia’, pronunciamiento que, además de encontrarse publicado en la Revista de Jurisprudencia Argentina del 13/11/2002, puede ser compulsado en el sitio de internet ‘www.pjn.gov.ar’, y del que en Mesa de Entradas de la Sala puede requerirse una copia para su fotocopiado...”⁶⁷¹

(iii) “Que las cuestiones debatidas en autos son similares a las tratadas y resueltas en la causa N° 33247/99 ‘Liberty ART S.A. c/Superintendencia Riesgos T y Seguro – Resols. 39 y 806 s/proceso de conocimiento’, del día de la fecha a cuyas constancias corresponde remitirse por razones de brevedad, debiéndose agregar copia certificada por Secretaría.”⁶⁷²

(iv) “Y Vistos; Considerando: Por los fundamentos expuestos por esta Sala, al fallar el día 11 de abril del año en curso, una causa en substancia análoga, in re ‘Empresa de Transportes Los Andes S.A.C. c/Comisión Nacional de Transporte Automotor s/Res. 452/94’, a los cuales cabe remitir por razón de brevedad, se desestima el recurso interpuesto. Regístrese, notifíquese con copia del fallo citado...”⁶⁷³

(v) “Las quejas desarrolladas por la recurrente —relativas exclusivamente a la constitucionalidad del decreto 78/94— encuentran adecuado tratamiento en el pronunciamiento de esta Sala recaído en la causa ‘Homberger’ del 25 de marzo de 2009 por lo que cabe remitirse a los fundamentos allí vertidos, en lo pertinente (v. considerandos III y IV), agregándose una copia certificada de dicha sentencia como parte integrante de la presente.”⁶⁷⁴

(vi) “El agravio de los actores es admisible, siendo apropiado formular en este punto una remisión al precedente ‘Teves Waldino y otros c/Dirección General de Fabricaciones Militares s/empleo público’, causa n° 33.382/2000, del 3 de febrero de 2005, del cual se acompañará copia integrando este pronunciamiento.”⁶⁷⁵

(vii) “Que en cuanto al fondo del asunto se refiere, habida cuenta la prueba producida y tenida por cierta, no cabe sino remitirse en un todo a lo resuelto por la Sala III de esta Cámara en la causa N° 27764/2014 ‘Fideicomiso San Gabriel c/Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo’, del 7/4/15 y por la Sala IV en la Causa N°

⁶⁷¹ CNACAF, Sala I, “Tabach Julia Andrea y otro c/PEN Ley 25561 Dto 1570/01 214/02 (BBVA Boston) s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 179.160/2002, sentencia del 24 de febrero de 2005, considerando II.

⁶⁷² CNACAF, Sala I, “Liberty ART SA – Incidente Med c/Superintendencia Riesgos T y Seguros – Resols. 39 y 806/98 s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 49546/99, sentencia del 24 de febrero de 2000, considerando único.

⁶⁷³ CNACAF, Sala III, “Transportes Líneas 123 S.A.C.I. c/Com. Nac. de Transpág. Automotor – Resol. 402/94”, Expediente N° 33566/94, sentencia del 18 de mayo de 1995.

⁶⁷⁴ CNACAF, Sala III, “Turrin Vinicio Isidoro c/EN – Dto. 78/94 y 160/05 s/empleo público”, Expediente N° 34620/2005, sentencia del 21 de mayo de 2009.

⁶⁷⁵ CNACAF, Sala III, “Argota Leonardo Carlos y otros c/Dirección General de Fabricaciones Militares s/empleo público”, Expediente N° 34878/2000, sentencia del 10 de septiembre de 2009, considerando 3°.

27.784/2014 (...) ambas del 16/12/14; a las que cabe remitirse en un todo y las que pueden ser consultadas en la página web del Centro de Información Judicial (CIJ).⁶⁷⁶”

(viii) “En sustento de ello el Tribunal remite a los fundamentos en que se sustentara la sentencia dictada el 27/12/94 in re ‘Banco del Buen Ayre SA c/BCRA’ —los que se tienen por reproducidos en homenaje a la brevedad, debiendo agregarse copia auténtica de ese pronunciamiento para mejor informe de las partes—...”⁶⁷⁷

(ix) “la cuestión planteada en el sub lite resulta sustancialmente análoga a la resuelta por esta Sala al dictar sentencia in re (...) Corresponde remitirse a los fundamentos que se expusieron en ese pronunciamiento, toda vez que resultan enteramente aplicables al presente, debiendo acompañarse por Secretaría copia certificada del precedente citado a los efectos de que las partes tomen debido conocimiento de lo allí decidido.”⁶⁷⁸

(x) “...la situación planteada resulta sustancialmente análoga a la ya examinada por este Tribunal in re ‘Kiosko Belgrano S.R.L. y otros’ del 21/12/98 y “Apollonio y Cerruti S.R.L. y otro” del 16/2/99, por lo que dándolos por reproducidos corresponde remitirse en lo pertinente a sus fundamentos que resultan adecuados y suficientes para resolver la cuestión, debiéndose acompañar copia auténtica para conocimiento de la parte actora.”⁶⁷⁹”

(xi) “Que esta Sala II ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión suscitada en el sub-examine al dictar sentencia en la causa ‘Justo, Daniel Alberto c/Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) s/retiro militar’, con fecha 4 de abril del corriente año, razón por la cual corresponde remitirse a la doctrina desarrollada en dicho precedente que deberá ser agregado en copia fotostática como parte integrante del presente pronunciamiento”. CNACAF, Sala II, “Multifreno S.A.C.e I c/Ferrocarriles Argentinos s/ordinario”, Expediente n° 24057, sentencia del 23 de julio de 1991.

(xii) “Sentado lo que antecede, corresponde señalar que la cuestión debatida ha sido resuelta por esta Sala en sentido favorable a la pretensión del accionante, en oportunidad de sentenciar, con fecha 5/4/88, la causa ‘Fabris, Marcelo H.’. Por lo tanto, y en homenaje a la brevedad, me remito a las consideraciones allí vertidas en cuanto fueren de pertinente aplicación al caso de autos, debiéndose agregar para conocimiento de las partes, copia del referido precedente, el que formará parte integrante de la decisión.”⁶⁸⁰

⁶⁷⁶ CNACAF, Sala V, “Fideicomiso Torre de las Naciones c/EN – M° Economía (Ley 25063) AFIP DGI s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 11452/2011, sentencia del 16 de octubre de 2015, considerando VIII.

⁶⁷⁷ CNACAF, Sala IV, “Compañía Financiera Central para la América del Sud SA (en liq.) y otros c/BCRA – Resol 354/97 (Expág. 100213/85 Sum. Fin. 791), Expediente N° 27855/97, sentencia del 10 de febrero de 2000.

⁶⁷⁸ CNACAF, Sala I, “Bye-Bye SA (TF 12226-A) c/DGA”, Expediente N° 1138/2000, sentencia del 7 de marzo de 2000.

⁶⁷⁹ CNACAF, Sala I, “Confitería Retiro Belgrano SRL c/Enabief – Resol. 544/99 s/medida cautelar (autónoma)”, Expediente n° 38699/99, sentencia del 25 de febrero de 2000.

⁶⁸⁰ CNACAF, Sala I, “Arancibia, José A. c/Estado Nacional (M° Ed. y Justicia) s/reajuste de haber jubilatorio”, Expediente n° 22739, sentencia del 31 de julio de 1990.

(xiii) “Que la decisión del Tribunal Fiscal de la Nación, en punto al fondo del asunto, debe mantenerse de conformidad a lo resuelto por esta Cámara —a través del voto mayoritario de los Dres. Buján y Coviello— in re ‘Sancor Cooperativa de Seguros’ del 9/4/97 —atento a la similitud de presupuestos fácticos y jurídicos que rodean a la cuestión sustancial objeto de autos con la que motivó ese precedente—, a cuyos argumentos e remite, dándoselos por reproducidos en el presente en mérito a la brevedad, debiendo por Secretaría agregarse copia certificada del pronunciamiento para facilitar a las partes el acceso a su conocimiento.”⁶⁸¹

(xiv) “Los planteos jurídicos formulados en autos resultan esencialmente análogos a los que fueron resueltos por esta Sala, el día 14 de septiembre de 2000, en los autos ‘Segovia Leoncio y otros c/EN (Min. de Economía y Obras y Servicios Públicos – Dir. General de Fabricaciones Militares) s/daños y perjuicios’. En dicha oportunidad, la Sra. Juez preopinante, Dra. María Inés Garzón de Conte Grand trató de modo exhaustivo cada una de las cuestiones jurídicas articuladas y a sus fundamentos y conclusiones adhirió el dicente. A los fundamentos y conclusiones, expuestas en el aludido voto corresponde remitirse en razón de brevedad. Por Secretaría deberá agregarse fotocopia certificada del pronunciamiento recaído en la indicada causa, integrando la presente.”⁶⁸²

(xv) “La cuestión traída a resolver resulta sustancialmente análoga a la que fuera fallada recientemente por este Tribunal en los autos: ‘Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/Estado Nacional – dto. 1214/03 s/proceso de conocimiento’ (expte. N° 28.859/03), sentencia del 13 de marzo de 2008, a cuyos fundamentos corresponde remitirse por razones de brevedad y economía procesal, adjuntándose copia certificada del pronunciamiento referido.”⁶⁸³

(xvi) “Que ello así, pese al esfuerzo intentado en la crítica respecto del fondo de la cuestión involucrada en el sub-lite, los agravios no pueden ser acogidos, habida cuenta las distintas razones suficientemente desarrolladas antes de ahora por la Sala respecto del tema en debate in re ‘James Walter Thompson Argentina S.A.’, del 7/9/99 (reiteradas, entre otros in re ‘Banco Quilmes S.A.’, del 12/10/99), a los que, en mérito a la brevedad, corresponde remitirse en lo que resulta de pertinente aplicación al sub-lite, dándolas por reproducidas como parte integrante de la presente resolución, debiendo agregarse fotocopia certificada por Secretaría de aquel precedente para conocimiento de las partes.”⁶⁸⁴

⁶⁸¹ Reconocen que el acceso no es fácil y que eso es lo que motiva agregar copias. CNACAF, Sala I, “Calidonia Argentina Cía de Seguros S.A. (TF 13687-I) c/DGI”, Expediente n° 13040/97, sentencia del 19 de marzo de 1998.

⁶⁸² CNACAF, Sala II, “Soto Raúl Valentín y otros c/M° de Economía y O.S.PÁG.D. Gral. F. M. s/daños y perjuicios”, Expediente n° 3676/97, sentencia del 22 de febrero de 2001, considerando 4°.

⁶⁸³ CNACAF, Sala II, “Televisión Federal SA – TELEFE SA c/EN – dto. 1214/03 s/proceso de conocimiento”, Expediente n° 37384/2003, sentencia del 8 de abril de 2008, considerando iv; “América TV SA y otro c/EN – Dto. 1214/03 s/proceso de conocimiento”, Expediente n° 28184/2003, sentencia del 24 de julio de 2008, considerando iv.

⁶⁸⁴ CNACAF, Sala I, “Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C. y G. (TF 16.198-I) c/DGI”, Expediente n° 34493/99, sentencia del 24 de febrero de 2000.

Esto merece diversas reflexiones. Por un lado, queda de manifiesto que los jueces —a veces— no consideran suficiente remitirse al precedente para dictar una sentencia válida, como sucedería en cualquier país que posea una doctrina del precedente obligatorio. El razonamiento parecería ser que, si no se incorporase una copia exacta de aquello a lo que se remite, la sentencia estaría incompleta o insuficientemente fundada. Esto último se desprende de que los jueces no solo deciden incorporar la copia del precedente, sino que indican precisamente que aquel se considerará parte integrante de la sentencia. Incluso, ha habido casos en los que la CNACAF cuestionó la validez de la sentencia de un juez de primera instancia en la que se remitiera a otra sin acompañar la copia correspondiente:

...nada impide que el sentenciante se remita a la solución dada en otro caso análogo, pero ello bajo la condición de que agregue a la decisión copia del precedente que invoca, de manera de permitir a las partes ejercer sus derechos en las instancias superiores (esta Sala, 7-7-87, 'Huamac Patagónica S.A.I.C. s/apelación')⁶⁸⁵.

Por otro lado, la práctica de acompañar copia del precedente invocado deja en evidencia que los jueces están al tanto de que sus sentencias no son de fácil acceso. En algunos casos, los magistrados solicitan incluso que esas copias sean certificadas por Secretaría y, en otros, se citan revistas o suplementos privados en las que la parte puede consultar la sentencia a la que se remite. Por último, hay causas en las que los jueces ordenan acompañar copia para que las partes “tomen debido conocimiento” de ese precedente, como si no pudieran tomar ese debido conocimiento por otro medio.

Queda claro que el modo de proceder respecto de la incorporación o no del precedente al que se remite dista mucho de ser uniforme; como se vio en los ejemplos mencionados, hay otros casos en los que los jueces remiten a un precedente sin indicar mayores fundamentos ni tampoco agregar el texto de ese precedente a la sentencia. Y, finalmente, hay otros en los que se limitan a indicar a las partes que pueden consultar las sentencias en la página web o solicitar una copia en el tribunal. Por ejemplo:

Regístrese, notifíquese y por economía procesal, hágase saber que los precedentes 'Amatta' y 'Nestico', a los que se remite, se encuentran a su disposición en esta Sala y devuélvase.⁶⁸⁶

Esta práctica es un ejemplo más en el que se visualiza la inconsistencia que existe entre distintas salas y entre distintos jueces en el obrar en torno al precedente. El extremo de esta inconsistencia quedó de manifiesto en una causa en la que uno de los jueces, en su voto, se remitió en un todo a los fundamentos vertidos en su voto en otro precedente, sin

⁶⁸⁵ CNACAF, Sala IV, “Biglia, Juan Carlos c/Banco Interfinanzas S.A. y otros s/juicios de conocimiento en general”, Expediente N° 25868, sentencia del 14 de septiembre de 1992.

⁶⁸⁶ CNACAF, Sala III, “Godoy Roberto Daniel y otros c/M° Interior s/pers. Militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 115755/02, sentencia del 4 de noviembre de 2006.

desarrollarlos, transcribirlos o acompañar copia, mientras que otro de los jueces, en su voto, se remitió a un precedente cuya copia ordenó que se acompañase⁶⁸⁷.

ii. El uso de la expresión “cuestión planteada” y su identificación

La cuestión planteada —llamada, en inglés, *issue*— en el *common law* es el interrogante jurídico principal que el juez debe resolver en un determinado caso. También se la denomina “cuestión controvertida” o “cuestión debatida”. En general, es respecto de esta cuestión planteada que se desarrolla la doctrina del precedente obligatorio, en el sentido de que lo relevante en la correcta aplicación de esa doctrina es que específicamente esa cuestión sea resuelta del mismo modo en que cuestiones similares lo han sido en casos anteriores. Pero ello no quita que se utilicen precedentes para resolver cuestiones planteadas incidentales, secundarias o anexas.

A partir del análisis de la jurisprudencia de la CNACAF, se advierte que los magistrados suelen referirse a la cuestión planteada del caso y relacionarla con cuestiones planteadas en casos anteriores; un proceso de razonamiento típico en la aplicación de la doctrina del precedente. En ocasiones, se utiliza concretamente el término “cuestión”, mientras que en otras se alude al “tema debatido”. En muchos sistemas de *civil law* —y, a veces, nuestros jueces lo hacen— se utiliza la expresión latina “*thema decidendum*” para hacer referencia a esta *issue* o cuestión planteada.

A continuación, se presentan algunos ejemplos de lo afirmado, sin perjuicio de que en la sección 6 pueden encontrarse muchos más:

(i) “Toda vez que la cuestión debatida en autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta por esta Sala in re: ‘Ferro Ivonne Santo Agustín y otros c/C.O.N.E.T s/juicio de conocimiento’ del 28 de diciembre de 1993 y ‘Leto, Herminia Amalia y otros c/C.O.N.E.T. s/juicio de conocimiento’ del 22 de marzo de 1994, razones de brevedad imponen la necesidad de remitirse a los fundamentos allí expuestos debiendo agregarse copia de dichas sentencias por Secretaría”⁶⁸⁸.

(ii) “...la cuestión guarda íntima relación con la decidida por la misma Sala...”⁶⁸⁹

⁶⁸⁷ Cfr. CNACAF, Sala I, “Camuzzi Argentina SA c/EN – M° EO y SP – Dto. 1533 s/ proceso de conocimiento”, Expediente n° 11335/99, sentencia del 24 de febrero de 2000. En el primer caso, se trata del voto del Dr. Buján. Por el contrario, en el voto del Dr. Litch en esa misma causa, se agrega copia del voto que se invoca.

⁶⁸⁸ CNACAF, Sala II, “Muiola, Carlos c/C.O.N.E.T. s/empleo público”, Expediente n° 4198/90, sentencia del 28 de julio de 1994.

⁶⁸⁹ CNACAF, Sala IV, “Negocios y Participaciones S.A. contra Dirección General Impositiva sobre Dirección General”, Expediente N° 4896/95, sentencia del 16 de marzo de 1998.

(iii) “Que en cuanto al plano sustancial del conflicto, el tema debatido es idéntico al que la Sala resolviera en la causa n° 6685/95...”⁶⁹⁰

(iv) “Que toda vez que las cuestiones planteadas en la presente litis respecto de los Dtos. 1104/05 y 1095/06 resultan sustancialmente análogas a las de los autos ‘Silva Daniel Alfredo...’ (...) es que cabe remitirse a lo allí expuesto y agregar copia como parte integrante de este pronunciamiento.”⁶⁹¹

Si bien es destacable que los magistrados reconozcan, en el texto de la sentencia, la existencia de la cuestión planteada, lo cierto es que la técnica de identificación y explicitación de esa cuestión es deficiente: muchas veces, se la da por supuesta sin siquiera identificársela⁶⁹² y, otras tantas, no se aplica una técnica paralela —y fundamental en la aplicación de la doctrina del precedente— de identificación de la *ratio*. En efecto, del análisis jurisprudencial efectuado en la CNACAF se advierte que la extrapolación de párrafos, oraciones o principios jurídicos abstractos de otras sentencias no viene acompañada de un análisis previo y una justificación posterior que indiquen por qué eso que se extrapoló es la *ratio* de aquel precedente y no un mero *obiter*.

iii. La invocación de la “analogía”

En otra parte de la tesis⁶⁹³ se ha visto que la aplicación del precedente obligatorio no puede identificarse completamente con el razonamiento analógico del ser humano, pues este implica la selección de fuentes útiles al razonador, mientras que el precedente obligatorio se impone como fuente sin que el sujeto pueda considerar ni su selección ni su utilidad.

La verdadera doctrina del precedente obligatorio es aquella en donde el sujeto que sigue o aplica el precedente no está autorizado a juzgar sus fundamentos, la justicia o el acierto de la solución que el precedente determina; simplemente debe aplicarlo en razón de su autoridad.

De tal modo, en el deber jurídico de seguir el precedente, el razonamiento analógico es utilizado por el aplicador únicamente para determinar comparativamente si existe o no

⁶⁹⁰ CNACAF, Sala V, “Jalil Felipe Honorio c/Caja Retiro Jubilaciones y Pensiones Policía Federal”, Expediente N° 11998/97, sentencia del 23 de agosto de 1999.

⁶⁹¹ CNACAF, Sala V, “Uranga María Paula y otros c/EN – M° Defensa – Ejército Dto. 1104/05 1095/06 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 1171/2009, sentencia del 22 de junio de 2012, considerando III.

⁶⁹² Esto provoca, además, una disminución del valor de esa sentencia, no solo como precedente para futuros casos, sino también como acto institucional del poder judicial dirigido a una gran cantidad de receptores: el particular que debe recurrirla, un juez del tribunal superior que debe revisar su validez, el abogado que debe estudiar el estado de la jurisprudencia para asesorar a su cliente, el empresario que pretende celebrar sus contratos de acuerdo a la doctrina de los tribunales o aquella persona que quiere ejercer, en ejercicio de su derecho y deber, el control sobre el poder judicial o simplemente mantenerse informado sobre cómo se administra justicia en su país.

⁶⁹³ Cfr. capítulo III, §3.B.

semejanza entre las circunstancias fácticas relevantes de una fuente que le viene impuesta, pero no para seleccionar esa fuente ni juzgarla por su contenido.

Es necesario tener presente esta distinción a la hora de analizar el uso de la analogía en la práctica de la CNACAF, con el fin de determinar si ese uso refleja una concepción de precedente obligatorio o si, más bien, se asemeja al razonamiento análogo liso y llano, en el que el sujeto se siente habilitado para la selección y apreciación de la fuente.

A continuación, se transcribirán entonces algunos ejemplos encontrados durante el trabajo de campo, en los que los jueces mencionan el término analogía o sus derivados en relación con el precedente. Posteriormente, se realizará el análisis cualitativo de esos ejemplos.

(i) “Sentado todo lo expuesto, y frente al marco fáctico y jurídico verificado en autos, corresponde destacar que las cuestiones traídas a conocimiento de este Tribunal, han recibido adecuado análisis y tratamiento en precedentes de esta Cámara de Apelaciones que, cabe adelantarlos, resultan contrarios a las pretensiones articuladas por EDESUR.

En efecto, la materia en debate es sustancialmente análoga a la examinada y resuelta por la Sala V del Fuero, al tener ocasión de expedirse respecto del *thema decidendum* planteado (...) Cabe señalar que los mencionados pronunciamientos han devenido firmes.

Asimismo, con criterio coincidente al anteriormente reseñado y con sustento en idénticos antecedentes fácticos, la Sala I de esta Excma. Cámara se expidió en la causa caratulada: n° 2940/03 ‘Edesur S.A. c/Consortio de Propietarios Alvear 1535 de Cap. Fed. s/Proceso de Conocimiento’, del 27/04/10 (...) En definitiva, teniendo en cuenta lo peticionado por la actora, la analogía fáctica del presente caso con los precedentes *ut supra* señalados, que arrojan una visión desfavorable para la accionante y lo dispuesto en la Ley de Servidumbre Administrativa de electroducto n° 19.552, no puede válidamente sostenerse que ella autorice su constitución por el instituto de la usucapación...”⁶⁹⁴

(ii) “En las condiciones descriptas, debe ponerse de resalto que para la solución del caso, resultan plenamente aplicables las consideraciones esbozadas y las conclusiones alcanzadas por este Tribunal al pronunciarse en autos: ‘Amed, María Cristina y otros c/E.N. – M° Seguridad G.N. s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.’, el 23/6/2016; causa en la que se examinó un planteo sustancialmente análogo al aquí articulado pero en lo que respecta a la modificación dispuesta por decreto N° 679/1997 con relación a los porcentajes a descontar en caso de personal retirado de la Gendarmería Nacional, más no en actividad como en la especie.

Al punto, explíquese que la similitud —en cuanto a la mecánica establecida del régimen de aportes para el personal en actividad y el del personal en pasividad de la fuerza armada en

⁶⁹⁴ CNACAF, Sala II, “EDESUR S.A. c/Consortio Propietarios Carlos Pellegrini 501/513 s/Proceso de Conocimiento”, Expediente n° 31389/2007, sentencia del 7 de julio de 2016, considerando VIII

cuestión (previsto originalmente en el decreto-ley 22.788), así como entre las modificaciones introducidas en uno y otro caso por decreto N° 679/1997, y la analogía entre los planteos formulados al respecto en el precedente indicado y en estos actuados, son circunstancias que justifican el seguimiento del criterio sentado en esa oportunidad para decidir el caso sub examine.⁶⁹⁵”

(iii) En tal sentido, es de acotar que la Sala III del Fuero en oportunidad de sentenciar con fecha 7/8/86 el expediente ‘Olivetti Arg. S.A.C.I.’, que guarda marcada analogía con el de autos, expresó, en términos que se comparten...⁶⁹⁶”

(iv) “En tales condiciones, cuadra puntualizar que las cuestiones que aquí se debaten resultan esencialmente análogas, inclusive en sus presupuestos fácticos, a las que se decidieron en los autos ‘Constantini, Silvio’...⁶⁹⁷”

(v) “... esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en un caso con ribetes fácticos y jurídicos análogos a los que refleja el sub-lite, al dictar pronunciamiento en la causa ‘Acosta, Andrés y otros’, del 18 de diciembre de 2001 (conf. asimismo, ‘Avedaño, Jorge R. y otro’, del 14/2/02) (...) por lo que resultan plenamente aplicables al sub-examine las consideraciones que surgen de los precedentes mencionados en el Considerando III.”⁶⁹⁸

(vi) “Que la presente causa guarda sustancial analogía con la resuelta por esta Sala con fecha 26 de septiembre de 1980 en el expediente C-2328, seguido entre las mismas partes, —cuya fotocopia autenticada se agrega a autos— y a cuyos considerandos cabe remitirse en mérito a la brevedad.”⁶⁹⁹

(vii) “Cabe aclarar que conforme la doctrina de esta Sala que el régimen de la ley 19373 es semejante al establecido en materia de retiros por su similar 19.101.

En tales circunstancias si bien no resultarían directamente aplicables las soluciones dadas para el estatuto del personal Civil de Inteligencia y su decreto reglamentario, sí cabe aplicarlas por analogía, por tratarse de idénticos adicionales y de regímenes semejantes (conf. esta Sala in re ‘López Delgado’ del 8/11/04, ‘Oyhamburu’ y ‘Marini’, ambos del 27/7/05).⁷⁰⁰”

⁶⁹⁵ CNACAF, Sala II, “Carabajal, Sergio Roque y otros c/EN – M° Justicia – GN – Dto 679/97 y otros s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente n° 6196/2009, sentencia del 25 de agosto de 2016.

⁶⁹⁶ CNACAF, Sala I, “Olivetti Argentina S.A. c/Est. Nac. (A.N.A.) s/Imposición de multa”, Expediente n° 15020, sentencia del 14 de agosto de 1990.

⁶⁹⁷ CNACAF, Sala I, “Ríos Enrique Francisco c/Administración Nacional de Aduanas s/Amparo”, Expediente n° 13528, sentencia del 17 de febrero de 1987, considerando III.

⁶⁹⁸ CNACAF, Sala I, “García, Romina Gabriela y otros c/EN – M° Interior PFA – Dtos 2744/93 y 1126/06 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, Expediente N° 25790/2007, sentencia del 3 de mayo de 2011.

⁶⁹⁹ CNACAF, Sala III, “Compañía Continental S.A. c/Administración Nacional de Aduanas s/recurso de apelación”, Expediente N° C-2313, sentencia del 3 de octubre de 1980.

⁷⁰⁰ CNACAF, Sala III, “La Regina Clelia Beatriz c/EN – SIDE – Dto. 2000/91 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 179.752/2002, sentencia del 16 de agosto de 2007.

(viii) “Que los presentes autos guardan substancial analogía con la causa que, tramitada entre las mismas partes, fue resuelta por esta Sala por sentencia del día de la fecha (Expte. P.1105) a cuyos considerandos cabe remitirse en mérito a la brevedad.⁷⁰¹”

(ix) “Resulta razonable la invocación de dicha doctrina a los fines de la solución del caso, dado el indudable paralelismo de las situaciones, toda vez que no se puede concebir que la misma norma tenga el carácter de bonificable para el personal en retiro y no para el personal en actividad, desde que el haber de pasividad se calcula a partir de la remuneración otorgada a los activos.⁷⁰²”

(x) “Que, toda vez que la cuestión debatida en autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta por esta Sala in re: ‘I.B.M. c/A.N.A. s/A.N.A.’ del 15 de diciembre de 1997, razones de brevedad imponen la necesidad de remitirse a los fundamentos allí expuestos debiendo agregarse copia de dicha sentencia por Secretaría.⁷⁰³”

(xi) “Que a su vez, cabe puntualizar que esta Cámara ha tenido oportunidad de examinar cuestiones substancialmente análogas a la materia ventilada en el sub lite, en las cuales, bajo un régimen legal igualmente semejante al que debe ser examinado para decidir este caso, se resolvió que los llamados ‘suplementos’ formaban parte del sueldo del personal en actividad...⁷⁰⁴”

A partir de las transcripciones efectuadas se puede concluir que el uso de la analogía en la aplicación de precedentes no manifiesta una consideración de ese precedente como de seguimiento obligatorio, sino lo contrario. El análisis que realizan los jueces —y que se encuentra implícito en los ejemplos mencionados— es el siguiente: se busca la analogía entre el caso que debe resolverse y el precedente, se analiza si esa analogía es sustancial y, si lo es, en muchos casos se analiza el contenido de ese precedente, considerándolo o no “adecuado” o “aplicable”, mientras que en otro consideran “justificada” su aplicación. Es decir, lejos de realizar el razonamiento propio de la doctrina del precedente en virtud del cual, hallada la analogía, se reconoce un deber jurídico de seguirlo, los jueces de la CNACAF utilizan la analogía como argumento para justificar que están siguiendo un precedente o como paso

⁷⁰¹ CNACAF, Sala IV, “Portofino S.A.I.C. s/apelación”, Expediente N° 1097, sentencia del 25 de julio de 1980. Aquí se percibe otra de las prácticas comunes en la cámara, que es resolver el mismo día dos causas con idénticas o análogas cuestiones planteadas, de modo de estudiar el tema una vez en profundidad y resolverlo de manera definitiva.

⁷⁰² CNACAF, Sala IV, “Nogueira Juan José y otros c/EN – M° de Defensa s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 21097/98, sentencia del 30 de junio de 2000.

⁷⁰³ CNACAF, Sala V, “I.B.M. Argentina S.A. c/Administración Nacional de Aduanas s/Administración Nacional de Aduanas”, Expediente N° 45861/95, sentencia del 20 de abril de 1992.

⁷⁰⁴ CNACAF, Sala V, “Graton Henry Ronal y otro c/M° de Defensa s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 6487/96, sentencia del 15 de diciembre de 1999.

previo a analizar el contenido de ese precedente para, en caso de que lo consideren apropiado, justo, razonable, aplicar su solución al caso que deben resolver.

Expresiones como que la aplicación del precedente “resulta razonable” o que el precedente trata “adecuadamente” las cuestiones planteadas reflejan un razonamiento analógico en el que el sujeto se considera habilitado, en primer lugar, a decidir si aplicar o no el precedente —selección de fuentes— y, en segundo, a juzgarlo por su contenido —apreciación de la utilidad, conveniencia, justicia de la fuente—.

Asimismo, existen casos en los que la aplicación analógica es deficiente y ni siquiera está centrada en los hechos relevantes, verbigracia cuando los jueces mencionan que el precedente es análogo “inclusive” en la plataforma fáctica o en los hechos.

iv. El uso del *distinguishing*

El análisis de la jurisprudencia de la CNACAF da cuenta de que sus jueces están familiarizados con la técnica del *distinguishing*⁷⁰⁵, propia del *common law*. En efecto, en más de una ocasión se analiza la plataforma fáctica del caso actual en comparación con algún precedente y, cuando encuentran diferencias que consideran sustanciales, justifican el apartamiento. Se le otorga una relevancia considerable a los hechos⁷⁰⁶, a diferencia de lo que se podría esperar de un tribunal del *civil law*. Verbigracia:

(i) “... en razón de no verificarse en el caso los presupuestos fácticos que inspiraran el criterio seguido por el Tribunal in re ‘Terminales Portuarias Argentinas S.A.’, del 28/10/99, tampoco es posible invocar válidamente lo resuelto en dicho precedente para resolver el subjúdice, habida cuenta de que en aquel supuesto, además de no haberse verificado, a diferencia de autos, período alguno que no hubiera sido garantizado —aunque más lo sea provisoriamente—...”⁷⁰⁷

(ii) “... la prueba producida en autos no permite asimilar el caso de autos al que el Tribunal decidiera el 25 de febrero de 1997 in re ‘Renedo, Ana Paula’, habida cuenta que en éste, no obstante lo impreciso de los testimonios, todos ellos, en lo substancial, eran coincidentes en cuanto a que en el mes de marzo de 1976 miembros de las fuerzas armadas y de la policía federal habían realizado un procedimiento en la finca en que habitaban los

⁷⁰⁵ Para un análisis de esta técnica, puede verse la sección 3.B del capítulo I.

⁷⁰⁶ Incluso, se revoca la sentencia de primera instancia que aplica un precedente de la Corte Suprema sin consideración de su aplicación concreta a los hechos del caso: “...entiendo que asiste razón a la apelante al señalar que el a quo ha resuelto la cuestión prescindiendo de las constancias de la causa, y mediante la aplicación dogmática de la doctrina que surge del fallo de la Corte Suprema citado, la que no fue debidamente relacionada con los hechos que constituyen el caso, circunstancia que descalifica su pronunciamiento...” (CNACAF, Sala I, “Antonio María Delfino SANC (TF 8213-A) c/DGA”, Expediente N° 8892/98, sentencia del 14 de marzo de 2000, del voto mayoritario del Dr. Buján).

⁷⁰⁷ CNACAF, Sala I, “Hilo Musical S.A. c/AFIP – DGI – Resol. 23-IV-99 s/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 18130/99, sentencia del 8 de febrero de 2000.

posteriormente desaparecidos, deteniéndose a sus moradores, clausurándose el inmueble y cerrándose la cuadra...”⁷⁰⁸

(iii) “... en esa línea vale agregar que la Sala V de esta Cámara en un caso similar al presente si bien admitió la demanda articulada por la firma Magnetti Marelli Arg. SA, dirigida a obtener la devolución de los impuestos pagados indebidamente con sustento en el programa de intercambio compensado reglado por el decreto 33/96, lo supeditó a ‘que exista saldo positivo a su favor, condición necesaria para acceder al beneficio instruído por el decreto 33/96’ (cfr. Sala V in re ‘Magnetti Marelli Argentina SA (TF 15.074-A) c/DGA’ del 22/2/07), en el presente caso no se probó sino que ese salvo resultaba insuficiente, por ende, se rechazó la demanda.”⁷⁰⁹

(iv) “El caso no es igual al precedente de la Sala III en la causa ‘Wik, Alfredo Crisanto c/Estado Nacional (Estado Mayor General de la Armada) s/regularización’ fallada el 5 de noviembre de 1991, donde dicho conocimiento se afirma y resultaría imputable a la parte la falta de cuestionamiento de los argumentos que sustentaron la resolución que dispuso el pago de los haberes no prescriptos invocando el art. 4027 del Código Civil, según el cual prescribe a los cinco años las obligaciones que deben pagarse por años o plazos periódicos más cortos...”⁷¹⁰

(v) “Que cabe decir acerca del precedente que invoca la apelante, emanado del Tribunal, en el que se resolvió reconocer un beneficio pensionario a favor de la hija de un causante, viuda sin medios, que las características del caso —el padre de la pensionista había fallecido días antes de entrar en vigor la norma que reconocía el beneficio pensionario a los derechohabientes— no puede traer ánimo a favor de la recurrente...”⁷¹¹

(vi) “Que, por lo demás, en razón de no verificarse en el caso los presupuestos fácticos que inspiraron el criterio seguido por el Tribunal in re ‘Terminales Portuarias Argentinas S.A.’, del 28/10/99, tampoco es posible invocar válidamente lo resuelto en dicho precedente para resolver el subjúdice, habida cuenta que en aquel supuesto, además de no haberse verificado, a diferencia de autos, período alguno que no hubiera sido garantizado —aunque más lo sea provisoriamente—, lo cierto es que la solución allí adoptada también con carácter

⁷⁰⁸ CNACAF, Sala I, “Gallego Soto Víctor Julio c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 41672/94, sentencia del 16 de marzo de 2000, del voto mayoritario del Dr. Buján.

⁷⁰⁹ CNACAF, Sala I, “Magnetti Marelli Arg. S.A. c/DGA Resol 65/02 Expte. 443479/98 c/Dirección General de Aduanas”, Expediente N° 125.110/2002, sentencia del 20 de septiembre de 2011.

⁷¹⁰ CNACAF, Sala II, “Gómez, Eduardo Enrique c/Estado Nacional – E.M.G. Armada s/ haber de retiro de Fuerzas Arm. y de Seg.”, Expediente n° 20537/93, sentencia del 30 de junio de 1994, considerando v.

⁷¹¹ CNACAF, Sala I, “Niella Percira, María Cristina c/Ministerio del Interior (Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal) s/recurso de apelación”, Expediente n° 309, sentencia del 14 de noviembre de 1978.

cautelar, precisamente lo fue en el marco de la interpretación y aplicación de lo dispuesto en el régimen de...”⁷¹²

(vii) “La cita del precedente de la Sala I ‘Assad Marta y otro c/B.C.R.A. s/juicio de conocimiento’ del 28 de setiembre de 1994, que suscribí cuando integraba dicho Tribunal no es adecuada. En aquella especie, la demanda fue rechazada porque la remisión de talonarios de certificados en blanco desde el depósito central en Bahía Blanca demostraba, por su numeración, que era imposible que se hubiera emitido en la sucursal Comodoro Rivadavia (Chubut) el certificado 674.073, debido a que los certificados llegaron a la sucursal el 10.3.89 cuando la fecha del título era del 3.3.89...”⁷¹³

(viii) “En lo que respecta a la aplicabilidad del citado precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cuestión no puede ser dudosa. El hecho de que la demandada encuentre diferencias puntuales entre el caso de autos y ‘Candy’ obliga, en todo caso, a establecer si tales diferencias son relevantes y justifican alcanzar una conclusión diferente. Ello depende de una cuestión de prueba, ya que en el citado precedente la Corte ha fijado un estándar con arreglo al cual debe establecerse si las normas que impiden realizar el ajuste por inflación poseen efectos confiscatorios sobre el patrimonio del contribuyente.”⁷¹⁴

(ix) “Que no obstante haberme expresado en una situación que podría parecer similar en autos ‘Barrientos Hugo Rafael c/EN – M° Justicia – Resol. 78/03 Dto. 864/03 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg’, N° 11108/2006, sentencia del 4 de mayo de 2010, corresponde arribar a una conclusión diferente, toda vez que las características de las causas también lo son, en particular, el carácter extraordinario de la convocatoria de la Junta Superior de Calificaciones que existió en la causa citada y que no se da en la presente.”⁷¹⁵

(x) “Que las circunstancias fácticas de la causa no se ajustan a aquellas que originaron el pronunciamiento de esta Sala *in re* ‘Fisco Nacional c/Flores’, pues el pago —en ese precedente que cita el Fisco— fue realizado mediando mora por parte de la ejecutada...”⁷¹⁶

(xi) “Que la conclusión que se extrajo en el precedente de esta Sala citado por la actora, acerca de incumplimientos efectuados en muy corto lapso, estaba allí respaldada por circunstancias que ni siquiera se han invocado en autos (la situación provocada por recíproco incumplimiento y la negligencia de la demandada estatal en el pago de la debida retribución;

⁷¹² CNACAF, Sala I, “Hilo Musical S.A. c/AFIP – DGI – Resol. 23-IV-99 s/Dirección General Impositiva”, Expediente n° 18130/99, sentencia del 8 de febrero de 2000.

⁷¹³ CNACAF, Sala V, “Naveyra José Luis y otros c/B.C.R.A. s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 42441/95, sentencia del 22 de noviembre de 1995.

⁷¹⁴ CNACAF, Sala V, “SIAT SA c/PEN – M° Economía – AFIP – Ley 24073 s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 18384/2003, sentencia del 5 de julio de 2011, considerando III.1.

⁷¹⁵ CNACAF, Sala V, “Gibellini Selva Paola c/EN – MJ y DDHH – SPF (Ley 20416) s/personal militar y civil de la FFAA y de Seg”, Expediente N° 37996/2006, sentencia del 30 de agosto de 2011, considerando V.

⁷¹⁶ CNACAF, Sala III, “Fisco Nacional (A.N.A.) c/Kristal, Ezequiel Salomón David s/ejecución fiscal”, Expediente N° 3409, sentencia del 24 de junio de 1982.

considerandos 3º, 6º, 7º y 9º de la causa ‘Sánchez José A.’ del 10 de junio de 1981). Ninguna influencia puede tener así en lo que aquí se resuelve.”⁷¹⁷

(xii) “Que el precedente ‘Bocchicchio’ del 7/3/85 (Sala IV) se refiere a un supuesto de importación y las circunstancias difieren por completo de las que aquí resultan del expediente administrativo.”⁷¹⁸

(xiii) “Que en el precedente de la Sala I de esta Cámara que invoca la actora en sus agravios (‘Battisti SA c/ANA’ del 21/10/86) se ponderó, para desincriminar la conducta de la imputada, además de su presentación espontánea —análoga a la del caso— la discordancia de criterio sobre la eficacia de esa rectificación que se observó entre sus oficinas internas (Departamento Técnica Aduanera y el de Asuntos Jurídicos); discrepancia que no se advierte en el sub examine.”⁷¹⁹

(xiv) “Finalmente, los precedentes invocados (sentencia de la Sala IV confirmada por la Corte en “Fallos” 306:1801, y de la Sala I in re ‘Bucafusca de Basade’ del 10/11/88) difieren en sus supuestos fácticos, pues en el primero se trataba de un retiro obligatorio y no voluntario y no refiere el segundo si el agente se encontraba o no en actividad al tiempo de su muerte.”⁷²⁰

(xv) “Que los distintos precedentes invocados por la demandada no abonan su postura: a) La Sala II de este Tribunal en la causa ‘Perotti’, del 10/9/92, si bien señaló que el interesado en defender la validez de un acto tildado de simulado por un tercero debe colaborar en la demostración de la sinceridad, destacó principalmente que la carga de alegar al proceso la prueba de la simulación recae en el Banco Central (conf. cons. 4 de ese decisorio lo que en la causa no aconteció). No resulta ocioso destacar que en aquellos autos se admitió la demanda entablada por un depositante de la Caja de Crédito ‘La Argentina’; b) En la causa ‘Sini de Torresi’ (del 7/7/88) esta Sala no subordinó la procedencia de la garantía legal de los depósitos a las exigencias que menciona la recurrente a fs. 615, sino que ante las especiales circunstancias del caso —en el que se había constatado la captación de fondos en el mercado interempresario bajo la apariencia de inversiones garantizadas por la ley de entidades financieras—, se consideró que el B.C.R.A. se encontraba habilitado para solicitar la acreditación del origen y disponibilidad de los fondos que se decían impuestos; c) Esta Sala in re ‘Laplacette de Gassiebayle’ (del 19/11/92), como bien transcribe la demandada ponderó la existencia de un requerimiento particular por parte del Banco Central —ausente en la presente Litis, como se destacó en el considerando 4— cuya contestación arrojó

⁷¹⁷ CNACAF, Sala III, “Bettazza de Chaves Neli Teresa c/Caja Nacional de Prev. Indust. Com. y Act. Civ. s/cobro de pesos – daños y perjuicios- indemnización”, Expediente N° 9406, sentencia del 13 de agosto de 1985, considerando 10.

⁷¹⁸ CNACAF, Sala III, “Frigorífico Rafaela y Carlos D’Orsi c/Administración Nacional de Aduanas s/nulidad de resolución”, Expediente N° 14145, sentencia del 13 de agosto de 1987.

⁷¹⁹ CNACAF, Sala III, “Cosmar S.R.L. s/Apelación T.F.N.”, Expediente N° 15912, sentencia del 26 de abril de 1988.

⁷²⁰ CNACAF, Sala III, “Menendez Rosario América c/Mº del Interior (Policía Federal) s/pensión policial”, Expte. 23381, sentencia del 21 de mayo de 1991.

contradicciones y serias dudas acerca de la verosimilitud de la operación (ver Considerandos 4 y 6); de modo similar a lo acontecido in re ‘Galarraga’ (Sala IV 3/3/87) y en el fallo de esta Sala en los autos ‘Rosembaum de Litvin’.”⁷²¹

(xvi) “Y en razón de esta particularidad no resulta de aplicación el precedente citado por el actor en su escrito de agravios (esta Cámara, Sala I, Causa 1904/97 del 14.9.00...), pues en el caso aquí analizado ha sido el cumplimiento de la previsión contenida en la última parte del art. 40 inc. a) de la ley orgánica ya citada, el elemento diferencial que habilitó la decisión de pase a retiro.”⁷²²

(xvii) “Respecto al caso ‘Mapis’ (sentencia del 20 de noviembre de 1980, Sala II), invocada por el apelante, cabe señalar que en él se discutía la procedencia del otorgamiento de retiro a un conscripto accidentado en el cuartel en horas de descanso. Es decir una situación totalmente distinta a la presente pues allá se trataba de un soldado conscripto bajo armas en cumplimiento de una carga pública.”⁷²³

(xviii) “Comparto lo sostenido por mi distinguido colega preopinante, dejando aclarado que tal coincidencia no es contradictoria con la disidencia sostenida por mí en la sentencia de esta Sala, con una integración diferente, dictada el 28 de febrero de 1989, en la causa ‘Schiavo, Horacio Atilio c/Estado Nacional (Min de Justicia)’, en la cual reconocí el derecho al actor que también pretendía el reconocimiento del suplemento por título profesional. Ello así por cuanto en el precedente mencionado, consideré que el actor se encontraba protegido por un derecho adquirido a seguir percibiendo el suplemento en cuestión del que gozaba con anterioridad a la nueva reglamentación. En el presente caso, los demandantes no percibían al momento de demandar el complemento por título que reclaman.”⁷²⁴

(xix) “Del resultado de las constancias de autos, el caso bajo examen se distingue de los supuestos resueltos por esta Sala con relación a la aplicación de las leyes 24073 y 24463, a partir de las sentencias en las causas ‘Banca Nazionale del Lavoro S.A. c/Fisco Nacional (D.G.I.)’ del 17 de noviembre de 1998 y ‘Sancor...’ (...) En los términos estrictos de dichos precedentes, siendo que al momento de la presentación de Newfor S.A. ante la Dirección General Impositiva regía el artículo 33 de la ley 24073 (...)”⁷²⁵

⁷²¹ CNACAF, Sala III, “Goñi Casaux Rita Marta c/B.C.R.A. s/juicio de conocimiento”, Expediente N° 24728, sentencia del 22 de marzo de 1994.

⁷²² CNACAF, Sala III, “Marroquín Urquiola Ignacio Francisco c/EN – M° del Interior Prefectura Naval Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 41836/99, sentencia del 19 de julio de 2007.

⁷²³ CNACAF, Sala IV, “Ruiz, José María c/Estado Nacional s/ordinario”, Expediente 1005, sentencia del 18 de febrero de 1982.

⁷²⁴ CNACAF, Sala IV, “Pose Enrique Mario y otros c/Estado Nacional M° de Justicia s/empleo público”, Expediente N° 36583/96, sentencia del 13 de abril de 2000, del voto del Dr. Galli.

⁷²⁵ CNACAF, Sala IV, “Newfor S.A. c/Dirección General Impositiva s/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 13752/96, sentencia del 6 de abril de 2000, del voto del Dr. Uslenghi.

(xx) “Pienso que no es aplicable aquí el criterio que inspiró la sentencia de la Sala recaída en la causa ‘Burbridge’, de fecha 19 de marzo ppdo., en la que quedó resuelto que la parte demandada (Estado Nacional – Ministerio de Justicia), debe abonar a la accionante la indemnización prevista en el art. 4° de la Ley N° 22.160. Estas razones informan mi punto de vista: el citado precedente trata de una prescindibilidad dispuesta conforme con lo previsto en el artículo 1° de la Ley N° 21.274, generadora de una indemnización actualizada con arreglo a la susodicha Ley 22.160; el *sub examine* versa en cambio sobre una medida similar ordenada en los términos de la Ley N° 20.713.”⁷²⁶

En ocasiones, lo que se distingue no es la plataforma fáctica de un caso u otro, sino más bien el desarrollo procesal, la prueba, la pretensión o la cuestión planteada. Normalmente, este *distinguishing* responde a una previa petición de una de las partes para que se aplique algún precedente:

(i) “Que en lo que respecta a la pretendida aplicación del precedente de la Sala V de esta Cámara —‘Ferrero Lorena Andrea y otro c/E.N. M° Justicia – P.F.A.- dto. 436/94 s/personal militar y civil de las F.F.A.A. y de seg.’— cabe indicar que ello resulta improcedente en la medida en que, tal como se explicó en el Considerando V de la presente, la parte actora no pretendió el reconocimiento del carácter remunerativo y bonificable del suplemento establecido por el Decreto n° 436/94, sino que su pretensión se dirigió estrictamente a la correcta liquidación y consecuente pago (...) Por lo tanto, los términos en los cuales fue planteada la demanda determinan la inaplicabilidad de dicho precedente.”⁷²⁷

(ii) “Que, resta aclarar que los precedentes de este Fuero invocados por la demandada en su fundamentación (‘Albarracín’, de esta Sala; y ‘Juárez’ y ‘Padilla’ de las Salas III y V, respectivamente), difieren del *sub examine*, por cuanto, en tales casos, el Estado Nacional había opuesto la excepción de prescripción al momento de contestar demanda. En suma, los fallos citados no son en modo alguno aplicables al caso de autos.”⁷²⁸

(iii) “Tampoco puede servir como guía el fallo de la Sala II del Tribunal, invocado por la apelante, por cuanto en él se alude —lo que en autos no ocurre— a una norma que no había sido cuestionada.”⁷²⁹

⁷²⁶ CNACAF, Sala I, “Montoya, Gilda Etelina c/Gobierno Nacional (Ministerio de Bienestar Social) s/cobro de haberes”, Expediente 1361, sentencia del 21 de abril de 1981.

⁷²⁷ CNACAF, Sala II, “García Luis Adrián c/E.N. – M° Seguridad –SSI – PÁG.F.A. – Dto. 2136/94 y otro s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, Expediente n° 22114/2012, sentencia del 21 de abril de 2016, considerando IX.

⁷²⁸ CNACAF, Sala II, “Bergero, Diego Fernando y otros c/E.N.-M° Defensa – F.A.A. – Dto. 1897/85 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, Expediente n° 17757/2010, sentencia del 4 de agosto de 2016, considerando VIII.

⁷²⁹ CNACAF, Sala II, “Forestieri Antonio V. c/Estado Nacional (M.B.Social) s/nulidad de resolución”, Expediente n° 17, sentencia del 1° de abril de 1980.

(iv) “Esta coyuntura procesal, establece un distingo que impide en el sub judice extender las consideraciones que hiciera valer la Sala III en el caso invocado por la demandada, en su responde...⁷³⁰”

(v) “Que en la providencia de fs. 152 al desestimar la revocatoria interpuesta, la Sra. Juez cita un precedente jurisprudencial (‘Dic’s Internacional S.A. y otros c/E.N. – DGI-Poder Judicial de la Nación’, Sala III, de fecha 19-9-95) que responde a circunstancias fácticas y jurídicas diferentes a las del presente caso, pues en el antecedente citado la acción contra el Fisco es por daños y perjuicios en tanto y como ya se ha manifestado en el presente caso se debate una temática tributaria regulada por lo prescripto en la ley 11.683, no siendo en consecuencia acertado invocarlo como basamento de la resolución adoptada.⁷³¹”

(vi) “Que si bien la Sala en numerosos precedentes ha revocado sentencias del Tribunal Fiscal en cuestiones sustancialmente análogas a las aquí debatidas, no puede dejar de señalarse que en todas ellas se contó con un ‘certificado de origen’ con el cual se pudiera analizar si las mercaderías insertas en él podían ser consideradas como de origen a los fines de la preferencia arancelaria estipulada en los acuerdos respectivos.⁷³²”

(vii) “Que, a mayor abundamiento, no resulta aplicable en este caso la doctrina del fallo de la Sala I de este fuero en la causa ‘Caro, René E. y otros c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)’, del 11/11/92, toda vez que la cuestión en él planteada condujo a decidir si el adicional por ‘dedicación a la docencia’ hubo reemplazado el adicional por ‘dedicación exclusiva’, argumento ajeno a estos autos...⁷³³”

En otros casos, el uso de la técnica es deficiente, en tanto se señalan diferencias sin explicar en qué consisten o por qué no son lo suficientemente relevantes para apartarse del caso.

Por ejemplo, en este caso, la sala indica expresamente que el precedente había resuelto un supuesto distinto y, sin embargo, igualmente es invocada y aplicada la *ratio* que de él surgiría, sin explicar adecuadamente por qué esa diferencia previamente reconocida no es suficiente para efectuar un *distinguishing*:

es de destacar que en oportunidad de dictar sentencia el 14 de agosto de 1990 in re ‘S.A. Talleres Metalúrgicos San Martín TAMET c/A.N.A. s/recurso de apelación’ —aun

⁷³⁰ CNACAF, Sala I, “Plaza, Esteban c/Estado Nacional (Secretaría de Inteligencia de Estado) s/ordinario”, Expediente n° 12129, sentencia del 27 de octubre de 1987.

⁷³¹ CNACAF, Sala V, “Petroquímica Cuyo S.A.I.C. c/D.G.I. s/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 40544/95, sentencia del 28 de febrero de 1996.

⁷³² CNACAF, Sala V, “Autolatina Argentina SA (TF 8764-A) c/DGA”, Expediente N° 16032/99, sentencia del 3 de noviembre de 1999.

⁷³³ CNACAF, Sala III, “Burgues, Roberto y otro c/Consejo Nacional de Educación Técnica s/empleo público”, Expediente N° 14613/92, sentencia del 15 de junio de 1995, considerando 7°.

cuando allí se juzgaba un supuesto distinto del que aquí se examina en tanto se trataba de la falta de correspondencia entre el número de factura y el expresado en el certificado—, este Tribunal sostuvo que ‘no puede reputarse meramente formal la circunstancia de que las facturas comerciales agregadas no guarden la debida correlación con la numeración consignada en los certificados de origen, puesto que la ausencia de tal extremo impide tener por debidamente acreditado que la mercadería a la que hacen referencia dichas facturas se encuentran alcanzadas por la exención tributaria...’⁷³⁴»

En este otro supuesto, se reconoce que existen diferencias entre los hechos de la causa actual y los hechos de la causa precedente, pero no solo no se indican cuáles serían esas diferencias, sino que se manifiesta, genéricamente, que ellas no obstaculizan la aplicación del precedente, sin explicar por qué, es decir, sin justificar que esas diferencias no son lo suficientemente relevantes para efectuar el *distinguishing*:

Que, conforme lo sostuviera este Tribunal al dictar sentencia el 28 de febrero del corriente año in re ‘Alba Cia de Seguros SA c/DGA’ —y más allá de las diferencias que se advierten en cuanto a las circunstancias de hecho que dieron origen a la presente causa respecto del precedente antes citado, las que por cierto ninguna incidencia tienen en cuanto a la solución allí alcanzada—, en la causa resulta aplicable la doctrina que surge del pronunciamiento emitido por esta Sala —con una composición que difiere de la actual— in re ‘Ferrum SA de Cerámica y Metalurgia y otro s/apelación TFN’, del 11 de febrero de 1992, en virtud de la cual corresponde revocar el pronunciamiento apelado.⁷³⁵

Esto, por un lado, es una grave deficiencia en la aplicación de la técnica que compromete la fundamentación de la sentencia y el derecho de las partes a recibir una decisión adecuadamente justificada. Por el otro, debilita la sentencia como precedente, pues quien quiera valerse de ella para aplicar la *ratio* que contiene, no tendrá los elementos de análisis suficientes —o, al menos, no tendrá las herramientas para comprender cómo fueron analizados esos elementos por los jueces— que le permitan comparar su caso con este y con el caso que esta sentencia cita.

Lo mismo sucede en otros casos, en los que la diferencia que justifica el *distinguishing* no es identificada:

⁷³⁴ CNACAF, Sala I, “CIADEA S.A. (TF 8135-A) c/A.N.A, Expediente N° 22258/97, sentencia del 2 de marzo de 2000.

⁷³⁵ CNACAF, Sala I, “Autolatina Argentina SA (TF 9282-A) c/DGA”, Expediente N° 174/01, sentencia del 28 de febrero de 2002, considerando II.

(i) “Que lo expuesto no contradice la doctrina sentada por esta Cámara en el precedente que los actores invocan (Sala II, 20/9/88 ‘Longobuco’, en copia a fs. 222/3), ceñido a circunstancias del caso distintas a las del presente; ni la fijada por la Corte Suprema...”⁷³⁶

(ii) “Las circunstancias expuestas me llevan a adherir al voto precedente —como lo adelanté—, restando agregar que difieren de las tenidas en cuenta en la causa ‘Dirección Nacional de Vialidad c/Fabris Andrés s/expropiación – servidumbre administrativa’, fallada el 3-8-2000, razón por la cual se adopta una solución diversa.”⁷³⁷

(iii) “Debe señalarse además que, por tratarse de supuestos extraños al caso, no son aplicables los precedentes judiciales invocados por la demandada.”⁷³⁸

(iv) “...resultan inaplicables en el sub examine los precedentes de las causas ‘Erazo’ y ‘Kynitzky’, atento a que fueron resueltos en situaciones de hecho y de derecho que difieren de las de autos.”⁷³⁹

Como se ve, a pesar de algunas falencias en la aplicación de la técnica, en general, se percibe una gran familiaridad con la apreciación y comparación de los hechos en lo que hace a la aplicación de un precedente presuntamente análogo. Este es un buen augurio para la incorporación de una doctrina del precedente obligatorio, tal como en esta tesis se propone, puesto que muestra que, *de facto*, los jueces suelen utilizar algunas técnicas propias de esa doctrina.

En un análisis más profundo, es posible advertir que, en la mayoría de los casos, el *distinguishing* no tiene como fundamento el reconocimiento de una obligatoriedad del precedente de la que los jueces deban escapar mediante la distinción fáctica. En efecto, la terminología aplicada indica que la distinción que encuentran no “permite” aplicar el precedente —o este “no es aplicable”— y no que esa diferencia impide cumplir con el deber de aplicarlo o libera de hacerlo. La aplicación del precedente sigue siendo concebida como opcional, con el siguiente razonamiento: “si no existiera esta distinción fáctica, el precedente podría ser aplicado”; mientras que el razonamiento, en vigencia de un precedente obligatorio, debería ser “si no existiera esta distinción fáctica, el precedente debería ser aplicado”. Esto

⁷³⁶ CNACAF, Sala III, “Scattaglia, José y otro c/B.C.R.A. s/cobro de australes”, Expediente N° 18886, sentencia del 11 de mayo de 1989.

⁷³⁷ CNACAF, Sala IV, “Dirección Nacional de Vialidad c/Haber Enrique s/expropiación – servidumbre administrativa”, Expediente N° 42656/1995, sentencia del 14 de noviembre de 2000, del voto de Uslenghi.

⁷³⁸ CNACAF, Sala IV, “Romero Feris, José Antonio c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo) s/amparo – incidente medida cautelar”, Expediente N° 8832, sentencia del 4 de septiembre de 1992.

⁷³⁹ CNACAF, Sala IV, “Landa María Cristina y otros c/Estado Nacional – M° de Cultura y Educación s/empleo público”, Expediente N° 35176/94, sentencia del 20 de febrero de 1957. La fórmula fue replicada por la Sala en autos “Duhalde, Natividad Aurora y otros c/Consejo Nacional de Educación Técnica (CONET) s/empleo público”, Expediente N° 25.259/93, sentencia del 8 de octubre de 1998; “Balbi, Miguel Aurelio y otros c/Estado Nacional – Ministerio de Cultura y Educación s/empleo público”, Expediente N° 15562/93, sentencia del 23 de febrero de 1998; “Jiménez, Luis Sebastián y otros c/Estado Nacional (M° de Cultura y Educación) s/empleo público”, Expediente N° 26254/94, sentencia del 23 de febrero de 1998.

es confirmado por el hecho de que el *distinguishing*, en la mayoría de los casos transcritos como ejemplos, responde a una previa invocación y solicitud de la parte en torno a la aplicación de un precedente y es coherente con la concepción de la invocación discrecional del precedente que impera en la CNACAF y que este capítulo está destinado a demostrar.

v. La ordenación de costas en el orden causado por existencia de contradicción

Durante el trabajo de campo se ha observado como práctica habitual de los magistrados el ordenar las costas en el orden causado, en apartamiento del principio general que las endilga al vencido, en razón de la existencia de precedentes o jurisprudencia contradictoria.

Esta práctica es un claro indicio de que la existencia de contradicción entre las salas que integran la cámara es percibida por los magistrados como algo natural. La única reacción que despierta en ellos, al menos en todos los casos que se han registrado durante el trabajo de campo, es la mencionada: deciden que, como esa contradicción jurisprudencial pudo haber generado en la parte una expectativa de ganar el juicio, no corresponde hacerle cargar con todas las costas que este generó, a pesar de que resultó perdidosa. Consecuentemente, el hecho de que admitan la existencia de contradicción entre precedentes de dos o más salas y no convoquen a un pleno ni decidan adecuarse a esos precedentes para alcanzar la uniformidad —si eso fuera posible en el caso concreto—, demuestra con claridad que el precedente no es considerado obligatorio.

La imposición de costas por su orden, obviamente, no resuelve la contradicción, que posiblemente seguirá existiendo hasta ser zanjada por la Corte Suprema o por un fallo plenario y tampoco atiende a la seguridad jurídica, a la igualdad ante la ley y a la previsibilidad. Simplemente es una suerte de compensación para la parte que, en el caso concreto, sufrió las consecuencias de la contradicción.

A continuación, algunos casos concretos en que esta práctica ha sido utilizada:

(i) “es adecuado tomar en cuenta que los argumentos esgrimidos por la juez se ven reforzados por la existencia de sentencias contradictorias de la Cámara del fuero (confr. esta Sala, ‘Aramo, Viviana Amalia y otra c/E.N. (Min. de Salud y Acc. Soc.), 13/8/93; y Sala II, ‘Araisone Silvia Elena y otro c/EN – M° de Salud y Acción Social’, 22/8/96, entre otros). A lo expuesto se agrega la circunstancia de que al resolver una causa análoga a la de autos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió el fondo de la cuestión rechazando la pretensión pero imponiendo las costas en el orden causado...”⁷⁴⁰”

(ii) “En cuanto a las costas, cabe señalar que en el artículo 68 del Código Procesal se autoriza a los magistrados a eximir total o parcialmente de la responsabilidad de cargar todos

⁷⁴⁰ CNACAF, Sala IV, “Luberti, María Angélica y otros c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/empleo público”, Expediente N° 17594/93, sentencia del 4 de marzo de 1997.

los gastos irrogados a su contraria siempre que encontrasen mérito para ello, expresándolo en sus pronunciamientos.

Esa situación de excepción se configura en autos atento a que la existencia de fallos contrarios de los tribunales del fuero tornaría injusta la aplicación del principio general de la derrota.⁷⁴¹”

(iii) “...costas de ambas instancias por su orden, en atención a las dificultades interpretativa y los distintos criterios jurisprudenciales que se manifestaron en el fuero.”

vi. Los cambios de criterios a partir de nuevas reflexiones

Oportunamente se analizarán las circunstancias que ameritan, en una doctrina de la obligatoriedad del precedente, que ese precedente sea dejado de lado o modificado⁷⁴². Durante el análisis de la jurisprudencia de la CNACAF, se apreció que en numerosas ocasiones el cambio de criterio era atribuido a nuevas reflexiones o consideraciones:

(i) “Si bien esta Sala en supuestos análogos ha admitido el recurso de apelación deducido por el Estado Nacional y el B.C.R.A cuando la entidad depositaria había consentido la sentencia de primera instancia, un nuevo estudio de la cuestión lleva al Tribunal a apartarse de tal criterio pues quien ha sido traído a juicio como deudor del contrato de depósito celebrado por la actora, es el banco, en virtud de una relación contractual privada a la que resultan ajenos tanto el Estado Nacional como el Banco Central.⁷⁴³”

(ii) “Al votar la causa ‘Ungar Enrique L. c/Poder Ejecutivo Nacional (M° de Justicia) s/empleo público’ (fallada el 25 de octubre de 1994) consideré que sí se había reconocido, por doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho del juez jubilado (...) Por lo tanto, admití la procedencia del reclamo (...)

Ante una nueva revisión de la cuestión planteada en la causa: ‘Moyano de Llambías Julio Rosa y otros c/Estado Nacional (M° de Justicia) s/empleo público’, fallada el 15 de agosto de 1995, esta Sala modificó su doctrina (...).⁷⁴⁴”

(iii) “Que si bien en un precedente análogo, esta Sala resolvió que era aplicable a las deudas originadas por el Decreto n° 1770/91 el plazo de prescripción previsto por el artículo 4027 del Código Civil; un nuevo análisis de la cuestión hace propiciar un resultado distinto a aquél (Conf. ‘Altamira Vernet Magdalena y otros c/EN – M° de Justicia – Dec. 1770/91 s/empleo público’ del 13/02/2008). El fundamento reside en que a pesar de que el Decreto n°

⁷⁴¹ CNACAF, Sala IV, “Martinelli Duilio y otros c/Estado Nacional y otro s/personal militar y civil de las FFAA y de seg.”, Expediente N° 19651/96, sentencia del 18 de mayo de 2000.

⁷⁴² Véase, capítulo VI.

⁷⁴³ CNACAF, Sala III, “Lomban Alejandra c/EN-PEN – Ley 25561 – Dtos. 1570/01 y 214/02 HSBC s/proceso de conocimiento ley 16986”, Expediente N° 151261/02, sentencia del 5 de marzo de 2006.

⁷⁴⁴ CNACAF, Sala II, “Pena Mario Héctor c/Estado Nacional (M° de Justicia) s/empleo público”, Expediente n° 24074/93, sentencia del 20 de febrero de 1996, considerando vi del voto de Garzón de Conte Grand.

1770/91 reconoció un monto cuyo pago fuera fraccionado, se trató de una deuda única insusceptible de renacer indefinidamente y donde el monto del capital estuvo destinado a agotarse.⁷⁴⁵”

(iv) “Nuevas reflexiones del tribunal sobre el punto llevan a sostener que no sería irrazonable interpretar que la habilitación de la vía judicial para el control de dichos actos dictados de oficio —por la autoridad superior competente—, cuando el perjuicio no sea inminente o no se haya escuchado al interesado, estaría condicionada a la reclamación administrativa previa en los términos del artículo 30 de la mencionada Ley de Procedimientos Administrativos, y no a un obligatorio recurso de reconsideración.⁷⁴⁶”

(v) “Además, nuevas reflexiones me llevan a cambiar mi postura y a sostener que, en ese caso, a diferencia del previsto expresamente en el mencionado decreto, no es menester el pago de aportes por el retirado, ya que mientras estuvo en actividad no gozó de casa-habitación proporcionada por el Estado (por habitar vivienda de su propiedad) ni de una compensación en efectivo por tal causa.⁷⁴⁷”

(vi) “Un nuevo examen de la cuestión me lleva a cambiar de opinión en torno al pago por parte del actor de los aportes previsionales omitidos (ver mi voto en la sentencia del 31/10/95, in re ‘Regueira, Antonio c/M° de Justicia y Servicio Penitenciario Federal s/retiro militar y fuerzas de seguridad’) y adherir a la ponencia de la Dra. Jeanneret...⁷⁴⁸”

Este proceder implica la negación de obligatoriedad al precedente, pues esa obligatoriedad es incompatible con una fundamentación tan escueta y simplista para su abandono o modificación. Como se ha visto, son únicamente circunstancias excepcionales las que habilitan no seguir un precedente obligatorio y, además, se exige en esos casos una clara argumentación que demuestre que esas circunstancias se dan en el caso concreto y por qué.

Por lo demás, las expresiones que los jueces habitualmente utilizan en estos casos “nuevas reflexiones”, “nuevas consideraciones”, traen consigo, en general, el reconocimiento de un error —la mayoría de las veces, propio—. Como se verá más adelante, la doctrina del precedente obligatorio no admite su *overruling* por el simple hecho de que ese precedente o, mejor dicho, la solución que impone se considere errada⁷⁴⁹. En este sentido, se ha dicho que cuando existen dos precedentes similares y el tribunal a resolverlo es el mismo, con la misma integración, ambos casos deberían resolverse de modo idéntico, a menos que se hubiera

⁷⁴⁵ CNACAF, Sala III, “Cisneros de Jiménez Antonia y otros c/Estado Nacional – Ministerio de Justicia – Dto. 1770/91 s/empleo público”, Expediente N° 24197/1998, sentencia del 8 de septiembre de 2009.

⁷⁴⁶ Sin mayores indicaciones de cuáles son esas nuevas reflexiones y por qué estaría errada la concepción anterior. CNACAF, Sala IV, “Denti, María Mercedes c/Congreso de la Nación – Honorable Senado de la Nación s/juicio de conocimiento”, Expediente N° 29519, sentencia del 9 de marzo de 1993.

⁷⁴⁷ CNACAF, Sala IV, “Iaciuk Demetrio c/Ministerio de Justicia de la Nación s/retiro militar y fuerzas de seguridad”, Expediente N° 26219/13, sentencia del 17 de septiembre de 1996, del voto de la Dra. Jeanneret.

⁷⁴⁸ CNACAF, Sala IV, “Iaciuk Demetrio c/Ministerio de Justicia de la Nación s/retiro militar y fuerzas de seguridad”, Expediente N° 26219/13, sentencia del 17 de septiembre de 1996.

⁷⁴⁹ Sobre el particular, puede verse el capítulo VI, §4.B.

convertido un grave error, en cuyo caso “deberían explicar de manera convincente qué lo provocó y por qué esta nueva decisión lo solucionaría. De otro modo, los jueces estarían contradiciéndose sin justificación. Con ello podrían afectar la apariencia de independencia o la seriedad de la justicia: podría pensarse que el cambio de criterio responde a influencias indebidas, o a un comportamiento caprichoso.”⁷⁵⁰

Es por ello que esta práctica ejercida por la CNACAF es un indicio más de que sus jueces no le atribuyen obligatoriedad al precedente horizontal.

vii. Las citas de principios abstractos

Si bien, en los ejemplos de uso de la técnica del *distinguishing*, así como en el uso de la analogía, se ha podido advertir que los magistrados le otorgan importancia a los hechos del precedente que están citando o del que quieren alejarse —aunque no siempre son lo debidamente precisos en la descripción fáctica del caso a resolver y ese es otro inconveniente en la aplicación del precedente—, no faltan los casos en los que se citan principios demasiado abstractos o sin un análisis de la plataforma fáctica del precedente que se invoca.

Esto sucede, a veces, también en el *common law*. De hecho, la práctica del precedente implica formular la *ratio* con un cierto nivel de abstracción que permita su aplicación a casos similares, aunque no idénticos. Sin embargo, allí, esa práctica va acompañada de un hábito natural de los jueces de describir específica y acabadamente los hechos y de los abogados de analizarlos detalladamente y justificar su aplicación al caso que tienen delante, a señalar los relevantes y a analizar.

En Argentina, donde los precedentes no son de fácil acceso y teniendo en cuenta que usualmente la cita de principios abstractos viene acompañada de una desconsideración absoluta de la plataforma fáctica (en ocasiones, porque el precedente ni siquiera es lo suficientemente preciso al respecto), puede suceder que, en algunos casos, ello obstaculice la delimitación de la *ratio* a través de la cadena de precedentes y oscurezca o vuelva manipulable la aplicabilidad de ese principio.

Esto es una anomalía común del uso del precedente en sistemas de *civil law*. Por ejemplo, en referencia al ordenamiento italiano, se ha criticado el método del sumillado, en el entendimiento de que puede dar lugar a sumillas engañosas (*massime mentitorie*)⁷⁵¹, de las cuales los aplicadores del precedente extraigan un criterio distinto —y a veces, incluso, contradictorio— del que verdaderamente estaba contenido en la decisión⁷⁵². El mismo peligro de equivocidad se ha advertido, en nuestro país, en la lectura aislada de las síntesis

⁷⁵⁰ González Bertomeu, Juan F, “¡Sin precedentes!”, en *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Abeledo Perrot, 27/5/2009. Disponible en <https://studylib.es/doc/3555463/gonzalez-bertomeu-%C2%A1sin-precedentes->, última visita el 9 de noviembre de 2018, pág. 29.

⁷⁵¹ Las sumillas son similares a los sumarios que se realizan en el ordenamiento jurídico argentino.

⁷⁵² Cfr. Taruffo, M., “Dimensiones del precedente”, pág. 15. En igual sentido, Gorla, Gino, “Precedenti sulla trasmissibilità e sul termine dell'obbligazione pattizia e su alcune questioni connesse”, *Quaderni del Foro italiano*, 1966, pág. 56; Andrioli, Virgilio, “Tré aspetti della Corte di cassazione”, en *Diritto e giurisprudenza*, vol. 81, 1966, pág. 289.

doctrinarias de los editores de las colecciones de fallos⁷⁵³. Cualquiera que sea asiduo en el uso de la jurisprudencia sabrá de lo que se habla. Por lo demás, el hecho de que se sumillen todas las enunciaciones jurídicas (similar a lo que sucede aquí con los “sumarios”), dificulta la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter*, ocasionando el peligro de que un *obiter* sea confundido con la *ratio*⁷⁵⁴.

A continuación, se ofrecen algunos ejemplos de lo mencionado:

(i) “Que en tal sentido se ha pronunciado esta Sala —si bien en una causa que difería sustancialmente de la que aquí se plantea— al emitir pronunciamiento in re ‘Aceitera General Deheza Soc. Anón. s/apel. A.N.A.’ el 11 de marzo de 1994, donde se sostuvo que si bien ‘[e]n principio debe estarse al precio pagado o por pagar’...”⁷⁵⁵

(ii) “En esa dirección, la Sala II de esta Cámara en un caso análogo al presente, dijo que ‘no puede responsabilizarse genéricamente al Banco Central por todo hecho dañoso que pudieran cometer las entidades financieras en la celebración de sus operaciones, toda vez que las funciones de supervisión no abarcan el control sobre la totalidad de todas y cada una de las operaciones realizadas por el conjunto de las entidades...’”⁷⁵⁶

(iii) “Cabe recordar que el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin reserva expresa, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional (...esta Sala, 31-12-96, ‘Ponce, Horacio c/Lotería Nacional Soc. del Estado...’)”⁷⁵⁷

(iv) “En tal sentido, tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales del fuero, que no corresponde a los jueces sustituir al Poder Ejecutivo en la valoración de medidas adoptadas en el ejercicio de atribuciones conferidas legalmente, sino sólo controlar la legitimidad del obrar, en su caso evitando la arbitrariedad y la lesión de derechos consagrados en la Constitución y las leyes (confr. CSJN Fallos 306:1333, sus citas y muchos otros; esta Sala in re ‘Dobaño Martínez de Mignoli Palmira y otros c/Estado Nacional (M° de Trabajo y Seguridad Social) s/empleo público’, del 11/8/94. Coincido con ese criterio.”⁷⁵⁸

(v) “Ya ha sostenido hasta el cansancio esta Sala que el artículo 265 del código procesal exige que el apelante motive y funde su queja, señalando y demostrando los errores en que

⁷⁵³ Cfr. Cueto Rúa, J., *Fuentes del Derecho*, págs. 139-140. El autor también critica la forma en que son publicados los fallos en muchas jurisdicciones de origen romanista, en tanto omiten “suficientes referencias a la situación de hecho que dio origen al conflicto”. Ídem, pág. 140. A eso, se suma la circunstancia de que los propios magistrados omiten realizar una consideración precisa de la plataforma fáctica del caso que están resolviendo y del precedente que toman como referencia.

⁷⁵⁴ Ídem.

⁷⁵⁵ CNACAF, Sala I, “Metalúrgica Tassaroli S.A. (TF 8700-A) c/DGA”, Expediente 29.974/98, sentencia del 7 de mayo de 2002, considerando 5°.

⁷⁵⁶ CNACAF, Sala I, “Arnaud Vicente Guillermo c/BCRA y otro s/daños y perjuicios”, Expediente N° 19292/2001, sentencia del 20 de septiembre de 2011.

⁷⁵⁷ CNACAF, Sala IV, “Marcer Ernesto Alberto c/Tribunal de Disciplina del CPACF s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 45693/1999, sentencia del 13 de julio de 2000, del voto del Dr. Galli.

⁷⁵⁸ CNACAF, Sala IV, “Vick Carlos Alberto c/EN – M° de RREE y Culto – Resol. 3669 s/empleo público”, Expediente N° 13911/1998, sentencia del 5 de junio de 2001.

se ha incurrido o las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (31-10-91, ‘Valentini, Ada Ethel c/Ministerio de Salud y Acción Social’; 31-3-92, ‘Gendarmería Nacional c/Rivera, Juan Luis’, 20-12-94; ‘La Rocca, Pedro Raúl c/Aduana s/A.N.A.’, 4-4-95; ‘Meller S.A. c/Ferrocarriles Argentinos’(...). Sin embargo, también se ha dicho que es justo atenuar el rigor del artículo 265 del Código Procesal, y examinar sin espíritu estricto los agravios, en tanto del recurso surja indudable la impugnación de lo resuelto en situaciones en que la rígida interpretación de dicha regla pueda causar grave o inmediato daño al interés público (Sala III, 15-9-88, ‘Vercellotti, Osvaldo Hugo c/Estado Mayor Gral. del Ejército’, esta Sala, 26-2-98, ‘Promecor S.A. – TF 8331 – A c/A.N.A.’).”⁷⁵⁹

(vi) “En cuanto al daño moral, cabe señalar que la valoración del mismo no está sujeta a cánones estrictos, sino que corresponde a los jueces de la causa establecer prudentemente el quantum indemnizatorio, tomando como base la gravitación de la lesión sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, su función resarcitoria y el principio de reparación integral (cfr. Sala II...)”⁷⁶⁰

(vii) “Que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que, como principio, quien alega un daño tiene la carga de la prueba (conf. CNCiv., Sala D, 21-5-97, ‘Puppo de Cuccarese, Rosa M. c/Pantoff y Fracchia S.A.’, LL 29-9-97), puesto que es irrelevante la existencia del daño, si no se lo acredita debidamente (conf. Sala I, 9-4-91, ‘Bodegas y Viñedos San Jorge S.A.I.C.A. c/Gas del Estado y otro’)”⁷⁶¹.

(viii) “El Tribunal no está obligado a seguir al recurrente en todas y cada una de sus argumentaciones, sino tan solo en aquellas que sean conducentes para resolver el concreto conflicto (confr. (...) esta Sala 7-4-92, ‘Larraburu, Juan Pedro c/Estado Nacional’; ídem, 19-6-97, ‘Di Gioia, Darío...’.”⁷⁶²

viii. La remisión “en razón de brevedad”

⁷⁵⁹ CNACAF, Sala IV, “Dolomita S.A. c/Estado Nacional Arg. – M° de Defensa – Fuerza Aérea Arg. s/contrato obra pública”, Expediente N° 40567/95, sentencia del 16 de noviembre de 2000.

⁷⁶⁰ CNACAF, Sala I, “Ibarra Ramón Rosa c/ EN- Servicio Penitenciario Federal s/daños y perjuicios”, Expediente N° 4817/1999, sentencia del 4 de agosto de 2011.

⁷⁶¹ CNACAF, Sala II, “Liaudat Osvaldo Luis c/PEN Ley 25561 Dto. 1570/01 2/4/02 s/proceso de conocimiento”, Expediente n° 155.756, sentencia del 13 de marzo de 2008, considerando vi.

⁷⁶² CNACAF, Sala IV, “José Minetti y Cía Ltda. SACI c/Estado Nacional – Secretaría de Energía s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 23084/1995, sentencia del 18 de diciembre de 2001.

La remisión al precedente “en razón de brevedad”, o con fórmulas similares⁷⁶³, es una práctica muy utilizada⁷⁶⁴. Este tipo de sentencias, por lo general, contienen dos o tres párrafos (con los “vistos”), y luego un simple párrafo de redacción idéntica o similar al que se transcribió, cuyo único fin es remitir a una sentencia ya dictada. Así es que, en estas decisiones, no hay análisis ni de los hechos ni del derecho que está en discusión en el caso que el tribunal debe resolver, pero tampoco hay análisis de los hechos ni del derecho del precedente que se cita.

Sobre esto, se pregunta Garay cuál es la verdadera razón por la que se resuelve el caso del mismo modo en que fue resuelto el caso anterior: ¿es la brevedad? Responde que no, que la brevedad es la razón por la cual no se reiteran todos los argumentos de la sentencia anterior⁷⁶⁵. Entonces, la única razón inferible para resolver los casos de igual modo es que se los considera sustancialmente análogos.

La remisión absoluta sería, según Garay, reprochable: “esta omisión es tan anómala como cualquier sentencia que afirmara, dogmáticamente, la existencia de un hecho sin suministrar la información que habría conducido a probarlo, o una determinada solución, sin exteriorizar

⁷⁶³ En el período 85-91, la Sala I utilizaba la fórmula “a fin de evitar innecesarias reiteraciones”. Véase, por ejemplo, CNACAF, Sala I, “Taranto Alberto y otra c/B.C.R.A. s/ordinario”, Expediente n° 24569, sentencia del 30 de mayo de 1991; CNACAF, Sala I, “Ricaldez Vallejos, Carlos c/Estado Nacional (M° del Interior) s/ordinario y medida cautelar”, Expediente n° 25470, sentencia del 5 de julio de 1991; CNACAF, Sala I, “Industrias Pirelli S.A.I.C. s/apelación (por denegatoria de repetición) – capitales”, Expediente n° 22.103, sentencia del 13 de mayo de 1993, considerando IV; CNACAF, Sala I, “Patrici de Iesulauro María Susana c/Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Pol. Fed. Arg.”, Expediente n° 6631/97, sentencia del 9 de mayo de 1997.

⁷⁶⁴ Una de las “planchas” que se utilizaban en la Sala II contienen este tipo de remisión como único párrafo de la sentencia: “Que esta Sala II ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión suscitada en el sub-examine al dictar sentencia en la causa ‘Justo, Daniel Alberto c/Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) s/retiro militar’, con fecha 4 de abril del corriente año, razón por la cual corresponde remitirse a la doctrina desarrollada en dicho precedente que deberá ser agregado en copia fotostática como parte integrante del presente pronunciamiento”. CNACAF, Sala II, “Multifreno S.A.C.E.I. c/Ferrocarriles Argentinos s/ordinario”, Expediente n° 24057, sentencia del 23 de julio de 1991. Para otros casos en los que se remite a la brevedad, véase: CNACAF, Sala I, “Recondo, Juan H s/Recurso de apelación – Impuesto de Sellos – Tribunal Fiscal de la Nación”, Expediente n° R-683, sentencia del 30 de agosto de 1983, considerando III.

⁷⁶⁵ En la Cámara esta afirmación queda probada por casos en los que se remite “por razones de brevedad” incluso a los argumentos de los fallos plenarios, y a renglón seguido de haber afirmado su obligatoriedad. Por ejemplo: “son aplicables los fundamentos de la *doctrina obligatoria* sentada por mayoría en el fallo plenario recaído en autos (...) a cuyas consideraciones cabe remitir por razones de brevedad...”. CNACAF, Sala III, “Fernández Salgado, Jorge Juan c/Est. Nac. (M° de Educación y Justicia) s/cobro”, Expediente N° 21986, sentencia del 6 de marzo de 1990. El destacado no pertenece al original. Otro ejemplo: “Que la cuestión planteada resulta sustancialmente análoga a la resuelta con fecha 10 de diciembre de 1981 por esta Cámara reunida en acuerdo plenario en los autos: ‘Sanguinetti, Tulio c/La Nación (D.G.I.) s/repetición’, a cuyos fundamentos corresponde remitirse por razones de brevedad, y en la que se fijó la siguiente doctrina legal...” CNACAF, Sala IV, “Sanguinetti Tulio A. s/recurso de apelación –Impuesto de Sellos”, Expediente N° 1292, sentencia del 9 de febrero de 1982.

Otra confirmación de que esa es la verdadera razón para alegar “razones de brevedad” son casos en los que se afirma “corresponde remitirse en mérito a la brevedad a fin de evitar repeticiones innecesarias”. Véase, por ejemplo, CNACAF, Sala III, “Farrando Mariana c/PEN – M° E y O.S.PÁG. – Dto. 290/15 y otro s/empleo público”, Expediente N° 43869, sentencia del 4 de abril de 2000 y las citas efectuadas en la nota al pie n.° 763.

el razonamiento que la determinó en ese sentido.⁷⁶⁶ Por otro lado, la práctica, habitual en la Cámara bajo estudio, de agregar la copia certificada del precedente da la pauta de que el tribunal no considera suficiente la cita o la remisión para fundar la decisión en el mismo sentido

6. REFERENCIAS ESPECÍFICAS A LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CNACAF

En la sección 5 de este capítulo se han analizado diversas particularidades de la práctica y del lenguaje en torno al precedente utilizados por los jueces de la CNACAF al momento de sentenciar. Esas particularidades constituyen indicios de la ausencia de una doctrina del precedente horizontal en ese tribunal —entendida como el conjunto de reglas que determina cómo debe utilizarse el precedente—. Se han visto inconsistencias en el lenguaje referido al precedente, así como en su invocación, análisis y aplicación. Todo eso fue ejemplificado con transcripciones textuales de sentencias que se hallaron durante el trabajo de campo.

El objetivo de esa sección era sentar algunas líneas de análisis sobre las que trabajar para luego realizar un examen más exhaustivo del uso del precedente en la jurisprudencia de la cámara seleccionada, que es el que se desarrollará en esta sección. La finalidad de esta sección es presentar evidencia incontestable de que los jueces de la CNACAF no se consideran obligados a seguir el precedente que hubiera sido dictado por la misma sala que integran o por otras salas de la cámara a la que pertenecen. Para ello, se transcribirán las partes pertinentes de las sentencias y se realizará a continuación de cada transcripción un breve análisis que explique la relevancia de esa sentencia y de lo que en ella manifiestan los jueces en relación con el precedente.

La sección se divide en dos subsecciones: en la primera, se enumerarán casos en los que, por alguna razón, se observa un desconocimiento implícito de la obligatoriedad del precedente horizontal. En la segunda sección, por el contrario, se enumeran casos en los que los jueces explícitamente manifiestan no estar obligados a seguir el precedente de sus pares. Las sentencias transcritas en cada una de las secciones están organizadas por sala y, dentro de cada sala, cronológicamente.

A. Referencias implícitas que denotan la concepción de un precedente sin obligatoriedad

i. Sala I

⁷⁶⁶ Garay, A., *La doctrina del precedente...* pág. 46.

1. “Planteadas así las cosas, contrariamente con lo afirmado por la demandada y lo resuelto por la Sala II en el caso que se invoca (D:779 ‘Dicon Difusión Cont. S.A.’, del 27-2-76), este Tribunal entiende que en el caso se está en presencia de una cuestión relativa a la producción, denegación y sustanciación de las pruebas...”⁷⁶⁷.

En este caso, la Sala I reconoce expresamente que su entendimiento es contrario al fijado en el precedente de la Sala II y se aparta de ese precedente, sin brindar mayor fundamentación a ese apartamiento. De allí que se infiera que la razón por la que Sala I abiertamente contradice el precedente de la Sala II es que no coincide con su criterio: la Sala I siente la libertad de no seguir el precedente de otra sala cuando su entendimiento fuera contrario al que ese precedente contiene.

2. “Toda vez que resulta uniforme la jurisprudencia que desde antiguo mantuviera este Tribunal, incluso en sus integraciones anteriores, con relación de la aplicabilidad en estos casos del plazo quinquenal de prescripción consagrado por el art. 4027 del Código Civil, adhiero a la solución...”⁷⁶⁸.

Los jueces, al resolver esta causa, consideran propicio destacar que la jurisprudencia se mantuvo a pesar del cambio de personal. Esto deja claro que, para los jueces, el mero cambio en la integración de la sala podría haber sido motivo suficiente para modificar la jurisprudencia, al punto que es destacable —y, por eso, lo destacan— que aquella se hubiera mantenido uniforme *incluso* habiendo mediado cambios de integración.

Esa concepción es, desde ya, contraria al reconocimiento de obligatoriedad del precedente horizontal: si dicha obligatoriedad fuera reconocida sería inadmisibles atribuir un cambio de precedente a un cambio en el personal del órgano judicial. Precisamente, uno de los pilares sobre los que se asienta la doctrina de la obligatoriedad del precedente es evitar que la justicia dependa de las individualidades personales de los que ocasionalmente ocupan los cargos.

3. “Cabe señalar que a igual conclusión (...) arribaron las Salas IIa y IIIa de la Cámara del fuero, en pronunciamientos recaídos en los autos ‘Cía. Continental S.A.’ del 19 de abril de 1979 y ‘Asociación de Cooperativas Arg.’, del 9 de octubre de 1979, respectivamente”⁷⁶⁹.

La cita de precedentes de otras salas es efectuada en el penúltimo considerando, como corolario de una decisión que ya había sido tomada y fundada. Esa práctica que, como se verá, es habitual no solo en esta sala, sino en todas las salas de esta cámara, demuestra que los precedentes citados no son fundantes, es decir, que no fueron influyentes en la solución

⁷⁶⁷ CNACAF, Sala I, “Recurso de queja: Compañía Argentina Televisión S.A. c/Comité Federal de Radiodifusión s/ordinario”, Expediente n° 2434, sentencia del 30 de noviembre de 1976, considerando II.

⁷⁶⁸ CNACAF, Sala I, “De Simone, V. c/Estado Nacional s/Modificación Retiro Policial”, Expediente n° 928, sentencia del 9 de mayo de 1978, del voto del Dr. Pico.

⁷⁶⁹ CNACAF, Sala I, “La Plata Cereal Co. SACIAF e I c/Administración Nacional de Aduanas s/recurso de apelación – Tribunal Fiscal de la Nación”, Expediente n° 160, sentencia del 18 de diciembre de 1979.

que el tribunal adoptó, sino que simplemente se mencionan como argumento de apoyo o adicional.

4. “Que esta Sala comparte las consideraciones que en un caso análogo hiciera valer la Sala II en lo contencioso administrativo de esta Cámara...”⁷⁷⁰.

El uso del verbo “compartir” evidencia que la cita del precedente está inspirada puramente en una coincidencia con el criterio desarrollado en el precedente y no con el reconocimiento de la autoridad emanada de la decisión anterior en un caso semejante.

5. “A fs. 238/43 obra fotocopia de la sentencia dictada por la Sala II del Tribunal en la causa ‘S.A. Azucarera Argentina Com. Ind. Ingenio La Corona c/Banco Central de la Rep. Arg. s/Impugnación acto adm. Reclamo de Diferencias’, traída a estos autos por la actora. Acerca de esta agregación no ha tenido oportunidad de pronunciarse la demandada, para aceptarla o no. Pero cuadra decir a este respecto que, obrante o no dicho antecedente en la causa, él era de conocimiento de la Sala, atento a su publicidad; de donde se infiere que no influye tal agregación para la formación de concepto conducente a la decisión que ha de adoptar la Sala”⁷⁷¹.

En esta oportunidad, la parte había acercado y pedido se agregue al expediente una sentencia de otra sala, presumiblemente en un caso análogo, para ser considerada por la Sala I al momento de resolver. Sin embargo, la Sala I considera oportuno destacar que la sentencia ya era de conocimiento de la Sala en razón de su publicidad y que la agregación no tiene influencia alguna en la formación de la decisión. Por un lado, se reconoce la posibilidad efectiva de conocimiento de la jurisprudencia de las demás salas de la cámara, una cuestión importante en relación con la aplicación de los precedentes. Pero, por el otro, se indica expresamente que la agregación de la sentencia no influye en el criterio de la Sala. Sin duda, esto implica la denegación de obligatoriedad al precedente: si bien la sala hace referencia a “la agregación” como no influyente —y no a la sentencia misma—, si considerase obligatorio el precedente agregado por la parte, así lo manifestaría. Por el contrario, la Sala, lejos de reconocer que ese precedente la obliga, aclara que su agregación en el expediente no influye en el criterio de la sala.

6. “Que la recurrente cita, en abono de su pretensión, jurisprudencia de la Sala III del fuero, en el sentido de que el fisco es el verdadero acreedor de las sumas reguladas a sus agentes bajo apariencia de honorarios.

⁷⁷⁰ CNACAF, Sala I, “Remolcados Arcturus s/Nafragio”, Expediente n° 729, sentencia del 13 de marzo de 1980, considerando IV.

⁷⁷¹ CNACAF, Sala I, “Ledesma S.A.A.I. c/Banco Central de la República Argentina s/ordinario”, Expediente n° 8392, sentencia del 28 de febrero de 1985.

Que esta Sala ha tenido reiteradas oportunidades de señalar que, dentro del proceso, el titular de los honorarios no es otro que el profesional cuya labor se remunera y es a él, por tanto, a quien corresponde procurar su integridad y percepción (...)

A mérito de lo expuesto, se confirma la resolución de fs. 126; no siendo deducible por vía subsidiaria el recurso de inaplicabilidad de ley, no ha lugar a su sustanciación”⁷⁷².

Como surge de la transcripción, la parte invoca precedentes de la Sala III en apoyo de su recurso de apelación. Acto seguido, sin mayor explicación de por qué esos precedentes invocados no serían aplicables y sin tampoco convocar un plenario para resolver la contradicción, la Sala I se aparta del criterio de la Sala III, invocando sus propios precedentes, y resuelve conforme a ellos. Finalmente, deniega el recurso de inaplicabilidad en el entendimiento de que tal recurso no puede ser interpuesto subsidiariamente.

En suma, conscientemente se mantiene la contradicción entre salas sin ejercer la facultad de autoconvocatoria que otorga el Código Procesal, se rechaza la pretensión de la recurrente y también se rechaza, alegando una cuestión formal, la iniciativa de la parte de uniformar la jurisprudencia a través de la interposición del recurso de inaplicabilidad de ley. Queda claro que si en este caso hubiera salido sorteada la Sala III para resolver el recurso de apelación, la solución hubiese sido absolutamente contraria, y el recurso hubiese sido admitido. Es esto lo que esta tesis denuncia como vulneración de la seguridad, la certeza o previsibilidad y la igualdad jurídica⁷⁷³, materializada aquí en un caso concreto.

7. “En vista de las semejanzas existentes entre estos autos y la causa caratulada ‘Tancredi, Juan A. y otros c/Banco Central de la República Argentina s/cobro de pesos’ resuelta mediante sentencia de la Sala del 29 de mayo de 1987, confirmada por fallo de la Corte Suprema de Justicia del 21 de marzo de 1989, buena parte de las consideraciones que iré exponiendo de aquí en más en mi voto se inspirará en los conceptos vertidos en dicho precedente...”⁷⁷⁴.

A pesar de que el juez de cámara reconoce y manifiesta la similitud o analogía entre el precedente y el caso que está resolviendo, indica que el precedente únicamente sirve como

⁷⁷² CNACAF, Sala I, “Industrias Gaynor SRL s/Recurso de apelación c/Administración Nacional de Aduanas”, Expediente 2406, sentencia del 27 de agosto de 1985.

⁷⁷³ Paradójicamente, los magistrados sí consideran esta desigualdad cuando se trata de precedentes de la Administración. Así, se ha sostenido que: “el decreto 743/92 constituye un precedente sobre la interpretación dada a un número de casos (eran seis los funcionarios) de la misma homogeneidad que el presente, que comparta, en cierto sentido, una forma de autonormación o autovinculación de la Administración sobre la aplicación del ordenamiento a una situación específica (...) De tal forma, salvo valederas razones, constituiría un quebrantamiento al valor jurídico de la igualdad no aplicar la misma solución a similar situación jurídica.” CNACAF, Sala I, “Martínez Castro Héctor Ángel c/EN – M° RREE CI y C s/empleo público”, Expediente N° 29022/2000, sentencia del 14 de mayo de 2002, considerando IX.

⁷⁷⁴ CNACAF, Sala I, “Semino, Roberto Humberto y otra c/Banco Central de la República Argentina s/cobro de pesos”, Expediente n° 18485, sentencia del 23 de mayo de 1989, considerando 5°.

de inspiración y no como fuente de autoridad. Esto es, como se ha visto, incompatible con una doctrina de la obligatoriedad del precedente horizontal a partir de la cual, reconocida la analogía, hay un deber jurídico de aplicar el precedente y el precedente es, como tal, obligatorio, no inspirador.

8. “Sentado lo que antecede, cabe poner de resalto que esta Sala, en oportunidad de sentenciar con fecha 7/11/89, la causa ‘Zucconi, Juan Carlos’, negó efectos interruptivos a dicho acto administrativo, criterio que también fue admitido por la Sala III de esta Cámara, en la sentencia in re: ‘Caro Enrique Fermín’, del 19/11/89, cuyos fundamentos, que comparto, resultan suficientes para desatender la queja del actor...”⁷⁷⁵.

La terminología utilizada se condice con un precedente que se acepta y se invoca por elección, en razón de compartir sus fundamentos, mas no por el reconocimiento de su obligatoriedad.

9. “Para arribar a la solución alcanzada, el Juzgado se apoya en la doctrina sentada por la Sala II de esta Cámara, al sentenciar el 7/8/84 la causa ‘Foco, Clelia’, sosteniendo, por tanto, y en coincidencia con el criterio sustentado por los actores, que si el Banco Central no cancela los certificados de depósito dentro del plazo contenido en la norma preindicada, incurre automáticamente en mora (...)

Sentado lo que antecede, y en lo que atañe al problema de fondo debatido, es menester poner de resalto que esta Sala en el pronunciamiento de fecha 14/8/86 recaído en la causa ‘Battista, María Francisca y otro’, además de no compartir el criterio plasmado en el precedente invocado por el a quo para apoyar su decisión, ha expresado que, con el meritado art. 56, se confiere un plazo específico...”⁷⁷⁶.

El juez de primera instancia invoca, en este caso, un precedente de la Sala II para fundar su sentencia. Sin embargo, la Sala I decide apartarse de ese precedente porque “no comparte el criterio” del precedente, dejando claro que no se siente obligada ni por él ni por los fundamentos o criterios que en él se explicitan y dejando latente una contradicción que persistirá entre ambas salas. Aquí, como en otros casos, la suerte de los actores hubiera sido distinta si la sala sorteada para resolver su caso hubiera sido la II.

Algo similar sucede en la causa CNACAF, Sala I, “Chies, Juan Carlos c/Dirección General Impositiva (D.G.I.) s/repetición”, Expediente n° 12383/92, sentencia del 3 de marzo

⁷⁷⁵ CNACAF, Sala I, “Toledo, Raúl David c/La Nación – Estado Mayor del Ejército s/Haberes militares”, Expediente N° 21234, sentencia del 7 de febrero de 1990, considerando 4°.

⁷⁷⁶ CNACAF, Sala I, “Faronda Ignacio y otro c/Banco Central de la República Argentina s/cobro de pesos”, Expediente n° 12588, sentencia del 10 de febrero de 1987, considerando 3°.

de 1993, solo que, en ese caso, la Sala I decide apartarse de un precedente de la Sala III en el que el juez de primera de había fundado su sentencia.

10. “En consecuencia, esta Sala concuerda con el criterio expuesto por la Sala III del fuero, en la causa seguida entre las mismas partes, fallada el 9 del mes en curso, respecto a la posibilidad de que por carecer el ordenamiento aduanero de una sanción específica...”⁷⁷⁷.

Se trata, como dice la Sala de una causa entre las mismas partes, dictada solo unos días antes. Sin embargo, esto no es suficiente para que el precedente sea citado recién hacia el final de la sentencia, en *obiter*, es decir, como mero apoyo de lo ya resuelto, y con una terminología (“concuerta”) que indica que su invocación se sustenta únicamente en que la Sala comparte o está de acuerdo con el criterio utilizado en el precedente.

11. “La contienda de autos ha sido precedida por otras cinco que guardan ceñida analogía con ella, resueltas por la Sala antes de ahora. Se trata de los que dieron lugar a las causas ‘Ferror’, ‘Pulleiro’, ‘Fantán’ (...) en las que recayeron sentencias concordantes del 14 de febrero, 6 de agosto, 22 de agosto, 10 de octubre y 12 de noviembre del año ppdo. respectivamente.

De modo que manteniendo el Tribunal el criterio sostenido en los cinco precedentes citados, las razones que se irán exponiendo de aquí en más coincidirán conceptualmente en cuanto a la cuestión de fondo en debate con las vertidas en ellas”⁷⁷⁸.

La terminología utilizada es inconsistente con el reconocimiento de obligatoriedad al precedente horizontal. “Mantener” el criterio es una decisión que se toma siempre que exista la posibilidad de dejar de lado ese criterio. Asimismo, la Sala no considera suficiente mencionar esos cinco precedentes (lo que sucedería en un sistema en el que el precedente se considera obligatorio), sino que decide igualmente transcribir su fundamentación y manifestar que las razones que se brindarán son coincidentes con aquellos.

12. “Por tanto, a mérito de los fundamentos expuestos y a los que informa el voto de la mayoría del Tribunal Fiscal con apoyo en sentencia de esta Cámara (Sala IIIa), in re ‘Fisco Nacional c/Establecimientos Metalúrgicos El Parque S.A. s/ejecución fiscal’, del 17 de mayo de 1983, que se comparten, se confirma el pronunciamiento...”⁷⁷⁹.

⁷⁷⁷ CNACAF, Sala I, “Distrimeco SRL s/recurso de apelación – Adm. Nacional de Aduanas – Tribunal Fiscal de la Nación”, Expediente n° 12178, sentencia del 25 de junio de 1987, considerando VII.

⁷⁷⁸ CNACAF, Sala I, “Echagüe, Héctor Eduardo y otros c/Estado Nacional (Presidencia de la Nación – Secretaría de Inteligencia del Estado) s/Nulidad de Resolución”, Expediente n° 10390, sentencia del 4 de marzo de 1986.

⁷⁷⁹ CNACAF, Sala I, “Linfozzi, Oscar s/recurso de apelación – Impuesto a las Ganancias – I.V.A. – Tribunal Fiscal de la Nación”, Expediente n° 9468, sentencia del 31 de mayo de 1990.

Una vez más queda de manifiesto la necesidad de aclarar que los criterios que se invocan se “comparten”, enfatizando así que es precisamente ese motivo el que inspira la invocación y no la concepción de que el precedente obliga a seguir el criterio de decisión.

13. “En tal sentido, es de acotar que la Sala III del Fuero en oportunidad de sentenciar con fecha 7/8/86 el expediente ‘Olivetti Arg. S.A.C.I.’, que guarda marcada analogía con el de autos, expresó, en términos que se comparten...”⁷⁸⁰.

“Acotar”, al igual que “compartir”, representan un lenguaje que remite a la discrecionalidad en la cita y seguimiento de los precedentes y no al reconocimiento del precedente como autoridad.

14. “La causa de que se trata guarda estrecha similitud con otras tramitadas y resueltas por la Sala, vinculadas todas a las serias irregularidades comprobadas en cada caso en diversas entidades depositarias. En ellas el Banco Central hizo valer razones similares a las que ahora esgrime...”⁷⁸¹.

En este caso, se menciona la existencia de causas estrechamente análogas a la que se está resolviendo y, sin embargo, esas decisiones judiciales en ningún momento son efectivamente citadas. De este modo, se obstaculiza el control que el particular puede realizar del seguimiento y el respeto al precedente que se invoca para resolver su caso —máxime si se tiene en cuenta, como se vio al inicio de este capítulo, la deficiente publicidad y accesibilidad de las sentencias de cámara—, a la vez que se evidencia un uso desprolijo del precedente, que facilita su manipulación.

15. “En sentido coincidente, se ha pronunciado la Sala III de esta Cámara, in re ‘Municipalidad de Santa Fe s/apelación I.V.A.’, del 24/8/1990, cuyos argumentos se comparten, especialmente los que se asientan en dos importantes observaciones...”⁷⁸².

La invocación, una vez más, no es del precedente per se, sino de los argumentos que en él se desarrollan y que la Sala, tal como lo manifiesta, comparte. Incluso se citan específicamente aquellos argumentos (de todos los que contiene el precedente) que más se adecúan al criterio que tiene la Sala.

16. “La accionante invocó la doctrina sentada por esta Sala en la causa “Tancredi...” (...) Señala que en dichos precedentes se interpretó que el art. 56 de la ley de entidades financieras no exige la demostración del origen de los fondos invertidos por los depositantes, a quienes tampoco les incumbe probar la esencia lícita de la

⁷⁸⁰ CNACAF, Sala I, “Olivetti Argentina S.A. c/Est. Nac. (A.N.A.) s/Imposición de multa”, Expediente n° 15020, sentencia del 14 de agosto de 1990.

⁷⁸¹ CNACAF, Sala I, “Rivadeneira de Castrofini Mercedes Mirta c/B.C.R.A. s/cobro de australes”, Expediente n° 22538, sentencia del 20 de diciembre de 1990.

⁷⁸² CNACAF, Sala I, “Municipalidad de Paraná s/recurso de apelación – Demanda de repetición IVA – TFN”, Expediente n° 16171, sentencia del 17 de mayo de 1991.

operación, y que es el Banco Central quien debe poner en evidencia la posición irregular de los demandantes. III. La sentencia recurrida no sólo se apoyó en tal circunstancia, sino que además analizó la insuficiencia de las probanzas arrojadas por el titular del certificado para acreditar que al momento de la imposición contaba con la suma del certificado (...) De tal forma, si bien el aspecto concerniente a las prerrogativas del Banco Central comporta una cuestión de derecho resuelta contradictoriamente con la posición que mantienen otras Salas de esta Cámara, lo cierto es que aparece entremezclado con otras cuestiones fácticas y probatorias que desbordan el marco estricto del recurso de inaplicabilidad de ley”⁷⁸³.

Aquí se advierte, de parte de la Sala I, una interpretación restrictiva del recurso de inaplicabilidad de ley. Si bien se reconoce que hay una contradicción en una cuestión jurídica entre dos precedentes, la Sala se excusa en que el precedente se habría motivado también en cuestiones fácticas y deniega el recurso de inaplicabilidad, el cual hubiese permitido zanjar esa contradicción cuya existencia la propia Sala reconocía.

Exactamente la misma fórmula es utilizada, en un caso idéntico, para denegar el recurso de inaplicabilidad de ley *in re* CNACAF, Sala I, “Piccolo, Osvaldo Antonio c/B.C.R.A. s/Sumario”, Expediente n° 28.402, sentencia del 17 de diciembre de 1992. La repetición de casos en torno a esta cuestión demuestra que la contradicción era percibida y afectaba a diversas partes en diversos juicios y que, sin embargo, la Sala se ha negado a resolverla en las distintas oportunidades que tuvo para hacerlo.

17. “Por las razones que seguidamente se expondrán, la queja del apelante merece ser atendida. En efecto, este Tribunal comparte la línea de pensamiento vertida por la Sala III del fuero *in re* ‘Alpachiri Coop. Agric. Gan. Ltda. s/Rec. Apelación – Ahorro obligatorio’ del 22/10/91 (...) en el que se debatió una cuestión sustancialmente análoga a la presente...”⁷⁸⁴.

La razón manifestada para invocar el precedente es que el tribunal “comparte la línea de pensamiento” que en él se desarrolla. El precedente no se invoca porque obliga, sino porque se comparte; no se invoca por su autoridad, sino por la coincidencia con sus fundamentos.

Lo mismo sucede en un caso similar en que la Sala manifestó: “Sentado lo que antecede, es pertinente señalar que esta Sala comparte, en lo sustancial, los conceptos vertidos en causas análogas a la presente por las Salas II y III del Fuero, *in re* ‘Beta Ingeniería S.C.A.’,

⁷⁸³ CNACAF, Sala I, “Sánchez Elia, José Antonio Gervasio c/B.C.R.A. s/cobro de certificados”, Expediente n° 23193, sentencia del 27 de diciembre de 1991.

⁷⁸⁴ CNACAF, Sala I, “Cooperativa Agrícola Ganadera Ltda. de Coronel Suárez s/Apelación – Ahorro obligatorio”, Expediente n° 24167, sentencia del 17 de febrero de 1993, considerando IV.

del 6/7/93, respectivamente, donde —por distintos argumentos— se concluyó que para la liquidación de los intereses debía estarse a las normas vigentes...”⁷⁸⁵

18. “Sentado lo que antecede, cabe señalar que la mera transcripción del fallo de la Sala II del fuero, convalidante de la posición que sustenta el Fisco Nacional en el pleito, no constituye una crítica concreta y razonada de los fundamentos explicitados en la resolución recurrida (art. 265 y 271 in fine del Código Procesal)”⁷⁸⁶.

En esta oportunidad, la Sala I afirma que no basta invocar un precedente favorable de otra Sala del fuero para fundar un recurso. Si se reconociera obligatoriedad a ese precedente, probablemente su invocación bastaría para que la Sala se considerara constreñida a aplicar la misma solución al caso que debiese resolver. Sin embargo, aun reconociendo que existe un precedente de la Sala II que avala la postura del recurrente, la Sala decide que su invocación y transcripción no es crítica suficiente de la sentencia de primera instancia.

19. “Que es presupuesto formal de admisión del recurso que el recurrente haya invocado el precedente pertinente con anterioridad al pronunciamiento del fallo, sin que se encuentre autorizado el Tribunal a prescindir de tal requisito en supuestos como el de autos, en los que la resolución que se dice contradictoria se dictó con posterioridad al llamamiento de autos para sentencia.

Ello en la medida que, en las condiciones enunciadas, no se ha podido cumplir con la finalidad perseguida con la invocación del precedente, esto es, brindar a la Sala la oportunidad de cotejar su interpretación jurídica del caso con la doctrina establecida en el precedente, por tanto el recurso no puede prosperar”⁷⁸⁷.

Aquí se ve claramente que la interpretación de la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley es restrictiva. Esto provoca, desde los inicios de la cámara hasta la actualidad, que la mayoría de esos recursos no procedan. Es cierto que, en el derecho estadounidense, el procedimiento *en banc* es incluso discrecional para la cámara y la parte solo puede sugerirlo. La diferencia fundamental estriba en que, en aquel contexto y como oportunamente se explicó⁷⁸⁸, ese procedimiento es complemento de la doctrina “*law of the circuit*”, en virtud de la cual el precedente de un panel obliga a los demás.

En definitiva, tal como surge de la transcripción efectuada, la Sala percibe que el requisito de invocar el precedente antes de la sentencia se funda en que el recurso está destinado únicamente a darle la oportunidad a la sala de cotejar ese precedente con su propia

⁷⁸⁵ CNACAF, Sala I, “Maccio, Raúl Alberto s/Apelación – I.V.A.”, Expediente n° 28768, sentencia del 4 de marzo de 1994, considerando IV.

⁷⁸⁶ CNACAF, Sala I, “Industrias Pirelli S.A.I.C. s/apelación (por denegatoria de repetición) – capitales”, Expediente n° 22.103, sentencia del 13 de mayo de 1993, considerando IV.

⁷⁸⁷ CNACAF, Sala I, “Mayach, María c/Estado Nacional (H. Cámara de Diputados de la Nac.) s/varios”, Expediente n° 13733/93, sentencia del 4 de noviembre de 1993.

⁷⁸⁸ Sobre el particular, véase el capítulo III, §6.

interpretación jurídica antes de dictar sentencia. Se cree que el recurso solo es viable si la sala tuvo esa oportunidad e igualmente decidió en contrario. En cambio, no se percibe lo disvalioso de la contradicción en sí, más allá de que el cotejo entre tesis contradictorias haya podido ser o no realizado con anterioridad al dictado de la sentencia. Y, casualmente, estos casos, en los que el recurso se deniega cuando al particular, en la práctica, le resulta extremadamente dificultoso —sino imposible— conocer o invocar el precedente a tiempo, son los casos de contradicción más atendible, pues se trata de una contradicción absolutamente simultánea, de modo que la desigualdad recae absoluta y puramente en el hecho del sorteo de la sala.

Esta contradicción simultánea se hace más patente aún en otro caso en que las sentencias contradictorias fueron dictadas con tres días de diferencia y, sin embargo, el recurso de inaplicabilidad fue igualmente denegado a raíz del requisito de previa invocación (que, en este caso, vale destacar, configuraba una exigencia de cumplimiento casi imposible para el recurrente). En tal oportunidad se manifestó: “El recurso es improcedente, pues el precedente no fue invocado con anterioridad al pronunciamiento recurrido, nótese en este sentido que se emitió tres días antes que la sentencia recurrida, lo cual obviamente impidió a la Sala informarse acerca de la jurisprudencia de las demás que integran el Tribunal para confrontarla con su criterio.”⁷⁸⁹

Esto deja de manifiesto otra de las falencias del sistema actual de precedente en las cámaras, relacionado con la publicidad y la accesibilidad de las sentencias, tema al que ya se ha hecho referencia al inicio de este capítulo. En estas situaciones, queda claro que quien está en mejor situación para informarse y conocer las causas que están tramitando paralelamente en la cámara son las salas que la integran. Las salas son las que, informadas de la actividad de sus pares, podrán prever —y evitar— el dictado simultáneo de sentencias contradictorias, en lugar de dejarlo a la suerte de que el particular se anoticie del precedente que fue dictado tres días antes de que se resuelva su propio caso y pueda invocarlo a tiempo para que prospere el recurso de inaplicabilidad.

Sin embargo, a pesar de que en este caso la misma Sala está reconociendo que fue imposible para ella —y, en consecuencia, mucho más imposible para la parte— conocer el precedente y cotejarlo, no considera que esto sea suficiente para flexibilizar los formalismos del recurso de inaplicabilidad de ley y resolver la contradicción.

En sentido opuesto a la sentencia transcripta, existían precedentes en los que la Sala I había flexibilizado los requisitos del recurso de inaplicabilidad, en una clara muestra de que, en los inicios de la Cámara, la finalidad que este recurso tenía era realmente más valorada. Como ejemplos de esto pueden citarse las siguientes decisiones:

⁷⁸⁹ CNACAF, Sala I, “Carrazón S.B. y otro c/O.S.PÁG.L.A.D. s/juicios de conocimiento”, Expediente n° 17217/93, sentencia del 31 de mayo de 1995.

I. Que el recurrente destaca que el fallo de esta Sala que ahora indica como contradictorio con el pronunciamiento de fs. 139, fue dictado con posterioridad al llamamiento de autos en la presente causa, razón por la que no tuvo —en su opinión— oportunidad procesal para invocarle a fin de reservar este recurso.

II.- Que la circunstancia apuntada, analizada a la luz de los términos categóricos del artículo 484, párrafo 1º, del código de formas, bien pudo ser considerada por el recurrente como un impedimento para prevenir a tiempo la contradicción; máxime, cuando la exigibilidad a ultranza de este requisito no viene impuesta por norma alguna que, contemplando el particular caso de autos, así lo disponga expresamente.

En tales condiciones y frente a las dudas que sobre la admisibilidad del recurso pudieran suscitarse, el Tribunal estima dirimente la conveniencia de favorecer la unificación de los criterios judiciales.⁷⁹⁰

Pero si bien no hay identidad en lo que hace a la materia que se resuelve en uno y otro proceso, ni en cuanto a los efectos que una y otra sentencia tienen para los litigantes, lo cierto es que (...) ambas se encuentran en una relación de contradicción de parte a todo, que surge de considerar exenta parte del precio y, por otro lado, gravado el todo. En tales condiciones, y toda vez que el recurso de inaplicabilidad de ley tiende más a la unificación de la doctrina judicial, que a definir, por sobre las instancias regulares, la justicia del caso concreto, procede, en la especie, estar por la admisibilidad del recurso.⁷⁹¹

Incluso, luego de la sentencia que encabeza este inciso —que está fechada en 1995— también hubo precedentes en los que intersticialmente la Sala I abandonó la actitud reticente hacia el recurso de inaplicabilidad y se ponderó la necesidad de evitar la contradicción. En especial, durante la integración de Muñoz, Herrera y Conte Grand se asumió una postura acorde con la finalidad del recurso y se dejó de lado el excesivo rigor formal en los requisitos para su procedencia:

Que se encuentran reunidos los requisitos que prescribe el art. 288 del Código Procesal, conforme la inteligencia dada a la norma en este pronunciamiento, para la admisibilidad del recurso articulado por la actora. En efecto, si bien los precedentes no fueron invocados en las presentaciones efectuadas por la actora, los mismos fueron dictados luego del llamado de autos de fs. 275, y con anterioridad al pronunciamiento recurrido, siendo contradictorios con la doctrina que lo sustenta (autos ‘Morales Bustamante, José y otros c/E.N.’, sala III, del 29/2/96: ‘Ares, Miguel Ángel c/E.N.’ y ‘Sánchez de Loria, José Ignacio y otros c/E.N.’, sala V del 29/12/95 y 21/2/96, respectivamente).

⁷⁹⁰ CNACAF, “Fiat Concord S.A.I.C. c/A.N.A. s/repetición”, Expediente n° 1708, sentencia del 16 de junio de 1981.

⁷⁹¹ CNACAF, Sala I, “Sanguineti, Tulio A. c/La Nación (D.G.I.) s/Repetición”, Expediente N° 713, sentencia del 30 de junio de 1981.

En consecuencia, aquél debe admitirse ya que si bien el recurrente no señaló oportunamente la contradicción, esto no es óbice para acoger el recurso, dado el momento en que fueron dictados los precedentes citados (conf. doct. Sala I, 16/6/81, E.D. 96-205) y teniendo en cuenta la finalidad de este remedio excepcional que la de ‘operar en beneficio de las partes, pero también y fundamentalmente en beneficio del Tribunal; para preservar la unidad final de su doctrina, y superar las contradicciones conceptuales que dañan y desautorizan la jurisdicción’ (Cód. Proc. Civ. y C. Com., Fenochietto-Arazi, Ed. Astrea, 1993, pág. 981). Asimismo, se trata de idénticos presupuestos de hecho.⁷⁹²

Esta interpretación acerca de la importancia de la unidad de criterio y la concepción de las salas como parte de un único tribunal —que es una de las principales tesis que esta investigación propone— se mantuvo e incluso se clarificó en otra sentencia de esta Sala, en la que se afirmó:

1. Que interpuesto en plazo el recurso (...), y luego de mencionar los precedentes jurisprudenciales que contradicen la sentencia dictada en autos el apelante señala que, en cuanto al requisito exigido por el art. 292 del CPCC, ello es la introducción oportuna del precedente jurisprudencial, no pudo ser efectuado con anterioridad al llamado de autos en la Alzada, en virtud de que los pronunciamientos dictados por las Salas III y V resultan simultáneos al fallo opuesto que esta apelación pretende revocar.
2. Que el objeto de este recurso consiste en la unificación de la jurisprudencia emanada de los tribunales nacionales, divididos en Salas, sobre la interpretación de la doctrina legal que se considera aplicable.
3. Que si bien uno de sus requisitos es la oportuna invocación del precedente jurisprudencial opuesto, ello no obsta a que, aún cuando la parte perdedora no haya cumplido con los recaudos del art. 292 del CPCC, la Sala compruebe que existe doctrina contradictoria entre las distintas Salas (...) y ordene la convocatoria a tribunal plenario.⁷⁹³

En suma, aquí el tribunal hace un uso apropiado de la facultad de autoconvocarse que posee, al advertir la existencia de contradicción y la imposibilidad de que el particular pudiese cumplir con los requisitos excesivos que habilitan el recurso de inaplicabilidad de ley. Exactamente lo mismo resuelve la Sala en la causa “Savino Eduardo José c/Poder Ejecutivo Nacional s/Empleo Público”⁷⁹⁴ y en “Fernández Viviana Beatriz c/M. de Salud y Acción Social y Sec. de la Función Pública s/empleo público”⁷⁹⁵.

⁷⁹² CNACAF, Sala I, “Álvarez, Marcos c/E.N. (M° de Justicia) s/Empleo público”, Expediente n° 7060/94, sentencia del 5 de septiembre de 1996.

⁷⁹³ CNACAF, Sala I, “Ciancia Adolfo Enrique c/Poder Ejecutivo Nacional s/Empleo Público”, Expediente n° 3934/96, sentencia del 23 de diciembre de 1996. El destacado no pertenece al original.

⁷⁹⁴ CNACAF, Sala I, “Savino Eduardo José c/Poder Ejecutivo Nacional s/Empleo Público”, Expediente n° 44726/95, sentencia del 14 de febrero de 1997.

⁷⁹⁵ CNACAF, Sala I, Expediente n° 16679/96, sentencia del 11 de junio de 1998, considerando 2°.

Es evidente que en este período y con esta integración el recurso de inaplicabilidad y la autoconvocatoria cumplían adecuadamente su finalidad. Las decisiones judiciales dictadas durante este período son ejemplo de que los magistrados pueden, si quieren, arbitrar los medios (o, mejor dicho, utilizar los medios que ya están previstos en la ley) para unificar la jurisprudencia. Y también ponen de resalto una consideración y preocupación efectiva de estos jueces en torno a la seguridad jurídica e igualdad⁷⁹⁶. En este sentido, algunos meses más tarde la Sala I se autoconvocaría a plenario, afirmando que:

En atención a que con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia, se han suscitado diferencias de criterio en la materia que surgen de las sentencias de la Sala IV de este fuero in re ‘Tulian, Luis Héctor’ del 28 de abril de 1998 y de esta Sala in re ‘Mazzioli’ y ‘Saffini’, del 24 de febrero de 1998 y 30 de abril de 1998, respectivamente, este Tribunal encuentra reunidos los requisitos contenidos en el art. 113 del Reglamento para la Justicia Nacional y el art. 302 del Código Procesal, debiendo, en su consecuencia, abstenerse de dictar sentencia en estos autos y convocar a tribunal plenario a efectos de unificar jurisprudencia⁷⁹⁷.

Lamentablemente, esa postura no fue mantenida años más tarde, a pesar de ser los mismos jueces quienes integraban la Sala, en una muestra más de la inestabilidad de criterios. Pueden verse, como ejemplos de esto, las dos sentencias que se citan en los siguientes incisos.

La interpretación restrictiva del recurso de inaplicabilidad y la reticencia hacia la unificación de criterios, finalmente, atraviesan la historia de la cámara. No obstante, es importante destacar aquellas excepciones circunstanciales, pues demuestran que los jueces, si así lo quieren, pueden dejar de lado el excesivo formalismo y evitar que la finalidad del recurso de inaplicabilidad se desvirtúe.

20. “Que no obstante que el precedente criterio coincide con el expresado por la Sala III de esta Cámara in re ‘La Caballeriza SRL’ del 1/6/99, en atención a la contraria solución alcanzada en este concreto punto 1 por la Sala IV in re ‘Georgalos Hnos S.A.’ del 1/6/99, corresponde imponer las costas de ambas instancias en el orden causado”⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ De hecho, en una sentencia de la época, Coviello sostuvo que “en la liquidación del subsidio establecido en la ley 22.674 no puede soslayarse, la doctrina establecida en los citados pronunciamientos del Alto Tribunal y de esta Cámara, sin quebrarse, en caso contrario, la igualdad de tratamiento jurídico que merecen las soluciones que en esta específica materia previsional se adopten.” CNACAF, Sala I, “Linares Elpidio Ruben c/Estado Nacional (Est. May. Gral del Ej.) s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, Expediente n° 30339/94, sentencia del 7 de octubre de 1997, considerando III.1.

⁷⁹⁷ CNACAF, Sala I, “Latorre, Juan Carlos Pascasio c/Fisco Nacional (DGI) s/Dirección General Impositiva”, Expediente n° 21515/95, sentencia del 2 de julio de 1998.

⁷⁹⁸ CNACAF, Sala I, “Líneas Aéreas Privadas Argentinas SA c/PEN – Dto. 1533/99 y otro s/amparo ley 16.986”, Expediente n° 6549/99, sentencia del 1 de julio de 1999, considerando X.

Aquí se está reconociendo explícitamente la existencia de una contradicción entre la Sala I y la III, por un lado, y la Sala IV, por el otro. Sin embargo, lejos de realizar una autoconvocatoria a plenario para resolverla, lo único que la Sala hace en mérito a la contradicción existente es imponer las costas en el orden causado⁷⁹⁹.

21. “Por lo demás, la solución que se propicia es coincidente con lo resuelto por este Tribunal in re ‘Kimpo S.A. (T.F. 8992-A) c/DGA’, el 22 de septiembre de 1999”⁸⁰⁰.

Este es un claro ejemplo de una “cita de apoyo”, en la que ya se han esbozados todas las argumentaciones y se ha “propiciado una solución”, es decir, se ha manifestado ya cuál es la decisión del tribunal y a mayor abundamiento se menciona un precedente de la Sala en el que se había arribado a la misma decisión. Es evidente que ese precedente no es argumento de autoridad o fundamento sustancial de la decisión tomada.

22. “En igual sentido se ha expedido la Corte Suprema (...) jurisprudencia recogida por esta Sala en las causas ‘Safrá C.I.F. c/A.N.A.’ del 9 de abril de 1997 y del 20 de octubre de 1998, que remiten a un pronunciamiento dictado con anterioridad, si bien con una composición que difiere de la actual, en los autos ‘Empresa Líneas Aéreas...’”⁸⁰¹.

La Sala cita un precedente propio, pero considera necesario indicar expresamente que fue dictado con una integración distinta de la que en ese momento existe. Esa indicación viene precedida de la expresión “si bien”, como si el precedente debiera ser considerado “a pesar de que” lo dictaron otros jueces que integraban la Sala en el pasado. El protagonismo de las personas físicas que integran el tribunal al momento de valorar el precedente es una constante en la jurisprudencia de esta cámara y refleja una concepción contraria a la objetividad del tribunal como órgano judicial independiente de sus miembros y de sus opiniones personales.

23. “[El recurrente] Sostiene básicamente que: a) el pronunciamiento es contradictorio con el emitido por esta Sala en la causa ‘Quattrochi, Humberto Martín y otros c/Banco Hipotecario Nacional’ el 14/5/98, ya que en este último se sostuvo que el Régimen Complementario Móvil de Jubilaciones tiene naturaleza contractual, mientras que en la sentencia recurrida no se le otorga ese carácter; b) en el fallo se

⁷⁹⁹ Otros casos de imposición de costas el orden causado por jurisprudencia contradictoria son: CNACAF, Sala I, “IOA S.A.C.I. c/DGI s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 340/97, sentencia del 15 de febrero de 2000; CNACAF, Sala IV, “Martinelli Duilio y otros c/Estado Nacional y otro s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 19651/96, sentencia del 18 de mayo de 2000 y los citados en la sección 5.E.v del presente capítulo.

⁸⁰⁰ CNACAF, Sala I, “Cencosud SA c/ANA – Estado Nacional – Resol. 2454/97 s/Administración Nacional de Aduanas s/contrato administrativo”, Expediente N° 18993/97, sentencia del 16 de marzo de 2000.

⁸⁰¹ CNACAF, Sala I, “Safrá C.I.F. (TF 8414-A) c/ANA”, Expediente N° 886/98, sentencia del 7 de marzo de 2000.

considera que el Régimen es análogo al de la Caja Nacional de Ahorro y Seguro, basado en principios de solidaridad (...)

Que el recurso no puede prosperar, toda vez que la cuestión de derecho relativa al carácter contractual del régimen compensatorio móvil —que no ha sido aceptado por la Sala III al considerar que el consentimiento no puede asimilarse al requerido para el perfeccionamiento de todo contrato—, no es el único argumento en el que se apoyan los fallos, ya que en cada uno de ellos se han abordado cuestiones que no han sido tratadas en el otro y se han valorado, además, presupuestos fácticos —ajenos por principio al remedio intentado— en forma absolutamente diversa”⁸⁰².

En este caso, la parte había interpuesto un recurso de inaplicabilidad de ley, pero la Sala consideró que la contradicción no era suficiente. Este es el comienzo de una interpretación restrictiva del recurso de inaplicabilidad por parte de la Sala I. Si bien esta Sala reconoció que existía contradicción sobre una cuestión de derecho que resulta sustancial a la cuestión planteada, decidió otorgar prevalencia a las diferencias fácticas que fueron consideradas en uno y otro caso. Justificó la decisión contradictoria por parte de ambas Salas en función de esas diferencias y de otros argumentos esbozados, en lugar de dar resolución a la contradicción que era patente y que, incluso si no hubiera sido la única razón por la cual se resolvieron los casos de forma diversa, era atendible por implicar una interpretación contraria de la naturaleza misma de un régimen que afectaría no solo a las partes de ese pleito en concreto, sino a múltiples personas, poniendo en peligro de ese modo la uniformidad y la seguridad jurídica.

Si acaso la Sala consideraba que existían, en los dos casos que se le presentaron, diferencias fácticas que justificaban la contradicción en las decisiones, debió haber explicarlas con mayor detalle. Asimismo, pudo en ese caso haber denegado el recurso de inaplicabilidad mas convocar igualmente a plenario para atender la contradicción en la interpretación del carácter contractual del régimen.

Con fecha 5 de octubre de 1999, tan solo dos meses después, la Sala debió resolver un recurso de reposición que había sido interpuesto en esta causa contra la denegación del recurso de inaplicabilidad⁸⁰³. En ese recurso de reposición, la parte (Casabal) manifestó que, en otro expediente (“Alioto”), pocos días después de que se le denegó su recurso de inaplicabilidad, otra Sala lo había concedido en base a la contradicción de esa sentencia (“Alioto”) con “Quattrochi” (la misma contradicción que existía entre “Casabal” y

⁸⁰² CNACAF, Sala I, “Casabal Ricardo Titto y otros c/Banco Hipotecario Nacional s/empleo público”, Expediente n° 21625/93, sentencia del 17 de agosto de 1999.

⁸⁰³ CNACAF, Sala I, “Casabal Ricardo Titto y otros c/Banco Hipotecario Nacional s/empleo público”, Expediente n° 21625/93, sentencia del 5 de octubre de 1999.

“Quattrochi” y que, sin embargo, no fue considerada suficiente para conceder el recurso en “Casabal”).

El recurso de inaplicabilidad de ley concedido en “Alioto” devino en un plenario, en donde se confirmó el criterio de “Quattrochi”. En suma, el único que terminó perjudicado fue Casabal, a quien se le denegó el recurso contra una sentencia que desarrollaba un criterio jurídico contrario al que luego sería adoptado como obligatorio en el plenario “Quattrochi”, alegando diferencias fácticas y sin indicación precisa de cuáles eran estas y por qué tenían mayor peso que la contradicción jurídica que existía entre la sentencia que lo perjudicaba y los demás precedentes de otras salas.

El criterio de “Quattrochi” luego sería confirmado en el plenario “Alioto”. De modo que si en “Casabal” no se hubiera sostenido una interpretación tan estricta del recurso de inaplicabilidad y la cámara se hubiera autoconvocado a plenario (lo que pasó solo días después en “Alioto”, a raíz de otro recurso de inaplicabilidad concedido), la inequidad a la que dio origen esa sentencia se hubiera evitado.

24. “Que, ello sentado, conviene principiar por recordar que, antes de ahora y en más de una ocasión (conf. in re ‘Casado, Abel y Casado, María Teresa soc. de hecho’, del 7/5/93; ‘Verde, Juan Antonio’, del 2/9/94; y, más recientemente, in re ‘Chiesa S.A.’, del 23/4/98), esta Sala tuvo la oportunidad de desarrollar una serie de consideraciones que, pese haberse aclarado que no significaban construir una doctrina general en la materia, hallándose dirigidos exclusivamente a reglar la situación ventilada en cada caso, en cierta medida fijaban las pautas para la adecuada interpretación y alcance del régimen de presunciones legales y métodos indiciarios establecidos en el art. 25 y C.C. de la ley 11.683...”⁸⁰⁴.

A pesar de que existen al menos tres precedentes en los que la Sala interpretó un régimen determinado en un sentido, se ocupa de aclarar que eso no constituye una “doctrina general en la materia”. La expresión entrecomillada, amén de ser confusa, no tiene antecedentes en la Sala ni un uso habitual que pueda dar cuenta de su significado. Sin embargo, se infiere a partir del contexto que la Sala quiso indicar expresamente que los tres precedentes eran regla solo para los casos que cada uno de ellos decidía y que no era posible, por ende, extraer de ellos una *ratio* o regla general que fuera aplicable siempre que se plantease esa misma cuestión.

⁸⁰⁴ CNACAF, Sala I, “Beraja, Alberto David y Dwed, José Roberto (TF 9904-I) c/DGP”, Expediente n° 29944/98, sentencia del 20 de septiembre de 1999, considerando III.

La preocupación por hacer esta aclaración demuestra la permanente intención de los jueces de quitar fuerza al precedente como fuente de autoridad fuera del caso que resuelve y reducirlo a una fuente de “pautas de interpretación”.

25. “Por el contrario, su planteo es genérico y sólo se encuentra dirigido a manifestar su disconformidad con la tasa de interés que fija la resolución de mentas, para lo cual cita la posición mantenida por la Sala IV del Fuero, in re ‘Fisco Nacional c/Cominco S.A.I.C. s/ejecución fiscal’, que si bien refleja el criterio mantenido por una de las Salas del Tribunal, en modo alguno puede ser extendido para juzgar la particular situación de autos, máxime cuando ningún elemento de juicio se ha arrimado a estas actuaciones —como era menester— tendiente a acreditar la inconstitucionalidad alegada...”⁸⁰⁵.

La Sala manifiesta que el precedente que la parte invoca en su favor “refleja el criterio mantenido por una de las Salas”, pero que no puede ser utilizado para resolver el caso actual. Esa decisión —de no utilizar el precedente— se refuerza o se reafirma, continúa diciendo la Sala, por la falta de prueba.

Si bien hacia el final podría identificarse una cuestión probatoria que justificase dejar de lado el precedente, lo cierto es que el lenguaje que la Sala emplea en este párrafo, la referencia al precedente como “el criterio mantenido por una de las Salas”, demuestra que los jueces no se sienten obligados a decidir la cuestión al igual que lo había hecho la otra Sala y que se consideran habilitados a tener un criterio distinto.

26. “Que respecto de la competencia del ente que aplicó la sanción la Sala comparte y da por reproducidas las consideraciones enunciadas en los precedentes de la Sala II de esta Cámara (fs. 340/342 vta. y fs. 348/350 vta.) coincidiendo con lo que allí se expone en el sentido de que la derogación...”

Más allá de que aquí se repite el patrón de “compartir los argumentos” como justificación de la invocación, lo notable en este caso es que, en lugar de realizar la cita completa de los precedentes que se invocan, se remite a determinadas fojas del expediente donde esos casos fueron citados.

Queda claro que la cita de precedentes en la sentencia judicial no es concebida como enlace de esa sentencia con los precedentes de la cámara, como mecanismo de formación de un cuerpo de jurisprudencia uniforme que constituyera una verdadera fuente del derecho. Se la visualiza, únicamente, como un fundamento más de la sentencia, dirigida exclusivamente a las partes y no a terceros que pudieran leerla (partes en otros pleitos, abogados, la sociedad entera, incluso). Esta es una de las tantas manifestaciones de la concepción de la sentencia

⁸⁰⁵ CNACAF, Sala I, “Allende, Eduardo Manuel y su acumulado s/Apelación – Impág. Espág. Regularización Impositiva”, Expediente n° 21726, sentencia del 30 de noviembre de 1993.

únicamente como resolutoria de una controversia determinada y no como acto de uno de los poderes del Estado, como vía de comunicación dotada de una función social.

27. “Es preciso recordar en tal sentido lo manifestado por esta Sala en su anterior composición respecto a cuestiones análogas a las de autos. En efecto, mis distinguidos colegas han entendido —en criterio que comparto— que el pago de la suma establecida...”⁸⁰⁶.

Queda en evidencia aquí la necesidad de subrayar que el precedente que se cita fue dictado por otra integración y, al igual que sucede cuando se cita un precedente de otra sala, se manifiesta que ese criterio se *comparte* (dejando, a contrario sensu, abierta la posibilidad de no compartirlo). Aún más, se atribuye el criterio a colegas y no a la sala o al tribunal al que forman parte, en coincidencia con la concepción de que el criterio jurídico es personal y con el protagonismo reconocido a las personas físicas que ocupan un cargo judicial.

En expresiones similares, se ha dicho que “[c]on relación al primer agravio planteado por la parte actora, esta Sala en su anterior composición ha entendido —en criterio que comparto— que el beneficio instituido por el decreto en cuestión se extiende a los funcionarios judiciales...”⁸⁰⁷. Asimismo, son múltiples los casos en los que en la cita de precedentes se aclara que pertenecen a otra integración⁸⁰⁸ (v.gr. “confr. esta Sala, en otra integración, in re ‘Weinzierl Federico Carlos c/CNRT – Infracción 20445/99 s/daños y perjuicios’, del 24/02/09”)⁸⁰⁹.

28. “Que esta es la doctrina que esta Sala I —ya con mi integración— sentara in re ‘Márquez’, por sentencia del 19/4/94, confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por resolución del 12/12/95, apartándose del criterio que con anterioridad siguiera en el caso ‘Caro’, del 11/11/93, que se invocó en la sentencia de la instancia anterior. En el mismo sentido se han pronunciado las Salas II (...) y IV (...) de esta Cámara...”⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ CNACAF, Sala I, “Altamira Vernet, Magdalena y otros c/Estado Nacional (Ministerio de Justicia) s/empleo público”, Expediente n° 4134/92, sentencia del 5 de marzo de 1996.

⁸⁰⁷ CNACAF, Sala I, “Toscano de Huerta, Susana R. y otros c/Estado Nacional (Ministerio de Justicia) s/empleo público”, Expediente n° 6070/92, sentencia del 2 de abril de 1996, considerando V.

⁸⁰⁸ Un funcionario de la Cámara manifestó, respecto de esto, que en sus proyectos incluía la expresión “con otra integración” con el objeto de advertir al juez que la sentencia que se invocaba no era de su autoría. Esto confirma la idea de que la sentencia se invoca no por su autoridad, sino por sus fundamentos y de que la persona física que resuelve es sustancial en el mantenimiento o apartamiento del precedente. Todo lo que no debería suceder en un sistema en el que el precedente fuese obligatorio.

⁸⁰⁹ CNACAF, Sala I, “Reggiardo Pablo Gilberto c/EN – M° JSDDHH – Gendarmería Nacional – Resol. 100 - 04 s/personal militar y civil de las Fuerzas Armadas y de Seg.”, Expediente N° 20898/04, sentencia del 5 de mayo de 2011.

⁸¹⁰ CNACAF, Sala I, “Gómez Calderón de Fossati Flavia Beatriz y otros c/Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) s/Empleo Público”, Expediente n° 16780/93, sentencia del 9 de abril de 1997, considerando 9.4.

Esta transcripción expone un cambio de criterio a partir del cambio de integración de la Sala. Pero, además, desde el momento en que se indica que el nuevo criterio es coincidente con el de las Salas II y IV, se deja de manifiesto la existencia de una contradicción anterior entre el criterio que tenía la Sala I y el criterio de, cuanto menos, esas dos Salas.

Es evidente que la contradicción entre salas o la modificación de un precedente de la misma sala no son asuntos que preocupen demasiado a los jueces ni que los inspiren a convocar a plenarios que permitan resolver la situación.

29. “Al respecto resulta oportuno recordar que conforme lo sostuvo la Sala IV de esta Cámara el 12 de marzo de 1986, in re ‘Coroce Hnos. S.R.L.’, y fue admitido por esta Sala en los antecedentes antes citados...”⁸¹¹.

Se manifiesta que lo que sostuvo la Sala IV “fue admitido” por la Sala I. La terminología utilizada invoca, una vez más, la discrecionalidad en la recepción de criterios desarrollados por otras salas.

30. “Sentado lo anterior corresponde anticipar que los agravios expuestos por el apelante no pueden prosperar toda vez que la cuestión sometida a conocimiento de esta Sala ya ha sido resuelta por este Tribunal al dictar sentencia in re: ‘Dal Bo Rubén Edgardo y otros c/Estado Nacional – Min. de Trabajo y Seg. Social s/empleo público’ del 5 de septiembre de 1996 (...) sin que los argumentos desarrollados por el recurrente alcancen para desvirtuar las conclusiones a las que se arribara en los pronunciamientos antes mencionados exigiendo un nuevo análisis del tema bajo examen”⁸¹².

Esta transcripción (que se repite en dos sentencias dictadas con meses de diferencia) refleja un posicionamiento diverso al que suele tomarse respecto al precedente, en tanto afirma que una pretensión no podría prosperar si ya hubiera sido resuelta en otro precedente de la sala, a menos que se presentaran nuevos argumentos que exigieran un nuevo análisis. Se trata de una fórmula similar a la que existe en la Corte Suprema⁸¹³, en virtud de la cual se reconocería cierta fuerza al precedente como principio general, a la vez que se admitiría la posibilidad de derribarlo frente a nuevos argumentos.

Sin embargo, si bien esta concepción se ha repetido durante esta integración de la Sala (y también en otras Salas —como se indicará oportunamente en cada caso—), lo cierto es que no es la que predomina en el tratamiento del precedente por parte de la CNACAF. En efecto, esta sección es una contundente prueba de que, por principio general, los cambios de

⁸¹¹ CNACAF, Sala I, “Línea Aérea Nacional de Chile S.A. c/Administración Nacional de Aduanas s/Aduana”, Expediente n° 954/93, sentencia del 20 de mayo de 1997, considerando IX.

⁸¹² CNACAF, Sala I, “Sammartano Diego c/Estado Nacional (Min. de Obras y Serv. Públicos s/empleo público”, Expediente n° 5482/92, sentencia del 23 de diciembre de 1957, considerando III; CNACAF, Sala I, “Bran de Stagni Carolina Norma y otros c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/empleo público”, Expediente n° 2546/91, sentencia del 18 de febrero de 1998, considerando III.

⁸¹³ Cfr. Legarre, S., *Obligatoriedad atenuada...*, *passim*.

jurisprudencia en la Cámara se operan por una libre discordancia entre el criterio que el precedente desarrolla y el de los jueces que deben resolver el caso.

31. “Que esta Sala comparte el criterio del señor Fiscal General, criterio que a su vez encuentra su apoyo en lo decidido por la Sala II del fuero in re ‘Imagen Satelital SA c/Cablevisión SA’, del 22/2/00, en la cual se sostuvo que de la lectura de los considerandos del decreto 1019/99...”⁸¹⁴.

Aquí la Sala utiliza el término “compartir” para referirse al criterio del Fiscal General. — que, como es sabido, no es vinculante—. Teniendo en cuenta que se trata de la misma terminología que se emplea para referirse al precedente de otra Sala (aquí y en tantos otros casos), se percibe que se le reconoce la misma fuerza a uno y otro. Aún más, en este caso, en vez de citar en primer lugar el precedente de la otra sala como fundamento suficiente para decidir en tal sentido, se cita primero al Fiscal General y luego se menciona el hecho de que ese criterio es también el de la Sala II.

32. “Que, sentado lo anterior, resulta posible anticipar que los agravios de la apelante deben prosperar. En efecto, ello es así a poco que se advierta que —como lo pusiera de relieve la Sala V de este Tribunal al dictar sentencia in re ‘Oeste Automotores S.A TF 14.447 - I’ del 2 de abril de 1996 y en la causa ‘Ugarte Cruz Justo (TF 15304-I) c/DGI’ del 11 de marzo de 1998, adoptando un criterio que esta Sala comparte...”⁸¹⁵.

Se funda la invocación como resultado de “compartir”, de “adherir” a un criterio desarrollado por otra Sala. Esta última frase evidencia que la sala no se considera capaz de atribuirse —a sí misma o a la cámara a la que pertenece— el criterio que otra sala ha desarrollado. Por el contrario, esa atribución sería absolutamente viable si las salas se visualizaran como divisiones de un mismo tribunal que es la cámara—.

33. “... el supuesto de autos se presenta sustancialmente análogo al que se resolviera en la Sala III por la sentencia del 30 de abril de 2010 (...) en la causa ‘Benito Roggio e Hijos c/EN – DNV – Resol. 777 y 463/01 (Expte. 7041, 7042 y 7022/99) s/proceso de conocimiento’ por lo que, por razones de brevedad, estimo conveniente remitir a las consideraciones en él vertidas, las que, en lo pertinente, resultan de aplicación al caso.

Si bien no suscribí dicho precedente, tengo para mí que la obligación asumida por la demandada en los términos de la resolución DNV n° 365/97 no es de naturaleza

⁸¹⁴ CNACAF, Sala I, “Noxes SA c/Comisión Nacional Defensa de la Competencia – RSL 23-V-00”, Expediente n° 19268/2000, sentencia del 22 de junio de 2000, considerando 3°.

⁸¹⁵ CNACAF, Sala I, “Banco de la Provincia de Formosa Sem (EL) (TF 17069 I) c/DGI”, Expediente n° 6327/2000, sentencia del 7 de septiembre de 2000, considerando 4°.

condicional, puesto que aquella norma no establecía que el reconocimiento de la deuda estuviera sujeto a que...”⁸¹⁶.

Cabe destacar, en primer lugar, que las partes involucradas en el caso transcrito y en el precedente que se invoca son las mismas. Asimismo, del nombre de los autos parece desprenderse que el objeto de la causa también es idéntico (o, cuanto menos, muy similar, en tanto se cita la misma resolución). No obstante, nada de esto resulta suficiente para que quien suscribe la sentencia se considere obligado a seguir un precedente de otra Sala, sino que la decisión es tomada en base a lo que el magistrado “tiene para sí”.

Por lo demás, la indicación expresa de la particular circunstancia de que el precedente no había sido suscripto por él evidencia, una vez más, la preponderancia que se le otorga al factor humano y personal por sobre el órgano judicial.

34. “II. La decisión [del a quo] se sustentó básicamente en los fundamentos y conclusiones expuestos el 3 de febrero de 2011 por la Sala III, al dictarse sentencia en la causa ‘Gómez Orlando Mario c/EN – Mº Justicia PFA s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.’

(...) La demandada (...) invoca lo resuelto por la Sala III en el precedente ‘Moreno Silvia’, el 30 de agosto de 2011 y adjunta una copia de esa decisión. Así planteadas las cosas, cabe comenzar por señalar que, tal como lo puso de relieve la apelante, tuvo la oportunidad recientemente de pronunciarme en una causa con ribetes fácticos y jurídicos sustancialmente análogos a los debatidos en las presentes actuaciones, al emitir mi voto en la causa ‘Moreno Silvia, c/E.N. – Mº de Justicia – P.F.A. – Dto. 6581/58 s/empleo público’, sentencia del 31 de agosto de 2011, en la que sostuve que un nuevo estudio de la cuestión debatida me persuadía de que la solución a la que se arribara en la causa ‘Gómez Orlando’, del 3 de febrero de 2011, en la que la jueza de grado sustentó su decisión, no podía ser mantenida”⁸¹⁷.

La transcripción da cuenta de que la parte y el juez de primera instancia fundaron su pretensión y su sentencia, respectivamente, en un precedente dictado en el mes de febrero por la Sala III (“Gómez”). Sin embargo, tan solo cinco meses más tarde, la Sala III habría decidido, en otro caso (“Moreno”), modificar ese criterio, alegando un nuevo estudio de la cuestión y dejando en evidencia la inestabilidad de la jurisprudencia que impera en el tribunal.

⁸¹⁶ CNACAF, Sala I, “Benito Roggio e Hijos SA c/EN – DNV – Resol 777 y 463/01 (Expte. 7069/99) s/proceso de conocimiento”, Expediente n° 5259/2010, sentencia del 18 de septiembre de 2012, considerando VI.

⁸¹⁷ CNACAF, Sala I, “Spinazzola Héctor Oscar c/EN – Mº Justicia PFA – Dto. 6581/58 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente n° 13438/2008, sentencia del 25 de febrero de 2012, del voto del Dr. Grecco al que adhirieron los Dres. Facio y do Pico.

En este caso, la Sala I, a través del voto de Grecco —quien pertenecía a la Sala III, pero se encontraba circunstancialmente integrando la Sala I— toma ese nuevo criterio de la Sala III. Cabe preguntarse qué hubiera sucedido si Grecco no hubiese integrado la Sala I en esta decisión. ¿Se habrían anoticiado los otros dos jueces del cambio radical de jurisprudencia operado en la Sala III en un plazo de tan solo cinco meses? ¿Hubieran confiado en el precedente citado invocado por la parte y por el juez a quo? Más aún, ¿qué hubiese pasado si quien integrara la Sala I en este caso no hubiese estado de acuerdo con el nuevo criterio? ¿La Sala I habría dictado una sentencia en contradicción con la III? Desafortunadamente, estas preguntas no pueden ser respondidas, aunque es posible vaticinar la respuesta, pues la historia de este caso no finaliza aquí. Medio año más tarde, la Sala I debió resolver un caso similar:

III. En su expresión de agravios, el actor cuestionó la sentencia apelada, en tanto: (...) no fueron considerados el pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Ramos, José Luis” (Fallos: 333:311), ni las sentencias dictadas por la Sala III en la causa ‘Gómez, Orlando’, del 3 de febrero de 2011, y la Sala IV en la causa “Lore, Miguel Ángel”, del 19 de mayo de 2011. (...)

Ante todo, debe señalarse que el criterio establecido en la sentencia dictada por la Sala III del fuero en la causa “Gómez Orlando”, el 3 de febrero de 2011, invocada por la recurrente, no se halla vigente en virtud del nuevo estudio de la cuestión que exhibió el pronunciamiento dictado por esa sala el 31 de agosto en la causa “Moreno Silvia c/EN M° de Justicia PFA...”⁸¹⁸

A través de esta nueva sentencia se puede ver que aquel criterio que la Sala III inicialmente había sostenido en “Gómez” no era un criterio aislado y gozaba del apoyo, cuanto menos, de la Sala IV, quien lo sostuvo en “Lore”. Sin embargo, la Sala I —integrada, una vez más, por Grecco, quien además fue quien emitió el voto preopinante— decidió volver a adherirse al cambio de jurisprudencia operado en la Sala III y suscribir el nuevo criterio. Cabría imaginar, una vez más, qué hubiera pasado si la vacante que cubría Grecco la hubiese cubierto un magistrado de la Sala IV (que tenía un criterio distinto).

Más allá de aquellos interrogantes, lo que no admite dudas es que, en la fundamentación de esta última sentencia, la Sala I se limitó a indicar que el criterio de la Sala III que invocaba el apelante “no está vigente”, pero no manifiesta absolutamente nada respecto de la sentencia de la Sala IV, que el apelante también había invocado como precedente a su favor. Es decir que la Sala I convalida una contradicción que evidentemente estaba causando perjuicios a más de una parte y generando expectativas que incluso eran reconocidas en primera instancia.

⁸¹⁸ CNACAF, Sala I, “Petti, Lucas Alfonso Hugo c/EN – M° Justicia PFA s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente n° 14979/05, sentencia del 29 de marzo de 2012. El destacado no pertenece al original.

35. “Por lo demás, resulta ilustrativo lo señalado por la Sala V de esta Cámara *in re* ‘Ferrocarril Belgrano S.A.’, sentencia del 23/9/96, cuando observó que la acumulación ‘consiste en la reunión material de dos o más procesos que, en razón de tener por objeto pretensiones conexas, no pueden ser sustanciados separadamente sin riesgo de conducir al pronunciamiento de decisiones contradictorias, e incluso de cumplimiento imposible por efecto de la cosa juzgada...’⁸¹⁹.

Aquí es claro que el precedente es considerado meramente ilustrativo, lo que excluye que se le conceda obligatoriedad⁸²⁰. El hecho de que se lo cite a continuación de un “por lo demás” también le otorga carácter de *obiter dictum*, algo dicho a mayor abundamiento y no sustancial para la resolución del caso en ese sentido.

36. “1º) Que (...) la parte actora interpone recurso de inaplicabilidad de ley contra la resolución (...) por la cual la Sala del Fuero (...) sostuvo que por imperio de lo dispuesto en el art. 12 de la ley 25.344 es requisito inexcusable formular —salvo dos supuestos ajenos al caso— el reclamo administrativo previo.

Sostiene básicamente que: (...) c) contradice los fallos de esta Sala 1 dictados en las causas ‘Young’ del 15/3/01 y ‘Arias’ del 17/5/01 en los que se sostuvo que subsiste la posibilidad de exceptuar la exigencia del reclamo administrativo previo cuando resulta evidente que el mismo constituye un ritualismo inútil a pesar de haber sido suprimido por la reforma de la ley 25.344.

2º) Que el objeto del recurso de inaplicabilidad de ley es unificar la jurisprudencia sobre cuestiones de derecho entre la sentencia recurrida y un precedente emanado de otras Salas del mismo Tribunal (...)

3º) (...) Que el recurso bajo examen no puede admitirse, ya que en las sentencias no se presenta una contradicción relativa a la interpretación de normas del derecho positivo y en cada caso se efectuó una valoración de las circunstancias propias de la causa.

(...)

Que el principio general del ritualismo inútil que dio sustento a los planteos formulados por los demandantes en los precedentes invocados, fue aplicado en forma

⁸¹⁹ CNACAF, Sala I, “Guerra Gustavo Andrés c/PEN – Dto. 1570/01 s/amparo ley 16.986”, Expediente N° 27039/01, sentencia del 5 de febrero de 2002, considerando 7º, el destacado no pertenece al original.

⁸²⁰ Sobre las categorías de “precedente meramente ilustrativo” y “precedente obligatorio” y sus diferencias en tanto diversas manifestaciones de la dimensión de la eficacia del precedente, puede verse el capítulo I sección 2.D.

supletoria y resulta incompatible con las exigencias del recurso interpuesto que se circunscribe a la interpretación de normas del derecho positivo”⁸²¹.

Este es un caso en el que una Sala (la V) exigía para la habilitación de instancia la interposición del reclamo administrativo previo, mientras que otra Sala de la misma Cámara (la I) no lo exigía, por considerarlo un ritualismo inútil. La contradicción dio lugar a la interposición de un recurso de inaplicabilidad de ley, el que, sin embargo, fue denegado por la Sala I en el entendimiento de que la contradicción se basaba en la aplicación de un principio general del derecho y no de una norma positiva.

Como se ve, la Sala se negó a resolver la desigualdad jurídica que la interpretación contradictoria generaba. De ese modo, ante situaciones similares, quien litigase ante la Sala V podría obtener la habilitación de la instancia, aunque no hubiere interpuesto un reclamo administrativo, mientras que quien litigase ante la Sala I, no tendría esa posibilidad. Si bien no se trata una cuestión definitiva —pues en cualquier caso se podría interponer el reclamo y luego proseguir con la tramitación de la causa— este caso es una prueba manifiesta de que la Cámara bajo análisis acepta con total normalidad la diversidad de criterios y el diferente tratamiento para las partes según la controversia sea decidida por una u otra sala.

37. “Que no comparto la solución a la que —con sustento en la doctrina sentada por la Sala IV de este fuero in re ‘Luis Solimeno e hijos SA (TF 9179-A) c/DGA’ del 30 de abril de 1999, la que fuera también receptada por los pronunciamientos de las Salas II y III de esta Cámara (confr. ‘Pesquera Sirius S.A. (TF 9785-A) c/DGA’ del 21 de noviembre de 2000 y ‘Creaciones Dairen SA (TF 9053-A) c/DGA’ del 1 de febrero de 2000, respectivamente)— se arriba en el voto que antecede”⁸²².

En este caso uno de los camaristas indicó que no compartía la solución desarrollada en el voto del vocal preopinante. Si bien esto podría considerarse normal en la toma de decisiones de una sala integrada por tres vocales, lo interesante es que el magistrado señaló expresamente que aquella solución que no compartía estaba basada, a su vez, en precedentes de tres de las cinco salas que integran la cámara. Es decir, el juez de cámara, a sabiendas, emitió su voto en sentido contrario a los precedentes de las Salas II, III y IV de la Cámara con el único fundamento de no compartir su criterio. Su voto, al recibir la adhesión de otro juez de la Sala, se convirtió en mayoría. Esto deja claro que los magistrados no se sienten obligados a seguir los precedentes dictados por otras salas.

En esta oportunidad, la Sala I dictó una sentencia contraria a precedentes de tres salas, sin siquiera considerar el hecho de que la existencia de esos precedentes reflejaría en sí misma

⁸²¹ CNACAF, Sala I, “Aracena Juan Humberto y otros c/Dirección General de Fabricaciones s/empleo público”, Expediente n° 1082/2001, sentencia del 5 de marzo de 2002.

⁸²² CNACAF, Sala I, “Jesús Eijo S.A. (TF 9292-A) c/DGA”, Expediente N° 6267/00, sentencia del 11 de abril de 2002, del voto del Dr. Buján, al que adhirió el Dr. Coviello. El voto al que se hace referencia, y con el que el vocal disiente, era el del vocal preopinante, el Dr. Litch.

un criterio con muchas probabilidades de ser mayoritario. Pues, en el supuesto de mínima, se puede saber con certeza que siete de los quince jueces estaban en contra de lo decidido en esta causa: dos jueces por la Sala II, dos por la III y dos por la IV más el magistrado disidente de la Sala I en este caso. Con lo cual, bastaba con que tan solo uno de los ocho jueces restantes adhiriera a ese criterio para constituirlo en mayoritario. Esta situación hubiera ameritado la convocatoria al pleno.

Este ejemplo es la otra cara de una moneda que se repite en muchos casos a lo largo de esta sección: así como se utiliza el verbo compartir para invocar un precedente cuando se está de acuerdo con la solución que él propicia, se deja de lado ese precedente cuando “no se comparte”. De este modo, se convalida lo inferido a contrario sensu en tantos otros casos citados a lo largo de esta sección: si se comparte el criterio, se invoca el precedente; si no se comparte, no se invoca o no se cita.

38. “Que me remito al relato de los hechos que se efectúe en el voto precedente, adelantando que no comparto la solución que —siguiendo el criterio plasmado en las sentencias de las Salas III y IV de esta Cámara, respectivamente recaídas in re ‘Medicina Integral Privada S.A. (TF 8276-A) c/ANA’ del 22 de octubre de 1988 y ‘Constructora Internacional Sanqui SA (TF 7500-A) c/DGA’ del 31 de marzo de 2000— en él propicia revocar la decisión del Tribunal Fiscal...”⁸²³.

Esta es una situación casi idéntica a la anterior: uno de los magistrados —Licht— no comparte la solución que está en línea con los precedentes de otras dos salas de la cámara y propone adoptar la solución contraria. La diferencia se da en este caso porque, al quedar el voto de Licht en disidencia, la decisión de la Sala I terminó siendo conforme con los precedentes de las Salas III y IV.

39. “Asimismo, es de destacar que, la doctrina que emana de la sentencia dictada por la Sala V del fuero *in re* ‘Petrobras Energía S.A. (T.F. 21.531-A) c/DGA’ (Expte. N° 5218/07) el 24/5/07 —invocada por la recurrente— en nada altera la solución alcanzada, habida cuenta que se encuentra pendiente de resolución a raíz del recurso extraordinario federal contra ella intentado (conf. expte. C.S. n° 1142/07, t. 43...)”⁸²⁴.

Del considerando transcripto parece desprenderse que el valor del precedente de otra sala de la misma cámara recién comenzaría una vez que este fuera confirmado por la Corte Suprema. Más bien, cabría preguntarse si el precedente de otra sala tiene valor por sí mismo o si es la ratificación por parte del tribunal supremo lo que le confiere un valor. En uno u otro caso, esta consideración se aleja de la justicia, a menos que se interrumpiese el dictado de sentencia en este caso hasta que la Corte decidiera. Pero, en este caso, no es eso lo que sucede:

⁸²³ CNACAF, Sala I, “Empresa Argentina de Cemento Armado S.A. (TF 8320-A)”, Expediente N° 13905/98, sentencia del 18 de abril de 2002. Del voto en disidencia del Dr. Licht, considerando I.

⁸²⁴ CNACAF, Sala I, “Petrobras Energía SA c/EN – DGA – Dispág. 213/06 (Expte. 400553/02) s/Dirección General de Aduanas”, Expediente n° 22901/2006, sentencia del 3 de septiembre de 2009, considerando VI.

el recurrente ha alegado la existencia de un precedente de otra sala que avala su pretensión y la sala que está resolviendo su caso se niega a utilizarlo y dicta una sentencia contraria a ese precedente, en el entendimiento de que ese precedente no puede tener incidencia en el resultado del juicio pues se encuentra a examen de la Corte. Se trata de un argumento inédito en la CNACAF que demuestra, una vez más, la inconsistencia en el reconocimiento del precedente. En algunos casos aislados, esta concepción, de acuerdo con la cual el precedente no tiene fuerza hasta ser evaluado por la Corte, se vislumbra cuando los jueces, al invocar el precedente, manifiestan expresamente que fue confirmado por la Corte Suprema.

En un escenario posible, la Corte confirmaría ese precedente de la Sala V; sería, sin embargo, demasiado tarde para la parte de este caso, quien recibió un resultado adverso a su pretensión y contrario a ese precedente. Solo le quedaría interponer el recurso extraordinario y confiar en que la Corte decida que el caso es de relevancia suficiente y, luego, haga lugar al recurso (a sabiendas de que la Corte muchas veces ha negado su competencia para resolver contradicciones entre sentencias de diversas salas, en el entendimiento de que a ese fin existe el recurso de inaplicabilidad de ley). Esto vulneraría no solo la seguridad jurídica, sino también la economía procesal, provocando un dispendio jurisdiccional.

Como dato de color, cabe destacar que las partes en el precedente de la Sala V y en este caso que aquí se transcribe son las mismas: Petrobras Energía S.A y Dirección General de Aduanas. La desigualdad de tratamiento jurídico es, en este caso, más que evidente.

En el siguiente inciso se analizará cómo fue zanjada esta contradicción, que no solo se limitó a estas dos causas, sino que involucró a todas las salas en múltiples ocasiones.

40. Entre los años 2007 y 2011 se dio una grave contradicción entre las salas de la CNACAF en torno a la constitucionalidad del decreto 389/95 de la Dirección General de Aduanas. Los precedentes invocados en el acápite anterior fueron parte de esta contradicción que habría enfrentado, a simple vista, a la Sala V con el resto de las salas de la Cámara.

La contradicción dio lugar a múltiples pleitos y no fue zanjada mediante un recurso de inaplicabilidad de ley, sino que, finalmente, fue la Corte Suprema quien debió establecer el criterio que luego las salas adoptarían, como es posible anticipar de lo analizado más arriba. A continuación, se expondrán brevemente la serie de fallos dictados en torno a esta cuestión, para hacer patente esa contradicción y el dispendio jurisdiccional que debió ocasionar:

- (a) 24 de mayo de 2007: La Sala V dicta una sentencia en la causa “Petrobras Energía S.A. (T.F. 21.531-A) c/D.G.A. (Expte. 5218/07)” por la que declara inconstitucional el decreto 389/95.
- (b) 1 de abril de 2008: La Sala IV dicta sentencia en la causa “Petroken Petroquímica Ensenada S.A. c/E.N.-D.G.A.-Resol 1067/04 s/A.N.A.”, declarando la constitucionalidad del decreto.

- (c) 5 de noviembre de 2008: La Sala I dicta sentencia en la causa “Natelco S.A.I.C. c/E.N. – A.F.I.P. – D.G.A. (Expte. 4915/03) s/Administración Nacional de Aduanas” en la que declara la constitucionalidad del decreto.
- (d) 3 de septiembre de 2009: La Sala I dicta sentencia en la causa “Petrobras Energía SA c/EN-DGA-Disp 213/06 (Expte. 400553/02) s/Dirección General de Aduanas”, Expediente N° 22901/2006, declarando la constitucionalidad del decreto y citando la causa Natelco en sustento de su posición. A su vez, se remarca que el precedente de la Sala V no alteraría la solución, en tanto se encontraba pendiente de resolución el recurso extraordinario ante la Corte Suprema.
- (e) 11 de febrero de 2010: la Sala I dicta sentencia en la causa “Petrobras Energía SA c/EN-DGA-Dto 389/95-Resol 48/07 Di Rars s/Dirección General de Aduanas”, Expediente n° 31.616/2007, declarando la constitucionalidad del decreto, con cita del propio precedente “Natelco” e indicando que el precedente de la Sala V no sería considerado pues estaba pendiente la resolución del recurso extraordinario contra él interpuesto ante la Corte Suprema.
- (f) 16 de febrero de 2010: la Corte Suprema hace lugar al recurso extraordinario en la causa “Renault Argentina S.A. (TF 19.292-A) c/DGA”, Fallos: 333:24, y declara la constitucionalidad del decreto, con remisión al Dictamen de Procuración. Si bien fue imposible acceder a la sentencia de la CNACAF que dio origen a este recurso extraordinario, sí es posible confirmar, a partir del fallo de la Corte, que la causa provenía de la Sala V, donde es fácil suponer que se había declarado la inconstitucionalidad del decreto.
- (g) 9 de marzo de 2010: la Corte Suprema hace lugar al recurso extraordinario en la causa “Petrobras Energía S.A. (T.F. 21.531-A) c/D.G.A. (Expte. 5218/07)”, dejando sin efecto la sentencia de la Sala V y declarando la constitucionalidad del decreto en cuestión.
- (h) 18 de mayo de 2010: la Sala I dicta sentencia en la causa “Petrobrás Energía SA c/EN –DGA-Resol 38/07 DIRARS s/Administración General de Aduanas”, Expediente n° 27.535/07, declarando la constitucionalidad del decreto.
- (i) 10 de agosto de 2010: la Sala I dictó sentencia en la causa “Petrobras Energía SA c/EN-M° Economía-DGA-Resol 99/06 (Expte 400563) s/Dirección General de Aduanas”, Expediente n° 18339/2007, declarando la constitucionalidad del decreto bajo examen, con cita de los precedentes “Natelco” y “Renault” (este último, de la Corte Suprema).
- (j) 27 de diciembre de 2010: la Sala I dicta sentencia en “Ralston Purina Argentina SA c/EN DGA Resol. 218/05 (Expte. 428885/01) s/Dirección

General de Aduanas”, Expediente n° 23959/2006, declarando la constitucionalidad del decreto.

- (k) 15 de marzo de 2011: La Sala I dicta nueva sentencia en la causa “Petroken Petroquímica Ensenada c/EN – DGA Resol. 484/04 (expte. 429168/02) s/Dirección General de Aduanas”, Expediente n° 27011/04. Esta causa había sido resuelta por la Sala V, declarando la inconstitucionalidad del decreto. La Corte Suprema revocó esa sentencia y mandó a dictar nueva sentencia, que es la que dicta la Sala I. Aquí, la Sala I resuelve declarar la constitucionalidad del decreto, siguiendo un razonamiento que puede resumirse del siguiente modo: (i) esta Sala ya resolvió un caso análogo (“Natelco”); (ii) El criterio de “Natelco” fue confirmado por la Corte Suprema en otro caso (“Renault”); (iii) El precedente de la Sala V que invoca el recurrente fue dejado sin efecto por la Corte Suprema (“Petrobras”).
- (l) 15 de marzo de 2011: El mismo día que resuelve “Petroken”, la Sala I resuelve también un caso idéntico, utilizando el mismo razonamiento que se ha detallado en el inciso (k). El caso era “Ford Argentina SCA c/EN-DGA-Resol 1349/0 ADEZ 2 (expte. 42347/02) s/Dirección General de Aduanas”, Expediente N° 26.610/05.

Es evidente que la tramitación de muchas de estas causas (si no de todas) se hubieran evitado si la Sala IV, en lugar de simplemente dictar una sentencia contraria a la de la Sala V —desoyendo el precedente horizontal—, hubiese convocado un plenario para resolver la contradicción. Es muy probable que en ese plenario se hubiera fijado la constitucionalidad del decreto, obligatoria para todas las salas y para los tribunales inferiores y eso habría zanjado la cuestión y evitado múltiples causas, tanto en la Corte Suprema como en la propia CNACAF. Este es un ejemplo concreto de cómo la falta de reconocimiento de obligatoriedad al precedente de otra sala y la no utilización del fallo plenario para resolver contradicciones generan un grave dispendio jurisdiccional que atenta tanto contra la seguridad jurídica como contra la economía procesal.

41. “No se comparte lo que fuera decidido por la Sala IV del fuero —en anterior composición— in re ‘Franchi, Antonio Rafael’ —del 14/5/1998—, toda vez que el régimen implementado por la resolución 870/86 no resulta obligatorio para el importador inscripto”⁸²⁵.

“No se comparte” es el fundamento que la sala brinda para justificar el apartamiento de un precedente de otra sala en un asunto análogo. Ya se ha analizado más en detalle cómo esto demuestra que las salas no reconocen la obligatoriedad horizontal del precedente, sino que

⁸²⁵ CNACAF, Sala I, “BAE SRL c/DGA (Expte. 602138/96) s/Administración Nacional de Aduanas”, Expediente N° 3456/2000, sentencia del 16 de febrero de 2010.

simplemente lo invocan y lo siguen si lo comparten y, caso contrario, no lo invocan o, en algunos casos en los que posiblemente es la parte la que trae a colación el precedente, simplemente indican que no lo seguirán porque no están de acuerdo con él.

Si bien no es este el caso, se ha dado un tercer escenario en el que la parte invoca un precedente de otra sala y la sala resuelve en contra de ese precedente, haciendo absoluto caso omiso de el precedente de la otra sala invocado por la parte, es decir, sin siquiera mencionarlo o justificar el apartamiento.

42. En la causa “Lembo Liliana Beatriz y otros c/ EN- M° Justicia – CSJN- CM Dto 5046/01 s/empleo público”, la cuestión planteada consistía en dilucidar si correspondía abonar a los actores una suma por haber desempeñado tareas adicionales a las de su cargo. La decisión de la Sala I es que sí correspondía el pago de estos adicionales, en una votación 2-1. Son los precedentes citados en cada uno de los votos los que ameritan un análisis más detallado de este caso.

El juez Buján, vocal preopinante, quedó en disidencia. Él consideró que el pago de esa suma no correspondía y citó, en defensa de su posición, un precedente de la Sala II “González María Dora y otros c/E.N. – C.S.J.N. – Consejo Magistratura – Dto. 5046/51 s/empleo público”, del 13 de julio de 2010.

El juez Grecco, por su parte, entendió que sí correspondía hacer lugar parcialmente a la pretensión, con cita, como único sustento de su decisión, de un precedente de la Sala III, en cuyo dictado él mismo había participado:

Que la cuestión controvertida en las presentes actuaciones es análoga respecto de la cual me pronunciara en la causa n° 37045/04 caratulada “Reisenman Eugenia Victoria y otros c/EN-CSJN-Consejo Magistratura-Dto. 5046/51 s/empleo público”, sentencia del 5 de agosto de 2009 – Sala III de esta Cámara-, cuya copia se adjunta e integra la presente.

Finalmente, el juez Treacy —aquí, subrogante— citó un precedente de la Sala V, firmado por él en su carácter de vocal de esa Sala; precedente en el cual se había hecho lugar al pago de la suma total solicitada en base a la misma Acordada que estaba en juego en este caso. Sin embargo, a fin de conformar su voto con el voto de Grecco, lo modifica parcialmente y concede únicamente un 50% de la suma solicitada por los actores. Así, sostuvo:

Que en lo que respecta a los agravios contra la sentencia de primera instancia, el suscripto ha tomado intervención en una causa análoga, en que se debatía la procedencia del pago del adicional por subrogancia a funcionarios de otros fueros que también habían debido desarrollar tareas en virtud de lo normado por las Acordadas Nros. 11/02 y 1/03 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En esa oportunidad la Sala que integro decidió, a partir de un planeo semejante al de estos autos, que resultaba procedente el pago de una suma equivalente al 33% del sueldo que percibían los actores, en concepto de adicional por subrogancia, con base en el artículo 1° del Decreto N°

5046/51 (Sala V, in re “Uriarte, Fernando Alcides y otros c/EN-CSJN-Consejo de la Magistratura-Dto. 5046/51 s/empleo público”, del 13/04/2010).

Que sin perjuicio de remitirme a los fundamentos vertidos en aquella oportunidad, en punto a la procedencia de la pretensión de los actores, estimo necesario un nuevo examen de la cuestión —atento a lo que resulta de los dos votos que anteceden— a fin de establecer una mayoría en la presente causa en lo relativo a la cuantía del monto que cabe reconocer a los pretensores de autos. Ello, en tanto el voto del Dr. Grecco se expide en el sentido de que corresponde el pago de una suma adicional en contraprestación por las tareas desempeñadas en virtud de las acordadas mencionadas, equivalente al 50% del porcentual previsto...”

En suma, del análisis de estos precedentes es posible extraer las siguientes conclusiones, que realmente son alarmantes y, a su vez, evidencian palmariamente lo que esta tesis intenta demostrar:

(a) La persona cuya causa fue sorteada a la Sala II (María Dora González) no recibió absolutamente nada de las sumas adicionales previstas en el Decreto 5046/51.

(b) Quienes tuvieron la suerte de que la Sala V saliera sorteada para resolver sus planteos (Fernando Uriarte y otros), recibieron el total de la suma adicional prevista en el Decreto.

(c) Finalmente, a quienes les salió sorteada la Sala I, recibieron el 50% de las sumas previstas en el Decreto.

(d) Si, a causa del azar, no hubiera sido Treacy, sino, por ejemplo, un juez de la Sala II, el que hubiese cubierto la vacante de la Sala I para resolver aquel caso, la solución habría sido diametralmente opuesta.

A esto se alude en la presente investigación cuando se indica que, en ausencia de obligatoriedad horizontal del precedente, el resultado del pleito depende (muchas veces totalmente) de la sala sorteada para resolver.

43. “... esta Sala en una anterior composición que integré, adherió a la aplicación del precedente ‘Nahoum’ dictado por la Sala IV que cita la señora magistrado de grado a fin de atribuirle responsabilidad al Estado por el anormal funcionamiento derivado de la intervención inadecuada de un martillero público (cfr. Capra, Fabián Héctor c/EN s/varios, sentencia del 22/05/1995)”⁸²⁶.

El uso del verbo adherir(se) elimina la obligatoriedad y refleja la opción y libre decisión de seguir o no el precedente. En efecto, el segundo significado del término de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española es “sumarse a un dictamen, una propuesta, una opinión, un partido, etc.”⁸²⁷.

⁸²⁶ CNACAF, Sala I, “Cirulli María Elisa c/EN y otros s/daños y perjuicios”, Expediente N° 17737/1999, sentencia del 29 de agosto de 2011.

⁸²⁷ Cfr. <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=adherir>, última visita el 7 de agosto de 2018.

ii. Sala II

44. “Que, sobre la misma cuestión debatida en autos, suscitada también en otras actuaciones judiciales que presentan marcada identidad con estos actuados, ha tenido esta Sala oportunidad de pronunciarse en fecha 7 de julio de 1987, en la causa ‘Gelos, Lidia Albina Seber de contra Resolución Nro. 1100 del Ministerio del Interior sobre arts. 28, 29 y 30 del decreto-ley n° 15.943/46’. En virtud de ello, y en lo que se refiere a la materia en análisis, la similitud de circunstancias configuradas en uno y otro caso, torna aconsejable que en el *sub-judice*, se procedan a utilizar idénticas argumentaciones a las que fueron esgrimidas en el antecedente arriba citado y acompañar copia autenticada de dicho fallo, para conocimiento de las partes”⁸²⁸.

De esta cita surge que, a pesar de la “marcada identidad” y “similitud de circunstancias” entre el caso que debía resolver la Sala y un precedente, la utilización de “idénticos argumentos” era simplemente “aconsejable”. De aquí pueden extraerse diversas conclusiones:

(a) Aconsejable no es obligatorio. Es, por el contrario, un curso de acción considerado correcto, certero,

(b) Idénticos argumentos no son la *ratio*. La Sala no busca en el precedente la proposición de derecho con la cual podría resolver el caso, sino que hace hincapié en los argumentos o razones jurídicas que subyacen a esa razón y son esos argumentos los que vuelve a utilizar para resolver un caso de marcada identidad. Como se ve, aquí hay un razonamiento analógico y no un razonamiento comparativo propio de la doctrina del precedente.

(c) La incorporación del precedente como parte de la sentencia actual denota no solo las fallas de publicidad de las decisiones judiciales a las que ya se ha hecho referencia en esta investigación, sino también el convencimiento de parte del tribunal de que no basta la invocación de un precedente con marcada identidad a los fines de resolver un nuevo caso, sino que este debe estar físicamente integrado en la sentencia presente para formar parte de él.

45. “En casos análogos al presente se ha llegado al mismo resultado (Sala III “Colombo Murua” y “Bonnet” del 19-XI-87 y 23-VI-88, respectivamente)”⁸²⁹.

La mención de casos análogos en el último considerando de una larga sentencia da cuenta de que el hecho de que exista un precedente análogo, enteramente aplicable al caso actual,

⁸²⁸ CNACAF, Sala II, “Berlingeri, Ángel Salvador c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal”, Expediente n° 14459, sentencia del 25 de abril de 1988, considerando 2°. Como prueba de las planchas que se utilizan en la redacción de la sentencia, idéntico párrafo al citado puede encontrarse en el considerando 3° de la sentencia “Artigas de Garzón, Emma Sofía c/ Estado Nacional (M° de Defensa) s/ordinario”, Expediente n° 18816, sentencia del 28 de febrero de 1989.

⁸²⁹ CNACAF, Sala II, “Aria, Juan Carlos c/ Estado Nacional (PÁG.E.N.) s/ ordinario”, Expediente n° 17337, sentencia del 7 de septiembre de 1989, considerando 11.

no se visualiza como la razón primera, suficiente y fundante de la decisión, sino como el último argumento, dicho a mayor abundamiento, que simplemente fortalece la decisión ya tomada por todos los argumentos anteriores.

46. “Por lo demás, los precedentes jurisprudenciales invocados por el actor no recayeron en situaciones de hecho análogas a la de la presente causa y las normas que en ellos se analizaron no contemplaron situaciones similares a las consideradas por el decreto, razón por la cual debe desestimarse su aplicación al caso de autos”⁸³⁰.

En el último tramo de esta sentencia, y a mayor abundamiento (“por lo demás”, como algo que no agrega mucho y se menciona al pasar), la Sala II confirmó que los precedentes invocados no poseían la suficiente analogía para ser aplicados a este caso. Si existiese un reconocimiento de obligatoriedad del precedente, según el cual la sala se considerara obligada a seguirlo, esta consideración que se hace al final y a mayor abundamiento debería ser la primera en realizarse; pues si la analogía hubiera sido suficiente, eso habría bastado para resolver el caso sin necesidad de ningún otro argumento adicional⁸³¹.

Asimismo, similares expresiones a las utilizadas en el párrafo transcrito son las que se utilizan para citar, por ejemplo, jurisprudencia italiana, lo que muestra que para la cámara el precedente propio no tiene siquiera mayor fuerza que el foráneo⁸³².

47. “Por lo demás, es también la solución dada por esta Sala, con otra constitución, en otros precedentes (in re: ‘Tancredi’, ‘Mantaras’ y ‘Rosso’ con fecha 4/6/87, 23/12/87 y 19/4/88 respectivamente...”⁸³³.

Aquí aplican las consideraciones realizadas en el inciso anterior, en lo relativo a que el precedente sea invocado hacia el final y seguido, otra vez, de un “por lo demás”.

Por otro lado, en este caso se menciona explícitamente que el precedente que se está invocando fue dictado por la sala con otra integración. Como también se ha visto en otras oportunidades, la mención de esta circunstancia por parte de los camaristas denota una concepción en virtud de la cual cada cambio de integración implica la conformación de un nuevo tribunal. Si, en cambio, primara la colegialidad, la indicación de que el precedente ha

⁸³⁰ CNACAF, Sala II, “Mascarehnas Marco Aure c/ Est. Nac. (M° del Int.) s/ impugnación de acto administrativo y medida cautelar”, Expediente n° 22458, sentencia del 14 de marzo de 1991. El destacado no pertenece al original.

⁸³¹ La mención de precedentes en el último considerando, como un argumento a mayor abundamiento y al pasar, es moneda corriente. Otras sentencias en las que puede visualizarse esto son: CNACAF, Sala II, “Lemus de Lemos, Rosa c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/ordinario”, Expediente n° 14385, sentencia del 24 de marzo de 1988, consid. 7°; CNACAF, Sala II, “Andrés Carlos A c/BCRA s/cobro de australes”, Expediente n° 21497, sentencia del 8 de noviembre de 1990; Sala II, “Industrias F. Nelson S.A. s/apelación – A.N.A.”, Expediente n° 21578, sentencia del 30 de abril de 1992.

⁸³² Véase, por ejemplo, la sentencia dictada en CNACAF, Sala II, “Di Gioia, María Elena c/Est. Nac. s/juicios de conocimiento”, Expediente n° 26466, sentencia del 1° de febrero de 1993, considerando vii.

⁸³³ CNACAF, Sala II, “Bernadsky, Enrique c/ B.C.R.A. s/ ordinario”, Expediente n° 21037, sentencia del 16 de abril de 1991. El destacado no pertenece al original.

sido dictado “con otra constitución” podría sencillamente ser dejado de lado, pues no agrega ni quita nada a su valor como tal.

48. “Por las razones expuestas, las concordantes del a quo y jurisprudencia sobre el tema (Sala III in re “Acosta”, sentencia del 24 de noviembre de 1988 y citas), corresponde confirmar con las precisiones que se determinan...”⁸³⁴.

Esta es una fórmula que se repitió en varias sentencias subsiguientes de la Sala II. Aquí, la cita del precedente no solo se realiza al pasar y como argumento adicional más que fundante, sino que se reduce a una simple mención genérica dentro de la última oración de la sentencia. En esa última razón se atribuye la decisión en primer lugar a las razones desarrolladas a lo largo de la sentencia, a lo que luego se agregan como fundamentos adicionales los fundamentos del tribunal inferior y el precedente existente de otra Sala. Se ve entonces que el lugar que se le otorga al precedente en los fundamentos de la sentencia dista mucho de ser central y no coincide con el lugar que debería otorgársele si se considerara obligatorio.

49. “En este sentido resulta ilustrativo recordar lo resuelto por la Sala IV —en oportunidad de sentenciar la causa ‘Crosetto, Oscar Luis y otros c. Superintendencia de Seguros de la Nación s/cobro’ en la que se ventiló una cuestión análoga a la del sub-examen, en el sentido de que...”⁸³⁵.

Recordar lo resuelto por la Sala IV resulta meramente ilustrativo del criterio que la Sala II ya adoptado. Si es ilustrativo, es un ejemplo, un argumento adicional; no es obligatorio.

50. “Que tal criterio jurisprudencial es el que adopta esta Sala a partir de su nueva integración. Siendo del caso señalar que el precedente citado por el apelante corresponde a su anterior integración que, con el voto de la mayoría de sus miembros —uno de los suscriptos lo hizo en disidencia—, se había pronunciado en el sentido propiciado por aquel”⁸³⁶.

Este es un claro caso de cambio de jurisprudencia por cambio de integración, lo que evidencia a las claras el débil vínculo que los miembros de la cámara mantienen con el precedente. El cambio de personal del tribunal es para ellos motivo suficientemente válido para que el precedente del tribunal varíe, sin necesidad de brindar mayores explicaciones.

51. “Que, como lo señala el Procurador Fiscal de Cámara en el dictamen de la causa ‘Serrano, Juan Carlos y otros c/Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía

⁸³⁴ CNACAF, Sala II, “Fernández Beatriz c/Comisión Municipal de la Vivienda s/Sumario”, Expediente n° 18412, sentencia del 3 de agosto de 1989.

⁸³⁵ CNACAF, Sala II, “Pappacena, Rubén M. c/Superintendencia de Seguros de la Nación s/varios”, Expediente n° 7050/94, sentencia del 28 de marzo de 1995.

⁸³⁶ CNACAF, Sala II, “Fernández Morán, Marcela c/M° de Educación y Justicia s/amparo por mora”, Expediente n° 5117/92, sentencia del 19 de noviembre de 1992, considerando 3°.

Federal’ (fallada por la Sala I de esta Cámara el 30 de marzo de 1993, en sentido contrario), cabe recordar que el establecimiento de un régimen distinto al vigente y más favorable a los interesados no es de incumbencia de los jueces”⁸³⁷.

En este caso se da un claro apartamiento del precedente de la Sala IO, de parte de la Sala II. De hecho, esta última, se limita a mencionar, al pasar y entre paréntesis, que la Sala I decidió lo contrario a lo que ella está resolviendo ahora, sin ningún tipo de fundamentación o argumentación que sustente el apartamiento.

52. “A mi juicio, la Sala III de la Cámara en el pronunciamiento que integra el decisorio apelado ha resuelto con corrección la cuestión y no encuentro que la demandada se haya hecho cargo del argumento central que lo sustenta y que transcribo a continuación...”⁸³⁸.

De aquí surgen varias cuestiones interesantes: (i) el magistrado evalúa la *corrección* del precedente de la otra Sala. Esto significa que, en caso de que considerara que el precedente fue decidido erróneamente, sencillamente lo dejaría de lado sin más; (ii) ese examen de corrección lo hace el magistrado sin otro parámetro más que su propio juicio (“a mi juicio”); (iii) si la demandada hubiera presentado argumentos que refutaran el argumento central del precedente, el magistrado también lo hubiera examinado a la luz de esos argumentos, dejando abierta la posibilidad de apartarse de él en ese caso (“no encuentro que la demandada se haya hecho cargo del argumento central que lo sustenta...”); (iv) lo único que se transcribe y se considera del precedente es su argumento central, ni los hechos ni la cuestión jurídica presentada son tenidos en consideración.

53. “Sobre el punto, comparto el criterio expuesto por la Sala I del Fuero en autos ‘Palacios, Mario Luis c/Estado Nacional’, el 19 de abril de 1994, en el sentido de que el fundamento del decreto 1885/92 fue la necesidad de adecuar los niveles salariales...”⁸³⁹.

“En lo atinente al decreto 511/86, cabe señalar que comparto la tesis adoptada por la Sala IV del Fuero, en autos ‘Macдона, Federico R. c/Estado Nacional s/ordinario’, el 31 de mayo de 1988 —confirmada por la Corte Suprema el 14 de noviembre de 1989— ...”⁸⁴⁰.

El verbo “compartir” denota un lenguaje alejado de la concepción de precedente obligatorio. Ya se ha dicho anteriormente: lo que se comparte es aquello con lo que se está

⁸³⁷ CNACAF, Sala II, “Ventura Alberto Eduardo y otros c/Caja de Retiros Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal”, Expediente n° 12104/93, sentencia del 4 de noviembre de 1993, considerando 5°.

⁸³⁸ CNACAF, Sala II, “Deutz Argentina S.A.I.C. y F. c/A.N.A. s/repetición”, Expediente n° 29458, sentencia del 2 de septiembre de 1993, considerando 6° del voto de Damarco.

⁸³⁹ CNACAF, Sala II, “Medina Muñoz Raúl Agustín c/Estado Nacional (M° de Relaciones Exteriores y Culto) s/juicio de conocimiento”, Expediente n° 4033/93, sentencia del 6 de octubre de 1994, voto de Herrera.

⁸⁴⁰ CNACAF, Sala II, “Doncel, Mario Andrés c/Estado Nacional (M° de Defensa – Armada Nacional) s/haber de retiro de Fuerzas Armadas y de Seguridad”, Expediente n° 14904/93, sentencia del 21 de junio de 1994.

de acuerdo, con lo que se coincide. A contrario sensu, es posible inferir que si no se compartiera el criterio expuesto, probablemente se lo dejaría de lado. Esto se ha visto más arriba en referencia al análisis del lenguaje y su relación con la concepción del precedente en la redacción de las sentencias.

54. “A mi juicio, los argumentos esgrimidos por los apelantes no bastan para modificar la solución del a quo, coincidente con la doctrina sentada por las distintas Salas de este fuero, en causas sustancialmente análogas (Sala IV, ‘Miranda Luis y otros c/Estado Nacional (M° de Trabajo y Seguridad Social) s/empleo público’ del 24/4/1995, Sala III, ‘Erazo Juana y otros c/E.N. (M° de Educ. y Justicia) s/empleo público’ del 10/2/1994 y Sala I, ‘Krynitzky, Horacio Gastón c/E.N. (M° de Trabajo y Seg. Social) s/empleo público’ del 6/12/1994)”⁸⁴¹.

“A mi juicio” es una expresión que se repite constantemente. Como se vio oportunamente, denota subjetividad y discrecionalidad. Pero aquí lo más importante es lo que le sigue: el magistrado afirma que los argumentos de quien recurre no son suficientes para modificar la sentencia del tribunal inferior, coincidente con la doctrina sentada por tres de las cinco salas que integran la cámara. A contrario sensu, si el recurrente aportara argumentos suficientes, el magistrado se sentiría habilitado para modificar la sentencia y dejar de lado, de ese modo, el precedente sostenido por la mayoría de las salas que integran la cámara. El desconocimiento de la fuerza del precedente horizontal es evidente.

55. “Lo expuesto permite concluir que no debe computarse el adicional creado por el decreto 2474/85 a los fines del cálculo de los porcentuales de la ley 22969 (en el mismo sentido confrontar esta Sala in re ‘Faure’ sentencia del 17 de mayo de 1994; Sala IV “Gastelli” del 16 de mayo de 1995; Sala I “Gomez Carrillo” del 28 de junio de 1993 y Sala III en autos “Delfino” del 29 de mayo de 1995)”⁸⁴².

La cita de los precedentes realizada entre paréntesis y al momento de la conclusión, luego de haber indicado cuál era la solución que se le iba a dar al caso, demuestra la falta de protagonismo que su consideración tiene en la toma de decisión de la sala y los encuadra como mero argumento adicional o de apoyo. Asimismo, se invita a las partes en el juicio — a quienes primeramente está dirigida la sentencia— así como a su lector a confrontar el caso que se está resolviendo con los precedentes citados cuando, en realidad, si el precedente tuviera cierta fuerza, debería ser la propia cámara la que realizara la labor de confrontación de hechos y derecho y explicara la relevancia del precedente a lo largo de la sentencia.

56. “Las cuestiones planteadas en autos no resultan novedosas. Esta Sala II —con una integración que parcialmente difería de la actual—, al resolver el 26 de junio de

⁸⁴¹ CNACAF, Sala II, “Ponce Miguel Gregorio y otros c/Estado Nacional (ex M° de Obras y Servicios Públicos) s/Empleo Público”, Expediente n° 9154/92, sentencia del 6 de junio de 1995, considerando iv del voto del juez Conte Grand.

⁸⁴² CNACAF, Sala II, “Gil Adamo Miriam Patricia; Rios Pizarro Miguens; López y otros c/Ministerio de Justicia s/Empleo Público”, Expediente n° 10467/92, sentencia del 14 de diciembre de 1995.

1986, los autos ‘Topanor S.A.’ y, posteriormente, con su actual integración al resolver el 6 de febrero de 1992, la causa 22922, caratulada...”⁸⁴³.

El hecho de que se cite un precedente de la anterior integración y uno de la actual reafirma la idea, ya desarrollada en otros acápites, de que los jueces interpretan que el mero cambio de integración autoriza el cambio de precedente. Esta idea se ve reflejada en la necesidad de remarcar cómo estaba compuesta la sala cuando fue dictado tal o cual precedente. También se manifiesta en la intención de reforzar un cierto criterio jurídico invocando un precedente de la anterior integración y uno de la actual, como si quisiera demostrarse que, a pesar de haber podido modificar el precedente ante el cambio de personal, se decidió mantenerlo.

57. “Que, a mayor abundamiento, las manifestaciones esgrimidas por el quejoso en defensa de su postura, respecto a la decisión a que arribara la Sala III del fuero en autos ‘Omoldi Goñi’, el 29 de octubre de 1992, deben ser rechazadas, toda vez que la cuestión planteada en el caso sub lite, en nada se asemeja a la situación analizada en aquella oportunidad, dado que allí el accionante había sido pasible de la sanción de cesantía consagrada en la ley 22.140”⁸⁴⁴.

“Por lo demás, los precedentes jurisprudenciales invocados por el actor no recayeron en situaciones de hecho análogas a la de la presente causa y las normas que en ellos se analizaron no contemplaron situaciones similares a las consideradas por el decreto, razón por la cual debe desestimarse su aplicación al caso de autos”⁸⁴⁵.

En estos casos, se utiliza la técnica del *distinguishing*, es decir, se analizan los hechos de precedentes citados por los recurrentes y se descarta la aplicación del precedente por encontrar disimilitudes fácticas relevantes. Es esta, como ya se vio en esta investigación, una técnica propia de la doctrina del precedente. Sin embargo, se realiza “a mayor abundamiento” (“por lo demás”), luego de dar todos los fundamentos por los que se resuelve de manera disímil al precedente. Si este fuera verdaderamente considerado con cierta fuerza u obligatoriedad, el análisis de compatibilidad con el caso que se está resolviendo debería ser lo primero que hiciera la sala pues, en caso de que efectivamente existiese esa compatibilidad, nada más habría por decir: el caso debería ser resuelto de igual modo.

58. “Se llegó así a un criterio cabalmente justo, ya que es principio inconcuso que el agente debe estar siempre a cubierto de ilegitimidad o arbitrariedad alguna que frustre sus derechos (doc. CS Fallos 306:371). En tal sentido es coincidente la jurisprudencia de los Tribunales (conf. Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala III ‘Chauriaud’ y ‘Onaindia’, del 13 de octubre de 1982 y 2 de noviembre de 1982, respectivamente; SCBA ‘Cole’, del

⁸⁴³ CNACAF, Sala II, “Guía de la Industria c/E.N.T.E.L. s/contrato de obra pública”, Expediente n° 7220/92, sentencia del 3 de febrero de 1994, considerando 4°.

⁸⁴⁴ CNACAF, Sala II, “Iros, Luis Miguel c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/apel. resol. 190/92 (art. 40 Ley 22.140), considerando 5°.

⁸⁴⁵ CNACAF, Sala II, “Mascarehnas Marco Aure c/ Est. Nac. (M° del Int.) s/ impugnación de acto administrativo y medida cautelar”, Expediente n° 22458, sentencia del 14 de marzo de 1991.

14 de diciembre de 1962, pub. J.A. 1984-II-461; CNEsp. Civ. y Com. Sala II ‘Martínez’, del 5 de octubre de 1984, pub. Rev. E.D. del 21/IV/86) y uniforme criterio de la doctrina (conf. Sala III, sent. del 22/V/86, causa ‘Galizia Antonio Cayetano y otros c/Estado Nacional (Secretaría de Salud Pública) s/ordinario’)⁸⁴⁶.

La cita evidencia que, para la sala, tiene el mismo peso el precedente de otra sala de la misma cámara que el del tribunal superior de otra jurisdicción o el de la cámara de otro fuero. Asimismo, pareciera tener la misma consideración la cita de jurisprudencia que la de doctrina, como si ambas fueran fuentes auxiliares que avalan un criterio ya tomado.

59. “El presente caso es sustancialmente análogo al fallado por esta Sala el 19 de agosto de 1993, in re ‘Barreiro David Alberto y otros c/Casa de Ret. Jub. y Pensiones de la Policía Federal’. En esa oportunidad consideré que el beneficio previsional debía regirse por la ley 19373 (...) Tal conclusión sobre la norma que rige el caso llevó al juez de primera instancia a admitir la pretensión de reliquidación de los haberes jubilatorios y pago de las diferencias que surgieron en consecuencia. Al mismo resultado arribó este Tribunal en el precedente ‘Barreiro’.

Partiendo de igual premisa, un examen puntual de la normativa aplicable determina mi cambio de criterio respecto de las consecuencias que de ella se derivan, por lo que propondré el rechazo de la pretensión de reliquidación y pago de las diferencias de haberes⁸⁴⁷.

La transcripción muestra que el magistrado decide cambiar de criterio respecto de una sentencia en la que había votado tres años antes, simplemente alegando un examen puntual de la normativa aplicable. La deficiente fundamentación del cambio de criterio refleja una desconsideración por el precedente y cierta liviandad —e, inclusive, arbitrariedad— en lo que a su modificación respecta. Estos cambios de criterio, a su vez, patentizan la inestabilidad del precedente y el peligro para la seguridad jurídica, incluso durante la misma integración de una sala.

60. “Al votar la causa ‘Ungar Enrique L. c/Poder Ejecutivo Nacional (M° de Justicia) s/empleo público’ (fallada el 25 de octubre de 1994) consideré que sí se había reconocido, por doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho del juez jubilado (...) Por lo tanto, admití la procedencia del reclamo (...)

⁸⁴⁶ CNACAF, Sala II, “Gualdoni, Jorge Luis c/Estado Nacional (Min. De Educ y Justicia) s/cobro de Australes”, Expediente n° 28503, sentencia de junio de 1993.

⁸⁴⁷ CNACAF, Sala II, “D’Antiochia Adelina Margarita c/Caja de Retiros, Jubilaciones y Pens. de la Pol. Fed. s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente n° 1178/91, sentencia del 13 de febrero de 1996, voto de Garzón de Conte Grand, considerando III.

Ante una nueva revisión de la cuestión planteada en la causa: ‘Moyano de Llambías Julio Rosa y otros c/Estado Nacional (M° de Justicia) s/empleo público’, fallada el 15 de agosto de 1995, esta Sala modificó su doctrina (...)”⁸⁴⁸.

Se modifica el precedente de la sala, en menos de un año, simplemente por una “nueva revisión de la cuestión planteada”. Otra prueba de la inestabilidad de la jurisprudencia y la falta de consideración de la necesidad de respetar el propio precedente.

61. “Que el recurso en análisis no debe prosperar. En efecto, el recurrente no lograr [sic] efectuar una crítica razonada y concreta de las conclusiones a que arribara la sra. juez de grado, en tanto no rebata los argumentos expuestos por las Salas III y IV del Fuero —citados por aquélla y que esta alzada también comparte— en autos ‘Producciones Argentinas de Televisión SAIC y otra c/Pay TV SA’ y ‘Rader SA de Radiodifusión c/Pay TV SA’, respectivamente...”⁸⁴⁹.

Del análisis de la transcripción efectuada se desprende que si el recurrente lograra realizar una crítica razonada y concreta y rebatiera los argumentos expuestos por otras dos salas de la cámara (en precedentes que incluso involucraban a las mismas partes sobre las que está recayendo la sentencia), el recurso en análisis podría prosperar.

Por lo demás, los precedentes de otras salas son simplemente “compartidos” por la sala II.

62. “... siendo criterio del fuero que las controversias originadas en torno al instituto en examen queden resueltas en la etapa inicial del pleito (esta Sala in re ‘Vizzioli Juan c/Fiscal Nacional’ del 19/XII/95)”⁸⁵⁰.

Aquí queda de manifiesta cierta desprolijidad e imprecisión en el uso de las citas, pues si bien se invoca el “criterio del fuero” luego se procede a citar simplemente una sola decisión judicial de la propia sala. Esto, en cierto punto, debilita la fundamentación de la sentencia, pues se priva a la parte —o a cualquier lector interesado de la sentencia, v.gr. otro juez, un abogado— de la posibilidad de verificar las afirmaciones de la Sala o acudir a las fuentes que cita o en las que funda su decisión.

63. “En efecto, la contratista realizó un negocio que resultó menos beneficioso de acuerdo a sus expectativas y pretende evadirse de las consecuencias al no asumir el riesgo —connatural a la actividad empresarial— del negocio en el que se embarcó y demandar a la Administración General de Puertos para que los asuma por ella (doctr.

⁸⁴⁸ CNACAF, Sala II, “Pena Mario Héctor c/Estado Nacional (M° de Justicia) s/empleo público”, Expediente n° 24074/93, sentencia del 20 de febrero de 1996, considerando vi del voto de Garzón de Conte Grand.

⁸⁴⁹ CNACAF, Sala II, “Rader S.A. de Radiodifusión c/Pay TV S.A. s/juicios de conocimiento”, Expediente n° 1790/92, sentencia del 22 de febrero de 1996, considerando 4°.

⁸⁵⁰ CNACAF, Sala II, “Martínez Edgar Argentino c/Estado Nacional – Fuerza Aérea Argentina s/retiro militar y Fuerzas de Seguridad”, Expediente n° 327/93, sentencia del 27 de diciembre de 1996.

esta Sala ‘Lumicot SAICAFI c/Mercado Central de Buenos Aires s/cobro de pesos’ sent. del 13 de agosto de 1991...”⁸⁵¹.

El considerando transcripto contiene precisiones fácticas propias del caso concreto sobre el que se está resolviendo. No obstante, se cita un precedente —utilizando el término “doctrina”, como si se estuviera aludiendo más bien a una *ratio*— y por ende no queda claro cómo ese precedente se aplica a la situación fáctica sobre la que se está decidiendo. En definitiva, es otra manifestación de imprecisión técnica a la hora de invocar y utilizar precedentes en apoyo de la decisión tomada.

64. “Planteadas así las cuestiones a resolver, éstas guardan ceñida analogía con las que examinara la Sala II de este fuero, con fecha 29 de noviembre de 1977, *in re* ‘Oddone, Héctor B.’

Como comparto las consideraciones que se hicieron valer entonces a ellas me remito ‘brevitatis causa’, para desestimar la nulidad perseguida...”⁸⁵².

De la expresión del magistrado surge que se remite a las consideraciones efectuadas en un precedente (dictado tres meses antes, en un caso ceñidamente análogo al que debe resolver) en tanto las comparte. La terminología empleada deja abierta la posibilidad de que, en caso de que no las compartiese, no se remitiera al precedente.

65. “Esta Sala entiende que el artículo 10 de la ley 19.549 al acordarle al silencio de la Administración un sentido concreto, establece una facultad del particular y no un derecho de aquélla. En ningún caso la denegación presunta excluye el deber de pronunciarse, de dictar una resolución expresa debidamente fundada.

Este criterio sostenido desde antiguo en el fuero y, jurisprudencialmente adoptado por esta Sala en autos ‘Fernández Morán, Marcela c/Ministerio de Educación y Justicia s/amparo por mora’ del 19 de noviembre de 1992 en un caso que difería del ahora sub examine en cuanto en aquél no se había solicitado el pronto despacho administrativo, resulta también aplicable a estos autos, razón por la que resulta ajustada a derecho la decisión que declaró abstracta la cuestión”⁸⁵³.

Aquí hay varias cosas que analizar. En primer lugar, la sala realiza una distinción entre el criterio del fuero y la jurisprudencia de la sala. En segundo lugar, se deja ver que existió, durante mucho tiempo, una contradicción entre uno y otro, en tanto admite que un criterio que viene siendo sostenido desde antiguo en el fuero recién habría sido adoptado por la sala en 1992. En tercer lugar, a partir del lenguaje utilizado se infiere que la sala concibe la

⁸⁵¹ CNACAF, Sala II, “Horpeco SA c/Administración General de Puertos s/contrato obra pública”, Expediente n° 40555/95, sentencia del 12 de marzo de 1996.

⁸⁵² CNACAF, Sala II, “Castellano, Guillermo A.J. c/ Nación Argentina s/cobro de honorarios”, Expediente n° 2289, sentencia del 7 de febrero de 1978, considerando 3° del voto de Pico.

⁸⁵³ CNACAF, Sala II, “Maciel Miguel Santiago c/Jefe del Estado Mayor General del Ejército s/amparo por mora”, Expediente n° 5728/96, sentencia del 20 de junio de 1996.

existencia de un criterio en el fuero al que pertenece, que ella “hace propio” únicamente en el momento en que decide “adoptarlo” (“criterio sostenido desde antiguo en el fuero y, jurisprudencialmente adoptado por esta Sala en autos...”).

Por otro lado, se aprecia nuevamente la desprolijidad en la cita, por cuanto se menciona un criterio sostenido desde antiguo en el fuero, sin invocar los precedentes concretos.

Por último, se menciona una disimilitud fáctica entre el precedente que se invoca y este, sin siquiera explicar por qué esa diferencia no justifica un *distinguishing*.

66. “El doctrinario [Bidart Campos] agregó —con criterio que comparto— que ‘Es verdad...’”⁸⁵⁴.

Como surge de la transcripción, los jueces utilizan la misma expresión para citar precedentes que para citar doctrina. Parece ser que unos y otra son utilizados únicamente cuando el magistrado que los usa comparte el argumento que en ellos se desarrolla.

67. “En cuanto a las objeciones formuladas por la actora, cabe señalar que la Sala III del Fuero, ha señalado en autos ‘Sartorio, Humberto y otros’, —sentencia del 18 de agosto de 1992—, y con criterio que comparto, que...”⁸⁵⁵.

Se estima pertinente, en este caso, además de citar el precedente, agregar que el criterio que él contiene es compartido por el juez. Una vez más se reafirma la idea de que si no fuera compartido, no se invocaría. Es decir, que el precedente se invoca en tanto el juez coincide —comparte— el criterio que en él se desarrolla, lo cual descarta el reconocimiento de un precedente obligatorio.

68. “No comparto la solución arribada por mis distinguidos colegas de la Sala III en la causa ‘Puccio’, citada supra, y que fuera seguida por la juez a quo, toda vez que conforme lo expresando (sic) en el considerando que antecede, ya existía acto administrativo que reconocía el decreto del actor a seguir cobrando el adicional por función ejecutiva...”⁸⁵⁶.

Sencillamente, se deja de lado el precedente de otra sala simplemente porque no se comparte la solución allí arribada. Esta es la otra cara de la moneda a la que se hizo alusión numerosas veces en las referencias implícitas: cuando se comparte el fundamento del precedente, se cita. Cuando no se comparte, o no se cita —la omisión de cita es muy difícil

⁸⁵⁴ CNACAF, Sala II, “Adler Bernardo y otros c/Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/empleo público”, Expediente n° 2240/92, sentencia del 8 de octubre de 1998.

⁸⁵⁵ CNACAF, Sala II, “Aranda Manuel c/Estado Nacional – M° del Interior – Pol. Fed. Argentina s/daños y perjuicios”, Expediente n° 7828/91, sentencia del 18 de mayo de 1999, considerando 7°.

⁸⁵⁶ CNACAF, Sala II, “García Rubén Modesto c/EN – M° Justicia s/Empleo Público”, Expediente n° 27908/00, sentencia del 9 de febrero de 2000.

de identificar— o se hace lo que se hizo en este caso, simplemente se deja de lado el precedente.

Aquí se ve también con claridad el perjuicio a la economía judicial y previsibilidad que la ausencia de una doctrina del precedente ocasiona. Así el juez de primera instancia correctamente se adhirió al precedente vertical del tribunal superior, fallando igual que lo había hecho la Sala III. Si existiera una doctrina del precedente coherente, quien hubiera resultado perdedor en primera instancia posiblemente hubiese decidido no recurrir, a sabiendas de que la cámara confirmaría esa decisión. Sin embargo, insumiendo tiempo y costos al poder judicial, e incitado por la ausencia de fuerza de los precedentes, la decisión sabia fue recurrir la sentencia de primera instancia, y logró su cometido, pues tuvo la fortuna de que saliera sorteada la sala II (y no la III) y esta decidiera en forma contradictoria a su par.

Del otro lado, la otra parte probablemente inició el juicio amparado por un estudio jurisprudencial que demostraba que en segunda instancia se le haría lugar a su pretensión, dado que ya existían precedentes. Sin embargo, esto no sucedió así pues no tuvo fortuna en el sorteo.

69. “A mayores fundamentos, conviene señalar que la solución a la que se arriba en el precedente referido, coincide con lo decidido por las distintas Salas de este fuero (Sala I en ‘Kunitzky, Horacio’, 6/12/94 y ‘Pizzo Viviana’, 16/12/97; Sala III en ‘Erazo, Juan’, 10/2/94, Sala IV en ‘Miranda Luis’, 24/4/95, esta Sala en ‘Ponce, Miguel’ 6/6/95 y ‘Cortés Roberto’ 24/8/95)”⁸⁵⁷.

A pesar de existir un criterio unánime en todo el fuero, la cita de los precedentes es realizada hacia el final y a mayor abundamiento, es decir, en *obiter* (“A mayores fundamentos”), como mero argumento de apoyo o ratificación de la postura ya tomada. Ni siquiera se menciona la existencia, en este caso, de un plenario virtual, tal como lo prevé el ordenamiento procesal.

70. “Por todo lo expuesto, considerando también que desde el dictado del precedente ‘Muller’ —a cuyos fundamentos adhirió la Sra. Juez a quo para resolver la cuestión— a la actualidad, se ha modificado sustancialmente la integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (de los 6 ministros que la votaron en la causa, 4 no forman más parte del Tribunal, y sólo 1 de los restantes integró la mayoría del acuerdo), cabe apartarse de lo decidido en la sentencia mencionada a los efectos de dilucidar los presentes”⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ CNACAF, Sala II, “Zapata María Teresa y otros c/Estado Nacional (Estado Mayor Gral. del Ejército) s/empleo público”, Expediente n° 13763/93, sentencia del 11 de abril de 2002.

⁸⁵⁸ CNACAF, Sala II, “Lavazza Miryam Felisa y otros c/EN – PEN – Dto 430/00 s/proceso de conocimiento”, Expediente n° 152.321/02, sentencia del 9 de noviembre de 2006, considerando xvII.

Si bien esta transcripción se refiere al precedente vertical, es decir, la fuerza que tiene el precedente de la Corte Suprema para la Cámara⁸⁵⁹, deja ver que entre los magistrados es fuerte la convicción de que, ante un cambio de integración de un tribunal, es absolutamente válido —y hasta predecible— que el precedente varíe.

71. “Consecuentemente, tengo para mí que los medios utilizados por el poder administrador para modificar las remuneraciones de los agentes, no revisten ilegitimidad y se encuentran dentro de la esfera de competencias que para aquél habilita el art. 18 de la ley 20.239, conclusión a la que han arribado otras Salas del fuero...”⁸⁶⁰.

Una vez más, la decisión se toma precedida de un “tengo para mí”. Solo en un segundo momento se invocan precedentes de otras salas. Es decir, el protagonismo y la preponderancia en la consideración de las razones para tomar la decisión se lo lleva la opinión propia y, una vez manifiesta esa opinión, se la fortalece con citas de otras salas que se convierten, por tal motivo, en meras citas de apoyo.

72. “Por aplicación de las pautas expuestas, y en ocasión de analizar planteos análogos al articulado en autos, esta Cámara en diversos precedentes ha señalado que no se advierte que los medios concretamente utilizados por el Poder Ejecutivo para fijar e incrementar las remuneraciones de los agentes —en el marco normativo descripto—, revistan ilegitimidad ni se presenten como irrazonables o violatorios de garantías constitucionales (...) Y habida cuenta que no se han arrimado nuevos y relevantes elementos (...) que justifiquen el apartamiento del criterio jurisprudencial ya expuesto...”⁸⁶¹.

De los dichos de la Sala II en este caso surge que existen precedentes de diversas Salas de la Cámara referidos a la constitucionalidad de un plexo normativo. Esos precedentes conforman, también en palabras de la Sala, un criterio jurisprudencial que debe ser mantenido por cuanto no se arrimaron nuevos elementos que justifiquen el apartamiento. Con ello, la Sala está reconociendo que, en caso de que se arrimaran nuevos y relevantes elementos, el apartamiento de los precedentes podría quedar justificado.

Aquella fórmula resulta incompatible con el reconocimiento de obligatoriedad al precedente horizontal. En efecto, si esa obligatoriedad fuera reconocida no podría admitirse lisa y llanamente que nuevos elementos justificaran un apartamiento del precedente. Allí donde se reconoce obligatoriedad al precedente horizontal en las cámaras, ese apartamiento

⁸⁵⁹ Véase, Capítulo I, § 2.A.

⁸⁶⁰ CNACAF, Sala II, “Albani José Lorenzo y otros c/EN – M° Interior – PNA s/Personal militar y civil de las FFAA y de Seguridad”, Expediente n° 9451/01, sentencia del 1° de diciembre de 2005.

⁸⁶¹ CNACAF, Sala II, “Mendoza Ester Teresa y otros c/ EN – M° Def. s/Pers. Milit. y Civ. FFAA”, Expediente n° 24673/00, sentencia del 8 de octubre de 2009.

responde a causales detalladamente tasadas y, además, exige la realización de un procedimiento agravado, como es el plenario (*en banc*).

73. “Que el criterio expuesto ‘ut supra’, coincide con el expresado por este Tribunal al resolver ‘Bustos Adolfo R. y otros c/E.N. (M° de Trab. y Seg. Social)’, del 14/11/95 (...)

En el mismo orden de ideas se han pronunciado las otras Salas del fuero, considerando que...”⁸⁶².

Una vez más, primero se manifiesta cuál es la decisión que la Sala está tomando y cuáles son sus fundamentos y, hacia el final, se indica que esa decisión “coincide” con precedentes de la Cámara. En primer lugar, y como ocurre usualmente, se invoca primero el criterio de la propia sala y luego el de las demás. Asimismo, se utiliza el término “tribunal” para hacer referencia a la sala y “fuero” como el espacio en común que engloba a las demás salas —que serían otros tribunales—.

74. “La solución que aquí se propicia resulta coincidente con lo decidido en un caso análogo resuelto en el ámbito de la justicia comercial. En efecto, en dicho precedente se sostuvo que...”⁸⁶³.

Se utiliza el término “precedente” para aludir a una sentencia judicial de la cámara comercial. Esto muestra que el vocablo no es utilizado con precisión terminológica ni con un sentido de fuerza u obligatoriedad, sino más bien como sinónimo de sentencia o decisión.

75. “Por su parte, esta Sala —si bien en su integración anterior— tuvo oportunidad de examinar un caso análogo al presente (...) Sobre esta cuestión cabe agregar, que en el mismo sentido se han pronunciado diversas Salas de este fuero...”⁸⁶⁴.

La necesidad de destacar que el precedente que se cita fue dictado por la anterior integración (y la estructura semántica de esa mención, encabezada por un “aunque” (si bien) como si el precedente debiera ser considerado “a pesar de que” fue dictado por una anterior integración) no hace más que confirmar la percepción de que el cambio de personal valida absolutamente el cambio de criterio.

Por otro lado, como es habitual, se cita primero la jurisprudencia de la propia sala y, en última instancia, en *obiter*, la del resto del fuero.

⁸⁶² CNACAF, Sala II, “Neto Alicia y otros c/EN Ministerio de Cultura y Educación s/empleo público”, Expediente n° 28.235/95, sentencia del 8 de febrero de 2007, considerandos iv y v.

⁸⁶³ CNACAF, Sala II, “Mocciola Domingo L.A. y otros c/B.C.R.A. s/variados”, Expediente n° 5245/1994, sentencia del 19 de octubre de 2010, considerando 16.

⁸⁶⁴ CNACAF, Sala II, “Acetatos Argentinos S.A. c/EN – AFIP DGA – Resol. 3488(04 (expte. 601367/98) s/Dirección Nacional de Aduanas”, Expediente n° 32953/2004, sentencia del 17 de febrero de 2011.

76. “Que es preciso señalar que la actual conformación de esta Sala ha mantenido el criterio sentado en la causa ‘Barciocco Luis Aníbal Edmundo y otro c/EN-SIDE-Resol. 17/00 s/empleo público’ del 26/6/08 por la anterior integración del Tribunal (conf. Expte. N° 515/05 ‘Dona Agustín Carlos y otros c/EN-SIDE-Resol. 17/00 s/empleo público’ del 22/10/09...”⁸⁶⁵.

Queda claro que la sala se siente absolutamente libre para apartarse de lo que otra integración de la propia sala hubiera decidido. Por eso es que considera preciso señalar que la Sala ha decidido mantener el criterio de la anterior integración.

77. “Abona dicha perspectiva lo resuelto por la jurisprudencia del Fuero en casos análogos: Sala III, in re ‘Cris Morena Group SA c/DNCI – Disp 737/08 – expte. S01:302416/00’”⁸⁶⁶.

La jurisprudencia del Fuero se cita únicamente para abonar una perspectiva ya desarrollada y no como fundamento o verdadero sustento de esa perspectiva; de allí, el uso del verbo “abona”. No se trata de un argumento fundante, sino meramente de apoyo, realizado en *obiter*.

78. “Que, coincido, de este modo, con las conclusiones a que arriban los Sres. Jueces Dres. Jorge E. Morán y Marcelo D. Duffy, de la Sala IV de esta Cámara de Apelaciones, según lucen desarrolladas en el precedente: ‘Edesur...’”⁸⁶⁷.

El uso del verbo “coincidir”, al igual que “compartir”, como se vio, es indicativo de ausencia de obligatoriedad. Se comparte aquello que se tiene la opción de compartir; lo obligatorio se sigue como tal y no porque se comparte (o, al menos, no interesa que se comparta o no).

79. “Por otra parte, observo que esta causa resulta sustancialmente análoga a la caratulada ‘Antuña, Norberto R. y otro c/E.N. – M° Defensa – dto. 1897/85 resol. 500/85 (expte. N° 35647/2006)’, que tramitó por ante la Sala IV, en la que recayó sentencia el 7/12/2010, como así también a las resueltas por esta Sala (con una idéntica solución), in re, ‘Albarracín, Jorge O. y otros c/E.N. –M° Defensa – resol. 500/85 –dto. 1897/85 (expte. N° 36.908/2006)’, del 31/3/2011. Posteriormente —ya con la actual composición de la

⁸⁶⁵ CNACAF, Sala II, “Barrera Edgardo Rodolfo c/EN – SIDE – Resol. 17/00 s/empleo público”, Expediente n° 37838/2005, sentencia del 31 de mayo de 2011, considerando 3°.

⁸⁶⁶ CNACAF, Sala II, “Urbanizadora del Pilar SA S6FCI c/DNCI – Dispág. 26/13 (expág. S01:144282/11), Expediente n° 28635/2013, sentencia del 7 de octubre de 2013.

⁸⁶⁷ CNACAF, Sala II, “Fernández Martín, Natalia Gabriela c/A.N.S.E.S. s/Amparo Ley 16.986”, Expediente n° 38914/2013, sentencia del 16 de octubre de 2014, considerando III.

Sala—, se registran los pronunciamientos, entre otros, en autos: ‘Castellanos Ubence...’⁸⁶⁸.

Nuevamente aparece la necesidad de distinguir el precedente que ha sido dictado por la Sala con una anterior composición o integración del que ha sido dictado por la actual integración, como si esto último le otorgara un valor mayor.

80. “Que, a mayor abundamiento, cabe apuntar que el criterio expuesto ha sido reiteradamente mantenido por la jurisprudencia del Fuero, ante supuestos de ejecuciones fiscales iniciadas no solamente por la C.N.C., en los que las distintas Salas han decidido que para perseguir el cobro de multas adeudadas a la Administración Pública no resulta necesario que el título ejecutivo sea creado por una ley formal fiscal especial, pues éstos ya se encuentran contemplados en el art. 604 del Código Procesal (Sala I, in rebus, “ENRE – Resol. 108/02 c/Empresa Distribuidora...”⁸⁶⁹.

“A mayor abundamiento, resulta del caso añadir que un caso análogo al presente ha sido resuelto del mismo modo por la Sala III del Fuero in re: ‘Borgna, María Felicita Cleve c BCRA’, del 16/08/2006”⁸⁷⁰.

La cita de precedentes de otras salas se realiza, como la mayoría de las veces, a mayor abundamiento, es decir, en *obiter*.

81. “En consonancia con lo dicho, cabe referir lo decidido por la Sala I del Fuero en autos: ‘Aguas Argentinas S.A. c/E.R.A.S. – Resol. 244/06 (Expte. 15821/06) s/proceso de conocimiento’, el 6 de agosto del corriente año; cuyos fundamentos y conclusiones en lo que hace a la cuestión de incompetencia para dictar una resolución ‘condenatoria’ con posterioridad a la rescisión del contrato de concesión hago propios”⁸⁷¹.

Una vez más, el lenguaje deja ver que los magistrados de una sala no sienten *propio* el criterio de otra sala porque, en definitiva, no se visualizan como parte de un mismo tribunal. Es por ello que no consideran suficiente invocar como argumento de autoridad un precedente en un caso similar decidido por una sala hermana, que integra la misma cámara, sino que estiman necesario “hacer propios” esos argumentos.

⁸⁶⁸ CNACAF, Sala II, “Marina, Leonardo Rubén y otros c/E.N. – M° Justicia – PÁG.N.A. – dto. 1897/85 s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”, Expediente n° 24191/2008, sentencia del 11 de julio de 2013.

⁸⁶⁹ CNACAF, Sala II, “CNC – Resol. 675/60 (Expág. 1179/03) c/TELECOM ARGENTINA S.A. s/proceso de ejecución”, Expediente n° 15437/2013, sentencia del 3 de septiembre de 2015, considerando vi.

⁸⁷⁰ CNACAF, Sala II, “Pellegrini Carlos O. y otro – Gulayin Gustavo L. y otros c/Estado Nacional Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y otros s/daños y perjuicios”, Expediente n° 23435/1998, sentencia del 27 de febrero de 2014, considerando XIII.

⁸⁷¹ CNACAF, Sala II, “Aguas Argentinas c/E.T.O.S.S. – Resol. 125/06 (Expte. 15636/06) s/proceso de conocimiento”, Expediente n° 10452/2010, sentencia del 22 de septiembre de 2015.

82. “Que resta tratar la pretensión de la parte actora de que se incluya en el ‘haber mensual’ el suplemento creado por el decreto 2744/93 —que percibe— como “remunerativo” y “bonificable”. Sobre el punto, la Dra. Marta Herrera dijo que si bien en causas análogas a la presente rechazó tal planteo (conf. ‘De Biassi, Marcelo Alejandro’ del 14/02/2006, ‘Ragusa Jorge Oscar’ del 28/02/2006 —entre otros—), un nuevo examen de la cuestión y —en especial— los criterios adoptados por otras Salas del Fuero (conf. Sala I in re: ‘Leguizamón de Ramírez María Elena c/EN M° Interior – PFA s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg’ del 13/12/2005, Sala iii in re: ‘Natale Alicia Mónica (...)’ y Sala IV in re: ‘Figueras Fabián Alfredo (...)’), la convencen de adoptar un criterio diferente”⁸⁷².

Aquí se da un caso en el que una magistrada había resuelto una cuestión de cierta manera, mas ante la existencia de fallos contradictorios de parte de otras salas, decide modificar su criterio. Esto es valioso en términos de consideración del precedente y uniformidad en la decisión. No obstante, vulnera la previsibilidad de un modo que no se daría en caso de que directamente se aplicara el precedente o se convocara a un plenario para resolver posibles o reales contradicciones. En efecto, la parte que se ve perjudicada por el cambio de criterio ve seriamente vulnerada su certeza jurídica, pues la sala habría resuelto su pretensión a su favor en caso de haber sido decidida antes del cambio de criterio.

Es cierto que esta imprevisibilidad o vulneración de la seguridad jurídica ocurre siempre que existe un cambio jurisprudencial. Lo que se pretende afirmar es que, en casos como este, podría sencillamente haberse evitado si se obligara a las salas a informarse de la jurisprudencia de las demás y, en caso de contradicción posible o real, se convocase a un plenario que zanjase definitivamente la cuestión. Eso es lo que se propone en esta tesis.

En el caso concreto que se comenta, los precedentes de la sala II, contrarios a la pretensión de la parte actora, eran de febrero de 2006. La magistrada los abandona y cambia de opinión a raíz de un nuevo examen de la cuestión y de la consideración de precedentes en contra por parte de otras salas. Ahora bien, entre esos precedentes que hacen cambiar de postura a la Dra. Herrera, había uno de diciembre de 2005, es decir, anterior a los propios precedentes de la Sala II que aquí se dejan de lado.

Esto evidencia que la contradicción se podría haber evitado si la sala II hubiese estado adecuadamente informada de la jurisprudencia de la sala I, en especial, de los precedentes que esta dictó en diciembre y se reconociera la obligatoriedad del precedente horizontal. De ese modo, la magistrada hubiera podido confrontar la posición de la Sala I y adoptarla desde el inicio o, de haber querido igualmente dictar una sentencia en contrario, debería haber convocado un plenario.

⁸⁷² CNACAF, Sala II, “Pereyra Rubén Darío y otros c/EN-M° Interior – PFA – Dtos. 103/03 s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente n° 1679/07, sentencia del 19 de febrero de 2009, considerando v.

83. “A tal efecto, es del caso tener presente, como parámetro de referencia en la materia, la solución del caso ‘Stevanovich, Miguel c/E.N. – M° Interior – PFA – Dto. 2744/93 y otros s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.’, expte. N° 46.077/2005, sent. del 21/10/2014, que reitera la del caso ‘Rodríguez, Nelson Gustavo c/E.N. – M° Interior – PFA – Dto. 2744/95 y otros s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.’, del 11/05/2010, ambos de esta Sala, el segundo confirmado por la Corte Suprema en el expediente homónimo”⁸⁷³.

El precedente de la propia sala se cita como mero “parámetro de referencia”, lo cual se opone, por supuesto, al reconocimiento de su obligatoriedad.

84. “Con relación al reclamo de la pretensión resarcitoria, solicita que ella se evalúe teniendo en cuenta la opinión de la mayoría de la Sala III del fuero en las causas ‘Aztarain’ del 03/03/1992 y ‘Berretoni’ del 02/03/1992”⁸⁷⁴.

En este caso, es la parte la que invoca dos precedentes de otra Sala al momento de fundar su recurso de apelación. Solicita, expresamente, que se tengan en cuenta esas decisiones judiciales a los efectos de evaluar el reclamo resarcitorio. Sin embargo, la Sala II hace caso omiso de esa solicitud y, al fundar el rechazo del recurso, en ningún momento da cuenta de por qué esos precedentes no fueron considerados o no corresponde que lo sean. Es decir, no se le otorga la más mínima consideración a la existencia de precedentes de otra sala que podrían estar relacionados con el caso que se está resolviendo, siquiera para explicar por qué no deberían ser considerados.

Lo cierto es que los jueces siempre invocan una frase según la cual no deben atender a todos los argumentos de las partes⁸⁷⁵, sino únicamente a los relevantes para fundar la decisión. Sin embargo, esto es un indicio claro de que el precedente no posee relevancia —y mucho menos obligatoriedad— para los magistrados.

85. “La solución que se propone resulta coincidente con la adoptada recientemente por esta Sala, el 24/11/2016, en la causa ‘D’Odorico Mónica Irene c/EN M° Defensa –

⁸⁷³ CNACAF, Sala II, “Goti, Alfredo Leonrdo c/E.N. – M° Economía – O.N.C.C.A. (Resol. 1378/07 M° AGP) y otro s/proceso de conocimiento”, Expediente n° 17944/2012, sentencia del 23 de agosto de 2016.

⁸⁷⁴ CNACAF, Sala II, “Messina Miguel Ángel c/Estado Mayor del Ejército – M° de Defensa s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente n° 3117/96, sentencia del 25 de octubre de 2016.

⁸⁷⁵ La frase es, más o menos, la siguiente: “los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que se pongan a consideración del Tribunal, sino tan sólo aquellas que sean conducentes para decidir el caso y basten para dar sustento a un pronunciamiento válido”. Es invocada tanto por la Corte Suprema (v.gr., C.S.J.N. en Fallos: 258:308, 262:222, 265:301, 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970) como por la Cámara (v.gr., CNACAF, Sala II, “Cerruti, Fernando y otros c/PÁG.N.A. - Dispág. N° 448/09” del 25/10/2011).

FFAA Dto. 682/04 110/07 y otro s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.’ — expte. N° 41394/2012—, respecto de un planteo análogo”⁸⁷⁶.

Se trata de otro caso en donde, en el último considerando y una vez que se ha tomado y fundado la decisión que resuelve la controversia, se hace mención de que esa decisión coincide con otra causa muy reciente (del mes anterior) que la misma sala dictó en un caso análogo. Este proceder es incompatible con el reconocimiento de obligatoriedad al precedente.

86. “Que, a lo que se viene exponiendo, cabe agregar que la Sala IV de esta Cámara, en oportunidad de resolver las causas caratuladas ‘EN – M° RREE y C – expte. 32063/07 y otro c/Van Gelderen, Gustavo Adolfo s/proceso de conocimiento’ y ‘EN – M° RREE y C – expte. 32220/07 y otro c/Viñuela, Jorge Lidio s/proceso de conocimiento’, del 3 de marzo y del 23 de abril, ambos del año en curso y respectivamente, siguió un criterio que se considera extensible al presente caso”⁸⁷⁷.

La terminología empleada —“criterio que se considera extensible”— no es compatible con el reconocimiento de obligatoriedad del precedente.

87. “Cabe destacar, además, que idéntica solución adoptaron otras Salas de esta Cámara...”⁸⁷⁸

“A mayor abundamiento, resulta oportuno destacar que las Salas i, iii y v de esta Cámara se pronunciaron en el mismo sentido en las causas...”⁸⁷⁹.

Son muchísimos los casos, como este, en los que precedentes de otras salas se citan en *obiter*, en el último considerando de la sentencia⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ CNACAF, Sala II, “Duarte, Analía Vanesa y otros /EN – M Defensa – FAA – dto 682/04 532/06 y otro s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente n° 28260/2013, sentencia del 20 de diciembre de 2016, considerando XII.

⁸⁷⁷ CNACAF, Sala II, “EN –M° RREE CI y Culto (expte. 32212/07) y otros c/Martinic, Gabriela y otro s/proceso de conocimiento”, Expediente n° 22587/10, sentencia del 2 de junio de 2015, considerando VIII.

⁸⁷⁸ CNACAF, Sala II, “Leguiza Nancy Natalia y otros c/EN – M° Seguridad – PFA – Dto. 436/94 y otro s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg”, Expediente n° 35832/2013, sentencia del 13 de junio de 2017, considerando XII.

⁸⁷⁹ CNACAF, Sala II, “Betancourt, Natalia Paola c/EN – Secretaría Cultura Presidencia s/Empleo Público”, Expediente n° 38322/11, sentencia del 19 de junio de 2017, considerando XII.

⁸⁸⁰ Sería interminable citar todos los casos en los que esto sucede, pero a título de ejemplo de su reiteración, pueden verse: CNACAF, Sala II, “Lagar S.R.L. s/recurso de apelación – impuesto interno a las bebidas gasificantes”, Expediente 1055, sentencia del 13 de septiembre de 1984, considerando 6°; CNACAF, Sala II, “Cacia, José s/recurso de apelación – Impuesto Interno a los objetos s/Suntuarios”, Expediente n° 4338, sentencia del 27 de diciembre de 1984.

88. “Cabe tener presente, asimismo, que esta Sala coincide en la solución con las restantes de esta Cámara (cfr. ‘Gervan, Laura Elizabeth c/E.N. M° Seguridad – P.F.A. s/Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seguridad’)”⁸⁸¹.

“Por otra parte, cabe tener presente que las restantes Salas de esta Cámara de Apelaciones coinciden en la solución expresada. En efecto, en sentido concordante, cabe citar los precedentes de Sala I...”⁸⁸².

Se alude, como es usual, a que la decisión ya tomada o solución ya expresada de la sala simplemente coincide con la de otras o viceversa.

89. “Dicha regla ha sido profusamente aplicada, dando cuenta de ello decisorios tales como el de esta Sala, en su anterior integración, in re ‘Ponchón, Jesús Antonio...’”⁸⁸³.

Sigue siendo patente la necesidad de aclarar que el precedente que se cita fue dictado con otra integración, como si el cambio de personal fuera algo relevante para la continuidad del precedente y sin consideración de que la sentencia se atribuye a la sala como tribunal (o, mejor dicho, como representante del tribunal, que es la cámara) y no a sus miembros individuales.

90. “Que un caso sustancialmente análogo al presente ha sido resuelto recientemente por esta Sala, en fecha 9/05/2017, en la causa ‘Telefónica de Argentina S.A. c/E.N. – A.F.I.P. – D.G.I. s/ dirección general impositiva’. En dicha oportunidad, se compartió el criterio expresado por la Sala III de este Tribunal en ocasión de fallar la causa: ‘HSBC Bank Argentina S.A. c/E.N. – A.F.I.P. D.G.I. – Resol. 5/10 s/dirección general impositiva’, en fecha 13/10/2015”⁸⁸⁴.

“Que, en tales condiciones, este Tribunal comparte el criterio seguido por la Sala III de esta Cámara, al resolver en causa análoga a la presente, en el sentido que...”⁸⁸⁵.

⁸⁸¹ CNACAF, Sala II, “Santillan Hugo Daniel c/EN – M° Seguridad – PFA s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg”, Expediente n° 65220/2014, sentencia del 2 de febrero de 2017.

⁸⁸² CNACAF, Sala II, “Gamarra, Cristian Abel y otros c/EN – M° Seguridad – PNA s/Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg”, Expediente n° 43089/2015, sentencia del 14 de febrero de 2017.

⁸⁸³ CNACAF, Sala II, “Morales, Guillermo Antonio c/E.N. – M° Seguridad – PÁG.F.A. – Dto. 2744/93 927/11 s/Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg.”, Expediente n° 48820/2011, sentencia del 27 de abril de 2017.

⁸⁸⁴ CNACAF, Sala II, “ATCO I SA c/E.N. A.F.I.PÁG. – D.G.I. – resol. 17/11 (DIGC) s/dirección general impositiva”, Expediente n° 49253/2011, sentencia del 30 de mayo de 2017, considerando vi.

⁸⁸⁵ CNACAF, Sala II, “Comaltex, Comercial Algodonera y Textil S.A. s/apelación A.N.A. – Tribunal Fiscal”, Expediente n° 12186, sentencia del 19 de febrero de 1987, considerando 5°.

“En este sentido, cabe puntualizar que este Tribunal comparte el criterio seguido por las distintas Salas de esta Cámara al pronunciarse en causas análogas a la presente — entre otras, Sala I...”⁸⁸⁶.

“Compartir” es un término que alude, como ya se ha visto en repetidas ocasiones, a la discrecionalidad en el seguimiento del precedente y no a la obligatoriedad de seguimiento.

91. “El caso ‘Focco’ resuelto por esta Cámara y que el A quo cita como fundamento de su pronunciamiento, nada tiene que ver con el “sub judice” ya que en ese antecedente la cuestión a dilucidar tenía como presupuesto una entidad en liquidación. Por otra parte esta Sala ha cambiado el criterio sustentado en el mismo, a partir de los casos ‘Cassagne’ y ‘Valerga’ de fecha 12/9/86 y 12/12/86, respectivamente; en los cuales se ha resuelto que cuando el B.C.R.A. paga después de los treinta días a que alude el art. 56 de la ley 21.526 modificado por la 22051, debe compensaciones a partir...”⁸⁸⁷.

“Si bien esta Sala en el caso ‘Focco’ mencionado por la actora en su contestación a los agravios, dispuso que operada la mora sus consecuencias accesorias se retrotraían a la fecha del vencimiento de las imposiciones, tal criterio fue cambiado a partir de las sentencias dictadas en ‘Cassagne’ y ‘Valerga’ de fechas 2-IX-86 y 12-XII-86 respectivamente...”⁸⁸⁸.

Las transcripciones dan cuenta de que la Sala II había fijado un criterio mediante un precedente (“Focco”). En primera instancia, los jueces comenzaron a seguir ese precedente, como es esperable. A su vez, los particulares poseían expectativas respecto de la *ratio* que surge del precedente y, por eso, lo citaron en sus escritos. Sin embargo, la Sala en dos fallos distintos indica que cambió su criterio, sin siquiera ofrecer explicación o fundamento que justifique ese cambio.

92. “Que en tales condiciones, resulta conveniente tomar en consideración, lo decidido sobre el tema que nos ocupa, por la Sala IV de este Tribunal; habida cuenta que esta Sala a su vez, comparte el criterio que informan las argumentaciones desarrolladas por aquella, a cuyos fundamentos es del todo pertinente remitirse ‘brevitatis causa’ y sobre los que ilustrarán acabadamente la fotocopia del aludido pronunciamiento que asimismo, se ordena acompañar con el presente decisorio...”⁸⁸⁹.

La invocación y remisión al precedente de otra sala se funda, en este caso, en dos razones: (i) por un lado, razones de conveniencia; (ii) por el otro, el hecho de que la sala que invoca comparte el criterio desarrollado por la sala que dictó el precedente. Ninguna de estas dos

⁸⁸⁶ CNACAF, Sala II, “Medias París S.A.I.C. s/recurso de apelación”; Expediente 9634, sentencia del 20 de mayo de 1986. Nótese cómo se utiliza el vocablo “tribunal” para hacer referencia a la sala.

⁸⁸⁷ CNACAF, Sala II, “Fernández, Raúl Ambrosio y otros c/Banco Central de la Repág. Arg. s/cobro de pesos”, Expediente n° 12388, sentencia del 17 de marzo de 1987, considerando 5°.

⁸⁸⁸ CNACAF, Sala II, “Tancredi Juan A. y otros c/Banco Central de la Repág. Arg. s/cobro de pesos”, Expediente n° 11336, sentencia del 4 de junio de 1987.

⁸⁸⁹ CNACAF, Sala II, “Salex SRL y otros c/Estado Nacional (Ministerio de Trabajo) s/nulidad de decreto 1455/85”, Expediente n° 11186, sentencia del 26 de agosto de 1986, considerando 5°.

razones tiene que ver con la obligatoriedad del precedente, sino que, por el contrario, presumen la no obligatoriedad.

93. “Que, en su expresión de agravios, la actora menciona como antecedente confirmatorio de su posición, la sentencia de la Sala ‘S’ del A quo, en la causa ‘Frigorífico Huaca Ruca S.A.’, del 15-5-86, nuevo criterio: ‘que no hace nada más que adecuarse a la pacífica jurisprudencia de esa Alzada’.

Mas, tal pacífica jurisprudencia a la que hace referencia el recurrente no es tal, habida cuenta que los fallos que menciona pertenecen todos a la Sala I de este Tribunal, los que difieren en la solución del caso, con el criterio que —sobre el punto— mantienen esta Sala y la Sala IV (conf. esta Sala, in re: ‘Bodegas y Viñedos Esmeralda S.A. s/Apelación I.V.A.’, sentencia del 15-8-86; Sala iv, ‘Bodegas Esmeralda S.A. s/recurso de apelación’, sentencia del 19-12-05)”⁸⁹⁰.

Estos párrafos de la sentencia dan cuenta de la siguiente situación: el recurrente invoca un precedente del Tribunal Fiscal que, a su vez, remite a una supuesta “pacífica jurisprudencia” de la Cámara. La Sala II, en cambio, aclara que tal pacífica jurisprudencia no es tal y que, por el contrario, existe una palmaria contradicción entre precedentes de la Sala I, por un lado, y precedentes de las Salas II y IV, por el otro. Ahora bien, a pesar del reconocimiento expreso de ese conflicto de precedentes, a pesar de que resulta evidente que la parte funda su pretensión en jurisprudencia de la propia cámara que lo avala, la Sala II, en lugar de utilizar la facultad de autoconvocatoria a plenario que el Código Procesal Civil y Comercial le confiere, se limita a rechazar el recurso de apelación y resolver en contradicción con los precedentes invocados de Sala I.

Aquí se ve claramente entonces la reticencia de parte de las salas de unificar la jurisprudencia y de garantizar el trato igual a los justiciables, así como la reticencia a reunirse en plenario a fin de evitar contradicciones que no son beneficiosas ni para las partes en conflicto ni para la colegialidad de la cámara ni para el ordenamiento jurídico. Esta actitud evidencia que la contradicción es naturalizada y que ningún mecanismo se activa para evitarla. Esto va más allá del reconocimiento de obligatoriedad, pues incluso podría negársele obligatoriedad al precedente y, sin embargo, aunarse esfuerzos para eliminar contradicciones.

94. “La mayoría de la Sala en lo Contencioso Administrativo n° 1, por las razones expuestas en el voto emitido por el Dr. Beccar Varela (Revista El Derecho, T. 76, p. 214), hizo lugar a la demanda, de modo que admitió que los mayores costos debían calcularse, en el caso planteado, a la fecha de la respectiva certificación. La actora invoca este precedente en la demanda como sustento jurisprudencial de sus pretensiones.

⁸⁹⁰ CNACAF, Sala II, “Compañía Argentina de Caucho SA s/recurso de apelación – Impuesto al Valor Agregado”, Expediente n° 12664, sentencia del 30/10/86, considerando 5°.

Tiempo más tarde la misma Sala, modificada su integración, resuelve el caso ‘Siur Empresa Constructora S.A.C.I.F.I. c/Universidad de Buenos Aires’, el 24 de mayo de 1978, en el que se debatió una situación similar. En esta oportunidad la mayoría del Tribunal, sobre la base de un voto del Dr. Azcona con disidencia del Dr. Pico que mantuvo el criterio sustentado por la mayoría en el caso ‘Dos Arroyos’ que él integró, hizo lugar a la demanda pero mediante una solución diferente. Cuando los mayores costos relativos a trabajos adicionales deban liquidarse con retraso, respecto de la fecha en que ellos se llevaron a cabo, en lugar de admitir que se los calcule con los precios vigentes a la fecha de la certificación, como se resolvió en ‘Dos Arroyos’, se sostuvo el criterio de que ellos debían ser liquidados teniendo en cuenta los precios vigentes a la fecha de ejecución de los trabajos, pero se le reconoció a la actora el derecho a cobrar esos importes actualizados en su valor monetario...’⁸⁹¹.

A lo largo del recuento jurisprudencial que la Sala hace en esta sentencia queda explícito cómo la antigua Sala 1 modificaba su jurisprudencia en función del cambio de integración. Esto, a su vez, es naturalizado por la Sala II al narrarlo. Lo afirmado da cuenta de que desde el inicio de la historia del tribunal se dio preponderancia a los individuos que ocupaban cargos judiciales antes que al órgano.

95. “Por último y sin que ello implique compartir la doctrina sentada por la Sala homónima n° 1 in re ‘Barzanti’ —sentencia del 29 de junio de 1978— procede acotar que, en el sub-judice, de no mediar la constatación de las particulares condiciones en que fue prestado el servicio, no cabe sostener —según la prueba técnica— que éste haya obrado como causa o concausa de la enfermedad inutilizante. A lo que corresponde añadir que en el precedente antes aludido, existía la constancia formal; al tiempo del alta del causante, de la afección congénita; extremo no verificado en el sub lite”⁸⁹².

En este caso la Sala decide no aplicar el precedente en virtud de una distinción fáctica (referida a las causas de la enfermedad). Sin embargo, y a pesar de que eso hubiese bastado para justificar la inaplicación, se consideró adecuado agregar que la distinción efectuada no implicaba compartir el criterio que utilizó la Sala 1, de modo que, si esa distinción no hubiera existido, quizás tampoco se habría aplicado el precedente. Esto deja en claro que la concepción es de absoluta libertad para apartarse del precedente de otra sala.

Por otro lado, y como ya se ha visto reiteradamente, el análisis de un precedente que podría ser relevante para la decisión se hace al final, como resabio de todo lo ya fundamentado (“Por último...”).

⁸⁹¹ CNACAF, Sala II, “Delta SRL y otra c/Dirección Nacional de Vialidad s/revocación de resolución”, Expediente n° 996, sentencia del 22 de noviembre de 1979, considerando 2°.

⁸⁹² CNACAF, Sala II, “Martínez, Diego Antonio c/La Nación s/ordinario”, Expediente n° 1477, sentencia del 28 de diciembre de 1979, considerando 12.

96. “... también invocó en la expresión de agravios un precedente resuelto por la Sala II con anterioridad a la sentencia recurrida, que menciona al interponer el recurso que se examina, pero él no debe tomarse en cuenta porque, aunque el artículo 288 del C.P.C.C. no sea suficientemente preciso en este punto, dado que se refiere a ‘alguna de las salas de la Cámara’, es obvio que debe tratarse de sentencias dictadas por salas distintas para que pueda generarse la contradicción a que alude el citado artículo, puesto que las sucesivas soluciones divergentes que pudiere adoptar un mismo tribunal ante situaciones de hecho similares constituye un cambio de criterio que no es susceptible de generar recurso alguno.”⁸⁹³

Aquí se deniega la procedencia de un recurso de inaplicabilidad en torno a un precedente que había sido dictado por la misma sala. Para ello, se efectúa una interpretación restrictiva del artículo 288 del Código Procesal, y se deja afuera del recurso de inaplicabilidad de ley la contradicción o conflicto que podría existir entre precedentes de una misma sala, aclarando que, en todos los casos en que sucediera esto, sería simplemente un cambio de criterio que la parte debe tolerar sin poder hacer nada al respecto. Esto deja expuesta una actitud reticente en torno al recurso de inaplicabilidad (sobre la que se volverá en la siguiente transcripción), pues a los requisitos formales ya existentes se adicionan otros que no surgen siquiera expresamente del texto del artículo.

Si, además, se considera la regularidad con la que las salas modifican sus criterios únicamente con motivo del cambio de personal, se vislumbra cómo —a partir de la interpretación que se realiza en esta sentencia— quedan desatendidas graves contradicciones entre precedentes que vulneran la igualdad jurídica. En efecto, esta interpretación convalida que, por ejemplo, una sala declare inconstitucional una ley y, un año más tarde, la declare constitucional —modificando diametralmente su criterio— y sin que el particular afectado tenga remedio legal alguno⁸⁹⁴.

En la base de la interpretación que realiza aquí la Sala yace el error de considerar que la circunstancia de que una misma sala resuelva dos o más casos similares en modo distinto no configura una verdadera contradicción. Al generalizar y naturalizar esto como un cambio de criterio no solo se desatiende una realidad que demuestra que los cambios de personal provocan cambios de precedentes y se deja al particular sin remedio alguno frente a un cambio arbitrario de criterio que podría haber vulnerado seriamente sus expectativas, sino que además se desconoce la posibilidad de que la sala incurra, por error, en una contradicción.

⁸⁹³ CNACAF, Sala II, “Peralta Domingo c/La Nación (Comando en Jefe de la Armada) s/regularización de haber militar”, Expediente n° 6847, sentencia del 5 de junio de 1984.

⁸⁹⁴ Esto es lo que sucedió en el caso CNACAF, Sala II, “Ferreira Raúl Eduardo y otro c/Estado Nacional – M° de Cultura y Educación – Dto. 290/95 s/empleo público”, Expediente 11887/1997, sentencia del 17 de julio de 1999. En esa oportunidad, la Sala II debió resolver un recurso de inaplicabilidad contra una sentencia de la Sala V que contradecía otra sentencia dictada el año anterior por la misma Sala. El recurso fue declarado inadmisibile porque la sentencia contradictoria era de la misma sala.

En cualquier caso, y como se viene afirmando a lo largo de este estudio, el equilibrio entre la necesidad de efectuar cambios de criterios cuando las circunstancias lo ameriten y el debido respeto por la igualdad y la seguridad jurídicas se encuentra requiriendo la reunión plenaria para decidir el abandono de un criterio que la sala había fijado.

97. “1º) Que la invocación del precedente con anterioridad a la sentencia respecto de la cual se interpone el recurso de inaplicabilidad de ley, no es un requisito formal obviaable, dado que es esencial en el régimen de la contradicción entre salas de un mismo tribunal que la llamada a decidir esté advertida del criterio anteriormente aplicado por otra parte al resolver el tema en debate, de modo que la disparidad resulte deliberada (conf. esta Sala, in re ‘Gravina, Juan Carlos c/A.N.A. s/nulidad de resolución’, del 5 de junio de 1984).

2º) Que, de entre las citas que efectú (sic) el actor cuando expresó agravios ante la Alzada (...) vale decir, que no se cumple respecto de ellos la exigencia del art. 288 del Código Procesal de acuerdo a cuyos términos ‘El recurso de inaplicabilidad de la ley sólo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por alguna de las salas de la Cámara en los DIEZ (10) años anteriores a la fecha del fallo recurrido’.

3º) Que en cuanto a la mención de las causas ‘Saavedra’, ‘Solari’, ‘Benegas Newton’ y ‘Tobares’, cabe señalar que los precedentes resueltos por la misma sala que dictó la sentencia recurrida mediante el recurso de inaplicabilidad de la ley no son invocables en lo concerniente a la admisibilidad de ese remedio procesal, puesto que no se trata de la contradicción a que se refiere el art. 288 del C.P.C.C., sino de un cambio de criterio que no es susceptible de generar recurso alguno (conf. Sala II, in re ‘Peralta, Domingo c/La Nación’).

4º) Que por último, debe decirse que a la fecha de presentación del escrito de fs. 212/34 aún no había recaído sentencia de esta Cámara en la causa ‘Orieta Ramón Osvaldo’”⁸⁹⁵.

Queda en evidencia, a partir de esta transcripción, el excesivo rigor formal con el que es resuelto el recurso de inaplicabilidad y las mínimas posibilidades de que este recurso prospere. Pese a la patente contradicción, la Sala no hace lugar al recurso alegando los más diversos motivos: que algunos precedentes tenían más de diez años de antigüedad, que otros que tenían menos de diez años de antigüedad habían sido dictados por la propia sala — interpretando así el artículo 288 en un sentido restrictivo— y un último precedente que,

⁸⁹⁵ CNACAF, Sala II, “Orlini, Carlos Antonio c/La Nación (Ministerio de Defensa – Comando en Jefe del Ejército) s/ordinario (retiro)”, Expediente 8348, sentencia del 23 de abril de 1985. Otro caso en el que el recurso de inaplicabilidad fue rechazado por cuestiones formales se dio en CNACAF, Sala II, “Amed, José María c/Medina Jorge Armando y otro s/Daños y Perjuicios”, Expediente n° 10469/99, sentencia del 27 de junio de 2006.

aparentemente, superaba ambos obstáculos, había sido dictado luego de interpuesto el recurso y por eso tampoco podía considerarse.

Lamentablemente, no triunfó la interpretación que tan solo años antes había esbozado la Sala I⁸⁹⁶, en virtud de la cual, frente a dudas sobre la admisibilidad del recurso, debía primar la conveniencia de favorecer la unificación de los criterios judiciales⁸⁹⁷. Paradójicamente, hasta la propia interpretación de la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad generó contradicción y conflicto de precedentes en la Cámara, lo que perfectamente habría podido ser objeto de un nuevo recurso de inaplicabilidad. En efecto, si se atiende a las sentencias de la Sala I citadas en el inciso referido, se verá que otros jueces sí consideraban obviales los requisitos formales, en defensa de la uniformidad, en llana contradicción con lo que la Sala II interpretó en el caso que aquí se transcribe y se comenta.

Aquí el recurso no es visibilizado como una herramienta para alcanzar la uniformidad entre salas que forman parte de un único tribunal; no se pone el foco en la seguridad en el orden jurídico y en la igualdad jurídica, sino que, por el contrario, la Sala se esfuerza en librarse de culpa por la contradicción. Así es que señala expresamente que la contradicción debe ser deliberada: prima la intención que la Sala pudo haber tenido en desoír o no el precedente de otra Sala por sobre la contradicción real y efectiva que la Sala misma está reconociendo.

98. “... la actora expresa que no invocó con anterioridad los precedentes de la Sala III que darían lugar a la existencia de contradicción ‘porque son de fechas: 3 y 17 de mayo de este año, época en que ya había entrado a sentencia la causa recurrida y por ello no cabía la presentación de escritos’ (...) 2) Que, según ha declarado esta Sala, la invocación del precedente con anterioridad a la sentencia (...) no es un requisito formal obviaable...”⁸⁹⁸.

Una vez más, los requisitos del recurso de inaplicabilidad de ley son interpretados con excesivo rigor manifiesto. La parte, al interponer el recurso de inaplicabilidad, había manifestado la imposibilidad de invocar con anterioridad los precedentes con los que podría haber contradicción, debido a que la causa ya se encontraba para dictar sentencia al momento en que habían sido dictados. La contradicción efectivamente ocurrió. Podría haberse evitado, si la sala hubiera estado informada de los casos que sus pares están resolviendo y los que potencialmente podrían ocasionar una contradicción o incluso de las sentencias recientes que las demás salas dictan. Pero lo cierto es que, en este caso, nada de eso sucedió y la Sala II dictó una sentencia en contradicción con otras de la Sala III. El particular, advirtiendo la

⁸⁹⁶ Cfr. CNACAF, Sala I, “Fiat Concord S.A.I.C. c/A.N.A. s/repetición”, Expediente n° 1708, sentencia del 16 de junio de 1981) y CNACAF, Sala I, “Sanguineti, Tulio A. c/La Nación (D.G.I.) s/Repetición”, Expediente N° 713, sentencia del 30 de junio de 1981.

⁸⁹⁷ Para un mejor análisis de esta interpretación, puede verse el inciso 19 de esta sección.

⁸⁹⁸ CNACAF, Sala II, “Cruzeiro Do Sul S.A. Servicios Aéreos c/Resol. N| 001783 de la Dirección Nacional de Migraciones s/apel. (expte. 45153 – 8/82)”, Expediente n° 6609, sentencia del 6 de noviembre de 1984.

contradicción, interpuso el recurso de inaplicabilidad a fin de que la Cámara unificase el criterio. Pero la Sala, en lugar de hacerse cargo de la contradicción —una contradicción, por lo demás, absolutamente simultánea y que, en tal virtud, probablemente había perjudicado y seguiría perjudicando a muchas partes— y convocar un plenario para resolverla, desestimó el recurso alegando que los precedentes no habían sido invocados con anterioridad.

99. “Que, para finalizar, cabe poner de resalto que causas esencialmente análogas han sido resueltas en parejo sentido por la Sala IV de esta Cámara Federal, in re ‘Peso, Agustín Carlos’, por la Sala I, in re ‘Renol, Hermes’, y por la Sala III in re ‘Ciri, Rodolfo Luis y Spinelli de Ciri, Alicia’, del 13 de junio, 4 y 5 de junio del presente año, respectivamente”⁸⁹⁹.

La cita de precedentes de las otras tres salas que en ese momento conformaban la sala —algunos de ellos recientes, pues habían sido dictados tan solo un mes antes— deja en evidencia que las Salas, si lo desean, se informan de la jurisprudencia de sus pares. Sin embargo, en lo que hace a la fuerza reconocida a los precedentes que se invocan, ni aun existiendo una doctrina unánime entre las salas de la Cámara, la Sala fundó su decisión en los precedentes. Por el contrario, estos fueron citados “para finalizar”, como mero argumento de apoyo y una vez desarrollados los fundamentos propios de la sala y la solución que esta había decidido dar al caso.

100. “Que si bien en los considerandos del decreto 2863/72 que reglamenta lo dispuesto por el inc. c) del art. 2º de la ley 19.184 se expresa ‘Que es conveniente alentar la colocación de productos nacionales en mercados que no les son tradicionales’, no se comparte la inteligencia que el a quo le otorga a esa expresión —aún cuando resulte coincidente con la que adoptara la Sala III de este fuero al dictar sentencia *in re* ‘Romero, Luis Eduardo’ el 8 de febrero de 1994, citada por el sentenciante...”⁹⁰⁰.

En este caso, expresamente se contradice el precedente de la Sala III, por no compartir su inteligencia. Es un claro ejemplo de que la Sala no se considera obligada a seguir el precedente, únicamente adhiere a él cuando lo comparte y no actúa para evitar una contradicción o conflictos de precedentes que se producirá a partir de su decisión.

101. “Las distintas Salas de esta Cámara se han pronunciado en este sentido al considerar que la prescripción de las acciones derivadas de relaciones de empleo público debe regirse por las normas del Código Civil, en la especie el art. 4027, inc. 3, por tratarse de obligaciones de carácter salarial que deben pagarse mensualmente (confrontar, entre muchos otros, esta Sala in re ‘Coyro, Miguel Ángel y otros

⁸⁹⁹ CNACAF, Sala II, “Dinimalis, Ricardo Gabriel c/B.C.R.A. s/Amparo”, Expediente n° 9714, sentencia del 30 de julio de 1985, considerando 4º.

⁹⁰⁰ CNACAF, Sala II, “Frigorífico Meatex C.I.A.F.I.E.S.A. (T.F. 6651-A) c/A.N.A.”, Expediente n° 30119/94, sentencia del 6 de junio de 2000. El destacado no pertenece al original.

c/Dirección General de Fabricaciones Militares s/empleo público’, sentencia del 29 de septiembre de 1994)”⁹⁰¹.

La cita de precedentes es imprecisa. Así, si bien se mencionan las distintas salas de la cámara, luego se cita un solo precedente de la propia sala. Esto denota la poca importancia con la que los precedentes son utilizados para fundar la decisión judicial. Asimismo, se menciona que las salas “se han pronunciado en este sentido”, es decir, en el sentido que la sala ya expuso en la sentencia y respecto de una decisión ya tomada.

102. “A fin de examinar la apelación deducida, cabe poner de resalto que resultan de aplicación al presente caso los fundamentos vertidos en oportunidad de votar (en disidencia) la causa caratulada ‘Russo Daniel Horacio c/EN -CSJN- Consejo Magistratura – Dto. 5046/51 s/empleo público’ (expte. nro. 37042/04) en la que, por sentencia del 18 de junio de 2009, se decidió acerca de un reclamo idéntico al que constituye el objeto de esas actuaciones...”⁹⁰². (del voto de Grecco)

(...) Adhiero al voto del Dr. Carlos M. Grecco, por cuanto las cuestiones planteadas en los agravios esgrimidos resultan sustancialmente análogas a lo resuelto por la Sala III el 20 de agosto de 2009 en la Causa 37.150/04 *in re* “Sejzer Luis Alberto y otros c/EN – CSJN – Consejo Magistratura – Dto. 5046/511 s/Empleo P’úblico” y el 5 de agosto de 2009 en la Causa 37.045/04 *in re* “Reisenman Eugenia Victoria c/EN – CSJN – Consejo Magistratura – Dto. 5046/51 s/Empleo Público”. (del voto de Fernández)

La sentencia cuyo párrafo se transcribe es del 3 de septiembre de 2009. Es dictada por los jueces Grecco, Galli y Fernández. La doctora Marta Herrera se había excusado.

Al leer la transcripción, se advierte que, tal como surge de lo manifestado por Grecco, su postura había quedado en disidencia en un precedente dictado tan solo tres meses antes de la sentencia (en el caso “Russo”)⁹⁰³, que Grecco luego reconoce como un reclamo idéntico. En cambio, en esta oportunidad (caso “Moquedze”), al recibir la adhesión del juez Fernández, la postura de Grecco fue mayoritaria por 2-1. Y Galli, quien en “Russo” había formado parte de la mayoría junto con Argento, quedó ahora en “Moquedze” en disidencia. Los criterios para resolver dos casos que los propios jueces calificaban de “idénticos” fueron diametralmente opuestos, con diferencia de tres meses entre una y otra sentencia, por una única razón: cambió uno de los jueces que decidió el caso.

⁹⁰¹ CNACAF, Sala II, “Delia Luis Ernesto c/Dirección General de Fabricaciones Militares s/Empleo Público”, Expediente n° 1928/94, sentencia del 27 de noviembre de 1997.

⁹⁰² CNACAF, Sala II, “Moquedze Mazalan, Andrea Elena y otro c/EN – M° Justicia – Dto. 5046/51 – CSJN – AC 11/02 s/empleo público”, Expediente n° 36070/2004, sentencia del 3 de septiembre de 2009, considerando 3° del voto de Grecco.

⁹⁰³ Del sistema de consultas web surge que tal sentencia, en la causa Russo, había sido dictada con la integración de Argento. Cfr. <http://scw.pjn.gov.ar/scw/actuacionesHistoricas.seam?cid=527336>, última visita el 17/7/2018.

De lo expuesto es dable intuir que, de acuerdo con la integración que circunstancialmente tuviera la Sala, las sentencias dictadas irían en uno u otro sentido. Si a eso se agrega el dato de que, en esa época, se encontraban vacantes cuatro vocalías y existían dos licencias por enfermedad⁹⁰⁴, se vislumbra cuán aleatoria era la jurisprudencia por aquel entonces, cuya suerte quedaba sujeta al sorteo que se realizaba para integrar las salas en las que había vocalías vacantes. Esta sentencia es ejemplo de esto.

Esas reflexiones, importantes para el estudio que esta tesis tiene por objeto, inspiraron un análisis más profundo de la situación. Así, se descubrió que, en el encabezado de la sentencia “Moquedze”, se manifestaba lo siguiente: “En Buenos Aires, a los 3 días del mes de septiembre del año 2009, reunidos en acuerdo los señores Jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *integrada por los Dres. Carlos Manuel Grecco, Guillermo Pablo Galli y Sergio Gustavo Fernández* —en virtud de las acordadas n° 1/08 y 13/08 de esta Cámara y del sorteo practicado a fs. 157—, para conocer respecto del recurso...” (el destacado no pertenece al original).

Al ir en busca de la Acordada 13/08, se halló que fue dictada, como surge de su texto, a raíz de que existían múltiples vacantes en las vocalías de las salas y algunas licencias, lo que provocaba un problema: la integración de esas vacantes con jueces de otras salas ocasionaba sentencias contradictorias según quién fuese ese juez. La misma Acordada reconocía en su texto mucho de lo que esta tesis pretende demostrar: que la Cámara percibe con total normalidad que (i) se dicten sentencias contradictorias; (ii) el criterio para resolver un caso dependa de la persona en concreto que ocupa la vocalía, al manifestar que regularmente se dictaban sentencias contradictorias en función del tercer vocal que integrase la sala para cubrir las vacantes. Quedaba claro, pues, que la contradicción “Russo”-“Moquedze” no era un caso aislado.

En rigor de verdad, tal contradicción no había respondido a la situación de vacantes que intentaba resolver la Acordada 13/08, sino a la modificación de un integrante de la sala a raíz de la excusación de Marta Herrera. Pero fue el puntapié que sirvió para demostrar que, tanto cuando se cubría una vocalía por excusación o recusación como cuando se integraban salas con jueces de otras para cubrir vacantes, la estabilidad de la jurisprudencia quedaba a la suerte de ese tercer juez, quien definía si el criterio que venía teniendo la sala se mantenía o se modificaba.

A continuación, se transcribirán los párrafos pertinentes de la Acordada, que ilustran lo dicho (el destacado no pertenece al original):

En Buenos Aires, a los 4 días del mes de septiembre de 2008 se reunió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con la presidencia del Dr. Carlos Manuel Grecco y la presencia de los abajo firmantes, dejando constancia

⁹⁰⁴ Ello surge del texto de la Acordada 13/08, que más adelante se transcribe.

que se encuentran vacantes cuatro vocalías y a los doctores Néstor Bujan y Alejandro Uslenghi se les ha otorgado licencia por enfermedad de largo tratamiento (art. 23 del Régimen de Licencias), y

VISTA; CONSIDERANDO:

I.- Que teniendo en cuenta las renunciaciones presentadas por los doctores Jorge Damarco, María Inés Garzón de Conte Grand, Luis Otero y Bernardo Licht, las Salas I, II y IV del Tribunal se encuentra [sic] funcionando con sólo dos miembros, lo que produce, en los casos de disidencia entre ellos, la necesidad de integrarlas a través del programa provisto por el Sistema Informático dependiente de la Secretaría de Tecnología dependiente del Consejo de la Magistratura.

Ello provoca que muchas veces, para resolver un mismo tema en una Sala, pueden dictarse sentencias opuestas, según sea el criterio del tercer vocal desinsaculado para su integración en cada caso.

II.- Que, del mismo modo, en casos de ausencia por licencias compensatorias de fecha o por enfermedad de alguno de los vocales de las distintas Salas, la integración a través del Sistema informático, además de ocasionar una demora en la resolución de las cuestiones sometidas jurisdiccionalmente —ya que deben ser giradas a la Secretaría General para su integración—, también puede provocar sentencias contradictorias.

Que, a fin de agilizar y garantizar la existencia inmediata de un tribunal hábil para resolver en todas las cuestiones enunciadas en los considerandos I y II, resulta aconsejable designar un Vocal único para integrar cada Sala del Tribunal, en todas las situaciones que se requiera la integración de una sala, con independencia de la vocalía de que se trata, dejando la debida constancia en cada caso, que se trata de la aplicación de la presente Acordada.

A mérito de las consideraciones precedentes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2° de la Ley 26.376 y el art. 31 del Decreto-Ley 1285/58 y sus modificatorias, corresponde efectuar el sorteo entre los vocales de Cámara para resolver quién integrará cada una de las Salas en casos de vacancia o ausencia de cualquiera de sus vocales.

Por ello,

RESUELVEN:

- 1°) Practicar el sorteo previsto en el art. 31 del Decreto-Ley 1285/58.
- 2°) Establecer que resultaron desinsaculados los siguiente Jueces de Cámara para integrar las Salas de Tribunal en casos de vacancia o ausencia de cualquiera de sus vocales:

Sala I: Dr. Jorge Morán

Sala II: Dr. Guillermo Pablo Galli

Sala III: Dr. Pablo Gallegos Fedriani

Sala IV: Dr. Pedro José Jorge Coviello

Sala V: Dr. Jorge Esteban Argento.”

En suma, la Cámara, a partir de esta Acordada, reconocía expresamente que la existencia de vacantes provocaba que el resultado de la sentencia dependiera de qué juez saliese sorteado para cubrir la vacante en cada caso. Este reconocimiento implica mucho más de lo que literalmente manifiesta: implica reconocer que, en la práctica, el criterio individual de un juez puede prevalecer sobre el precedente de la sala; implica aceptar y naturalizar contradicciones entre las diversas sala, pues solo se actúa con miras a evitar la contradicción que en una misma sala se puede producir por la intervención de uno u otro tercer juez, pero nada se hace respecto de las contradicciones que los criterios personales de esos jueces provocan en la cámara como órgano.

En el caso que se analiza, a la vacante existente en la Sala II, que sería cubierta, conforme la Acordada 13/08, por el juez Galli, se le sumó la excusación de otro vocal: Herrera. De tal modo, se modificó el criterio entre “Russo” y “Moquedze”, de la siguiente manera: la causa “Russo” que Grecco cita como precedente, había sido dictada con una mayoría de 2-1. El voto mayoritario fue suscripto por Galli y Argento. Galli integró la Sala II ocupando la vocalía vacante, en función de lo dispuesto por la Acordada transcrita. En cuanto a Argento, la habría integrado en reemplazo de Marta Herrera quien, al igual que en la causa Moquedze, se excusó. De esta forma, Grecco —el único magistrado que originalmente pertenecía a la Sala II— quedó en disidencia.

En el caso “Moquedze”, en cambio, la Sala II quedó integrada de la siguiente forma: Grecco (vocal originario de dicha sala), Galli (interviniendo para cubrir la vacante, conforme la Acordada 13/08) y Fernández (en reemplazo por sorteo de Marta Herrera, que se excusó, conforme surge de la propia sentencia). A diferencia de “Russo”, en donde el sorteo para reemplazar a Herrera había sido Argento, en “Moquedze”, el sorteo fue Fernández.

Fernández no era de la partida de Galli-Argento, sino que tenía el criterio de Grecco. Así, a partir del cambio de Argento por Fernández, el criterio de Grecco, que había sido disidente en “Russo”, se transformó en mayoritario en “Moquedze”. De este modo, la sentencia se votó 2-1 del siguiente modo: el voto mayoritario fue suscripto por Grecco y Fernández, mientras que Galli quedó en disidencia. Como se ve, los resultados de las sentencias “Russo” y “Moquedze”, con diferencia de meses entre ellas, fueron diametralmente opuestos. A pesar de que, como dice Grecco, se trataba de reclamos idénticos. Y todo dependió de la suerte del sorteo que se realizó para cubrir la vocalía de Herrera, quien se había excusado en ambos casos.

Esto deja de manifiesto que cada juez decide en función de sus propias convicciones personales y que estas no son dejadas de lado ni siquiera cuando existieren precedentes en contrario de la propia sala que ese juez está integrando para cubrir una vacante. En definitiva, evidencia lo que ya se viene afirmando a lo largo de esta tesis: los jueces no se consideran obligados por los precedentes, no consideran que la contradicción sea un problema en tanto vulnera la igualdad o la seguridad jurídica y, en base a eso, hacen primar su criterio personal por sobre el de la sala o de la cámara a la que representan. En definitiva, es el criterio personal de cada juez que va a participar en la resolución de la controversia el que define la solución que se adoptará.

Pero el análisis de este caso no solo demostró que al cubrir una vacante por excusación de uno de los camaristas se modificó completamente el criterio de la sala, sino que además dejó en evidencia que esto también sucedía a raíz de las múltiples vacantes que existían en esa época. De ello da cuenta la Acordada 13/08.

Es preciso destacar, por último, cuál fue la solución que la cámara encontró para esta situación transitoria de vacantes y las consecuencias y conclusiones que se pueden extraer de ella. La solución no fue reunir en pleno a los camaristas y resolver las cuestiones que estuvieran ocasionando contradicciones o bien establecer la obligación de reunirse en pleno siempre que la integración ocasional de una vocalía pudiera ocasionar sentencias contrarias a otras ya dictadas. La solución fue, en cambio, fijar un juez determinado para cubrir la vocalía en cada sala. Esto, si bien garantizaba que el criterio no variase dentro de una misma sala, mantenía la contradicción entre las salas, enraizada en la contradicción entre los criterios personales de los jueces.

103. “A fs. 109/112 la Sra. juez de la anterior instancia hizo lugar a su pretensión.

Para llegar a tal conclusión tuvo en cuenta que las sumas otorgadas por el decreto revestían carácter salarial (conf. Sala III en autos ‘Fernández Pinto Augusto c/Estado Nacional s/juicio de conocimiento’ del 23 de marzo de 1994) e implicaban un evidente incremento de la remuneración de magistrados y ciertos funcionarios alcanzados por sus disposiciones”⁹⁰⁵.

Hacia el inicio de la sentencia, se hace referencia a que en primera instancia se resolvió en base a un precedente de la Sala III. Sin embargo, la decisión de la Sala II en este caso es revocar esa sentencia, sin siquiera dar una mínima explicación de por qué ese precedente de la Sala III, en el que se basó la juez de primera instancia, no sería aplicable o debe dejarse de lado. En otras palabras, la Sala II, al revocar la decisión de la juez de grado, contradice abiertamente un precedente de la Sala III, sin hacerse cargo de ello o fundar la contradicción.

⁹⁰⁵ CNACAF, Sala II, “Goñi Adalberto Raúl y otros c/M° de Justicia – Estado Nacional s/empleo público”, Expediente n° 44191/95, sentencia del 14 de octubre de 1997.

iii. Sala III

104. “Atendiendo a la ceñida analogía del sub examen con el caso referido, cabe remitirse *brevitatis causa* a los fundamentos entonces expuestos para resolverlo, toda vez que no surge de la expresión de la demandada circunstancia alguna que autorice apartar la doctrina antes aplicada”⁹⁰⁶.

Aquí, en referencia a un precedente de la propia sala, se manifiesta que si la demandada hubiera acreditado alguna circunstancia (sobre cuya naturaleza o caracteres nada se dice), ese precedente habría podido ser dejado de lado. Esto, sin duda, implica sostener que el precedente no es obligatorio.

105. “Que ante tal estado de cosas, este Tribunal estima que cualquiera fuese el criterio que se aplicare en la presente causa, la resolución que recayere sería contradictoria con alguno de los precedentes citados, razón por la cual en uso de las facultades que le otorga el artículo 302 de la ley de rito, propicia la convocatoria del Tribunal Plenario a efectos de unificar jurisprudencia sobre el tema referido”⁹⁰⁷.

Aquí, una muestra de la relevancia que, en las primeras etapas de funcionamiento de la Cámara, se otorgaba a la uniformidad de la jurisprudencia y la consecuente flexibilidad con la que eran interpretados el recurso de inaplicabilidad y la autoconvocatoria al pleno. Ya se han visto, en el inciso 19 de esta sección, otros ejemplos de la Sala I que acreditan lo manifestado. Esta interpretación, desafortunadamente, se va perdiendo a través de la historia del tribunal y llega a consolidarse exactamente la concepción opuesta.

106. “Que la cuestión planteada en el caso guarda ceñida analogía con la resuelta por esta Sala el 6 de Noviembre de 1979 *in re* ‘Siemens S.A.’, por lo que cabe remitirse a las consideraciones que allí se formularon y toda vez que no surge de lo actuado ni de los agravios del Fisco, mérito suficiente para apartarse de la interpretación a que en aquella oportunidad se arribó”⁹⁰⁸.

Una vez más, se indica que de los agravios podría surgir mérito suficiente para apartarse de un precedente de la propia sala. Está claro que los jueces se consideran habilitados a apartarse de la interpretación efectuada en sus precedentes, aunque no está claro cuáles son las circunstancias, argumentos o motivos que justificarían ese apartamiento. El lenguaje que los jueces utilizan (no se presentaron nuevos argumentos o no existe mérito suficiente) no basta para analizar si verdaderamente los jueces consideran el apartamiento como una

⁹⁰⁶ CNACAF, Sala III, “Schiaffino, Pedro c/Caja de Jubilaciones, Retiros y Pensiones de la Policía Federal s/cobro de pesos”, Expediente N° S-1636, sentencia del 11 de diciembre de 1979.

⁹⁰⁷ CNACAF, Sala III, “Esperanza, Dominga Encarnación c/E.N.T.E.L. s/amparo por mora”, Expediente N° 734, sentencia del 3 de junio de 1980.

⁹⁰⁸ CNACAF, Sala III, “Siemens Sociedad Anónima s/recurso de apelación (Tribunal Fiscal expág. N° 894-I)”, Expediente N° 693, sentencia del 27 de agosto de 1980.

excepción o si son laxos en su aplicación. Lo que sí parece quedar claro es que la obligatoriedad estricta del precedente no es aceptada, por cuanto se deja abierta la posibilidad de dejarlo de lado cuando la sala así lo considere. En este sentido, incluso sería posible descartar cualquier tipo de obligatoriedad, si se comparte la perspectiva de que el precedente obligatorio es aquel que admite únicamente ser seguido o distinguido⁹⁰⁹.

107. “Que expuestos los hechos se comparte con el *a quo* su adhesión a la doctrina expuesta por la Sala N° 1 en lo Contencioso Administrativo de esta Cámara sentada en la sentencia del 20 de octubre de 1977 en la causa ‘Fadesa S.A.C.I.F.A.’ según la cual la competencia del Administrador Nacional de Aduanas...”⁹¹⁰.

El uso del verbo adherir(se) elimina la obligatoriedad y refleja la opción y libre decisión de seguir o no el precedente. En efecto, el segundo significado del término de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española es “sumarse a un dictamen, una propuesta, una opinión, un partido, etc.”⁹¹¹.

108. “No obsta a lo dicho lo que resolvió esta Cámara en los precedentes de fecha 7 de septiembre de 1976 y 29 de diciembre de 1972, invocados en el recurso ya que en ellos la unificación de doctrina no fue consecuencia de declarar admisible un recurso de inaplicabilidad de ley a pedido de parte —admisibilidad que cabe interpretar restrictivamente—, sino que por el contrario, el acuerdo tuvo por fin ‘mantener la unidad en la interpretación de la ley con la doctrina del más Alto Tribunal del país’”⁹¹².

Lo que sucedió en el presente caso, cuya sentencia se transcribe en lo relevante, fue que la parte interpuso recurso de inaplicabilidad en una cuestión de honorarios, invocando (presumiblemente, en virtud de lo que se desprende del fallo) precedentes en los que se habían dictado plenarios en cuestiones afines. Sin embargo, la Sala III no hizo lugar al recurso, en el entendimiento de que lo relativo a honorarios era una cuestión respecto de la cual no procedía el recurso de inaplicabilidad de ley, y que los plenarios invocados, aunque también se referían a cuestiones afines, habrían tenido por fin unificar la jurisprudencia de la Cámara con la de la Corte Suprema.

Más allá de las consideraciones que cabría efectuar respecto de la admisibilidad del recurso en este tipo de cuestiones (admisibilidad que sería más tarde otorgada por la misma Cámara), vale detenerse aquí en una expresión de la Sala que deja expuesta la verdadera

⁹⁰⁹ Cfr. Schauer, Frederick, “Precedent”, en *Stanford Law Review*, 1987, vol. 39, n° 3, págs. 592-593 (“a binding precedent is one that must either be followed or distinguished”).

⁹¹⁰ CNACAF, Sala III, “Videa Marshall Luis R. c/Administración Nacional de Aduanas s/ordinario”, Expediente N° V 478, sentencia del 12 de noviembre de 1980, considerando IV.

⁹¹¹ Cfr. <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=adherir>, última visita el 7 de agosto de 2018.

⁹¹² CNACAF, Sala III, “Grisolía, Juan Jorge c/Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/reintegro de jerarquía y reincorporación”, Expediente N° 1102, sentencia del 10 de junio de 1981. El destacado no pertenece al original.

concepción del recurso y su procedencia, al manifestar que la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley debe ser interpretada restrictivamente.

Aquí queda expresamente reconocido por la Sala que la actitud hacia el recurso de inaplicabilidad es restrictiva y que los requisitos que el código de forma exige para su admisibilidad debían ser estrictamente aplicados. Este precedente contradice, en este punto, ciertos precedentes de la Sala I, en los que esos requisitos habían sido flexibilizados con el fin de proteger la uniformidad, así como precedentes de la propia Sala III, en los que la uniformidad era considerada un valor digno de protección y se actuaba en consecuencia⁹¹³. Sin ir más lejos, a continuación, se transcribe uno de esos casos.

109. “Que habiendo mediado acumulación de expedientes —conf. fs. 57—, y surgiendo del libro de distribución de causas radicadas en la Cámara, que se han remitido a las cuatro Salas de ésta, sendas cuestiones de idéntico contenido —autos C.2332 a la Sala I, n° C.2526 a la Sala II; n° 523 a la Sala III; n° 40/50 a la Sala IV—, se resuelve invitar al tribunal a reunirse en pleno con el objeto de unificar jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias —conf. art. 302 del Código Procesal—”⁹¹⁴.

Este caso es excepcional, en tanto muestra una verdadera preocupación por la unificación de jurisprudencia y la necesidad de evitar la desigualdad jurídica. Así, habiendo tomado conocimiento de que estaban tramitando cuatro causas idénticas en las cuatro salas de la cámara, la Sala III decide autoconvocar al pleno para evitar la contradicción.

No existía aún un precedente de la Cámara respecto de la cuestión⁹¹⁵, como generalmente ocurre cuando se autoconvoca a un pleno y en cuyo caso la posibilidad de contradicción es más patente (porque, se supone, el magistrado o sala que en ese caso convoca al plenario tiene una postura contraria a ese precedente). Sin embargo, la Sala anticipó la posibilidad de una contradicción entre las sentencias que a futuro dictara cada una de las salas y prefirió optar porque la cuestión sea resuelta de una vez y por todas por el pleno.

Se trata de un caso y de una interpretación que contrasta con el tratamiento habitual que se le imprime al precedente y la poca relevancia que se le otorga a la contradicción. Pero, a la vez, demuestra que la uniformidad es algo atendible y la contradicción, algo evitable y que, en algunas oportunidades, los jueces lograron comprender esto y actuaron en consecuencia. Asimismo, sirve para tomar como ejemplo de un procedimiento a seguir en el caso que se adoptara una doctrina de obligatoriedad del precedente horizontal: aquellos casos

⁹¹³ Véanse los incisos 19 y 104 de esta sección.

⁹¹⁴ CNACAF, Sala III, “Cía. Swift de La Plata S.A.F. c/I.N.T.A. s/repetición”, Expediente N° 523, sentencia del 27 de julio de 1982.

⁹¹⁵ Estos casos, en los que aún no se ha dictado un precedente, se denominan “*cases of first impression*” en el sistema del *common law*. Cfr. Coale, David S.; Dyrek, Jeaneen M., “First Impressions”, en *The Appellate Advocate*, 2011, pág. 274. La definición de “*case of first impression*” del Black’s Law Dictionary es: “A case that presents the court with an issue of law that has not previously been decided by any controlling legal authority in that jurisdiction”. *Black’s Law Dictionary*, 9th ed., 2004, pág. 243.

en los que la cuestión planteada fuera compleja y aun no existiese un precedente son candidatos ideales para ser resueltos en un plenario y, de ese modo, se anticiparía la contradicción sin necesidad de que esta ocurriese.

110. “Recorre a lo decidido el 2 de marzo pasado por la Sala II de esta Cámara (...) declarando parcialmente nula la mentada resolución (...) y ordenando la reincorporación de la interesada (...) la decisión en esta causa debe limitarse a declarar la invalidez del acto que aplicó un estatuto incompatible con dicho servicio pero sin disponer la reincorporación del demandante a la misma jerarquía, toda vez que no puede suplirse en este estado la voluntad de la Administración, y el encuadre que ésta debe dar aplicando las disposiciones de la ley 20.416”⁹¹⁶.

Con diferencia de solo 5 meses, las Salas II y III de la Cámara declararon la nulidad de una resolución administrativa. Sin embargo, mientras que la primera también ordenó la reincorporación de la parte afectada a su trabajo, la segunda entendió que eso debía ser resuelto en sede administrativa. Así, la suerte de uno y otro empleado en lo relativo a la reincorporación a sus tareas a raíz de una resolución declarada nula quedó sujeta a qué sala sentenció su caso.

111. “Por lo demás, a análoga solución llegó la Sala I de este fuero al decidir la causa ‘The Coca Cola Exp. Corp.’, con fecha 31 de mayo de 1983”⁹¹⁷.

Como es habitual en el tribunal, la cita de un precedente análogo decidido por otra Sala se hace hacia el final, con la decisión ya tomada y los argumentos expuestos, en una suerte de *obiter* (“por lo demás”). Esta práctica, como se ha advertido reiteradas veces a lo largo de esta sección, es contraria al reconocimiento de obligatoriedad del precedente y a la práctica de los sistemas donde esa obligatoriedad rige, en cuyo caso los precedentes son lo primero en citarse y su aplicación al caso que debe resolverse es el núcleo de la argumentación de la sentencia.

112. “Que los fundamentos así reseñados resultan insubstanciales como agravios, si se atiende a que están referidos a extremos que con reiteración abordaron la Corte Suprema y esta Cámara en decisiones a las que, *brevitatis causa*, cabe aquí remitir en lo pertinente, sin que se haya invocado ni surja de autos circunstancia alguna cuya novedad justifique apartarse de la doctrina sentada en los pronunciamientos de referencia (conf. Fallos: 295:803; 300:1258; 301:562, sus citas y otros; asimismo: sentencias de esta Sala *in re* ‘Bruschtein de Bregazzi’, 19 de diciembre de 1979; ‘Ojeda,

⁹¹⁶ CNACAF, Sala III, “Justo de Nieto, Dalmira c/Estado Nacional (S.PÁG.F.) s/ordinario”, Expediente N° 3567, sentencia del 5 de agosto de 1982.

⁹¹⁷ CNACAF, Sala III, “Embotelladora Seven Up – Rosario – S.A.C.I.F. s/recurso – Tribunal Fiscal”, Expediente N° E-920, sentencia del 28 de diciembre de 1983.

Eliseo Domingo', 27 de marzo de 1980; la dictada el 10 del corriente *in re* 'Braña Drummond', entre muchos otros"⁹¹⁸.

(...) “Adhiero al voto del doctor Senestrari, en razón de que el mismo halla sólido sustento en la doctrina jurisprudencial que ha prevalecido en torno a la ley 21.274; la que, por haber sido fijada en definitiva por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conviene seguir por economía procesal. Dentro de los estrechos límites de esa doctrina, la sentencia de primera instancia y el voto del distinguido juez que me precede arbitran la solución más justa (...) Dejo a salvo mi opinión, contraria a la referida jurisprudencia”⁹¹⁹.

En esta sentencia hay algunas cuestiones para destacar. En primer lugar, no queda claro cuál es esa novedad que podría justificar el apartamiento, aunque se podría aventurar que es una suerte de aplicación de la doctrina de la Corte Suprema según la cual sus precedentes deben seguirse a menos que se aporten nuevos fundamentos⁹²⁰. Esta fórmula relativa a que nuevos argumentos justificarían apartarse del precedente horizontal es repetida en numerosas ocasiones en las sentencias de la Sala III de aquella época, como se ha visto en algunos casos y se verá asimismo en los incisos siguientes.

En segundo lugar, González Arzac, en su voto, realiza una afirmación peculiar, al sostener que conviene seguir la jurisprudencia por razones de economía procesal en tanto fue confirmada por la Corte Suprema. Esto parecería indicar que la existencia de varios precedentes de la misma Cámara no fuera suficiente para justificar por sí misma su seguimiento.

En definitiva, la transcripción da cuenta de la falta de claridad en el tratamiento al precedente horizontal, pero también de un escaso reconocimiento a su fuerza.

Por último, es resaltable la técnica de seguir el precedente dejando a salvo la opinión personal del juez, que es coherente con el reconocimiento de fuerza al precedente y constituye un mecanismo viable para instar a futuro su modificación en los casos excepcionales de *overruling* en que ella pudiera proceder. Sería deseable que se adopte esta técnica —con la que, como se ve, algunos magistrados están familiarizados— junto con la doctrina de un precedente horizontal obligatorio.

113. “Las razones expuestas por la recurrente, sólidas y en buena medida dignas de adhesión, chocan con la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

⁹¹⁸ CNACAF, Sala III, “Moszkowicz de Rubel, Ana Dora c/Consejo Nacional de Educación s/reincorporación”, Expediente n° 6984, sentencia del 17 de abril de 1984, del voto de los doctores Senestrari y Mordegliá. El destacado no pertenece al original.

⁹¹⁹ Del voto del Dr. González Arzac. El destacado no pertenece al original.

⁹²⁰ Cfr. *Fallos*, 311:2453 (1988), *Cerámica San Lorenzo I.C.S.A. s/apelación multa 20680*, sentencia del 1 de diciembre de 1988.

sobre la base de sus precedentes (...) En el mismo sentido se expidió muchas veces esta Sala (...)

Por razones de economía procesal, es prudente seguir aplicando dichos criterios jurisprudenciales, en materia ciertamente opinable...”⁹²¹.

En este caso, se hace referencia a múltiples precedentes, tanto de la Corte Suprema como de la propia Sala. Sin embargo, las razones que se invocan para seguirlos y no apartarse de ellos son: i) economía procesal y ii) prudencia. Si se reconociera la obligatoriedad del precedente horizontal, el “seguir aplicando dichos criterios” no sería “prudente”, sino “obligatorio”. Está claro que tal obligatoriedad no es reconocida.

114. “...son aplicables los fundamentos de la doctrina obligatoria sentada por mayoría en el fallo plenario recaído en autos ‘Carrillo Avila, Rafael c/Est. Nac. (M° de Educación y Justicia) s/Ordinario’ del 12/4/89 (JA 1989-II-721) a cuyas consideraciones cabe remitir por razones de brevedad (art. 300 *in fine* y 303 Cód. Procesal) debiéndose señalar que el actor no agrega argumentos que no hayan ya allí sido tomados en consideración para resolver por mayoría en contra de lo que sostiene, de modo que ellos no bastan para desvirtuar su aplicación, sin perjuicio de la opinión vertida en contrario”.

No queda claro por qué la Sala indica que si el actor hubiera agregado argumentos que no hubieran sido tomados en consideración en el plenario esto podría desvirtuar su aplicación. Más extraño es si se tiene en cuenta que en la oración inmediatamente anterior se reconoce la obligatoriedad de la doctrina plenaria y se citan los artículos correspondientes del ordenamiento procesal. Si acaso la Sala se estaba refiriendo a la posibilidad de autoconvocar un nuevo plenario, lo cierto es que la expresión no resulta lo suficientemente precisa y, por el contrario, parece debilitar la obligatoriedad de la que gozan los fallos plenarios (en efecto, ha habido casos en los que estos fueron desoídos). Lo más probable, en cambio, es que la Sala no haya reparado en el significado y las consecuencias interpretativas de una fórmula que, como se aprecia, era asiduamente utilizada por los tres jueces que por entonces la integraban. El siguiente es otro ejemplo de esto.

115. “Que la cuestión planteada en autos ya fue analizada y resuelta por esta Sala *in re* ‘Acosta’ (...), y considerando que la apelante no aporta argumentos que no hayan sido allí considerados, corresponde la remisión a los fundamentos entonces expuestos dada la similitud de la situación de hecho...”⁹²².

⁹²¹ CNACAF, Sala III, “Caminos S.A. c/Obras Sanitarias de la Nación s/cobro de pesos”, Expediente N° 7281, sentencia del 3 de mayo de 1984, considerando II.

⁹²² CNACAF, Sala III, “Sánchez Julio Fernando c/Comisión Municipal de la Vivienda s/escrituración”, Expediente N° 22697, sentencia del 21 de agosto de 1990.

Nuevamente se indica que, si se hubieran aportado nuevos argumentos, la Sala podría haber cambiado de criterio. En las sentencias de los incisos siguientes —y en incisos anteriores— se aplica el mismo razonamiento o razonamientos similares (tales como que los fundamentos no fueron debidamente rebatidos). Como se ha manifestado en varias oportunidades a lo largo de este trabajo, la falta de precisión respecto de cuáles argumentos podrían justificar un apartamiento o qué tipo de fundamentación debería proporcionar la parte a los fines de eliminar la fuerza del precedente no solo debilitan al precedente y generan un gran ámbito de discrecionalidad en favor de los jueces, sino que también desorientan a los litigantes, que no cuentan con guías claras sobre el tratamiento y la argumentación en torno a los precedentes.

116. “Que los agravios que se expresan (...) resultan insustanciales frente a lo decidido en causas análogas tanto por esta Sala como por la Corte Suprema (...) en los que se ha reiterado la doctrina contraria a la pretendida en aquéllos agravios, sin que resulte de la causa la existencia de una situación de hecho diversa de la allí contemplada, ni se hubiesen rebatido los fundamentos que sirven de apoyo al criterio sustentado en aquellos precedentes”⁹²³.

La Sala contempla la posibilidad, para el caso de que se hubieran rebatido los fundamentos, de apartarse no solo de precedentes propios, sino también de los de la Corte Suprema.

117. “...atento a que la demandada no ha arrojado nuevos elementos de juicio, opino que no sería razonable que la misma Cámara, por otra de sus Salas, emitiera una decisión distinta sobre la misma cuestión, en un juicio trabado entre las mismas partes”⁹²⁴.

Se trata de otro ejemplo de lo manifestado en los incisos anteriores. Podría surgir la duda respecto de si no es esta una postura conforme con cierto reconocimiento de fuerza al precedente horizontal —coherente con la doctrina de la Corte Suprema—, en virtud de la cual esa fuerza se establecería como principio general, que cedería frente a la excepción de nuevos argumentos o elementos de juicio. Sin embargo, es preciso reiterar que, al menos en la cámara, la amplitud que posee la excepción prácticamente anula el principio general. Por lo demás, no es una posición que haya sido mantenida en el tiempo ni por la Sala III ni por otras Salas de la Cámara.

Más bien cabe afirmar, como ya se adelantó, que era una fórmula esbozada por la Sala que, por la tendencia a la repetición propia del ser humano y el uso habitual de fórmulas hechas al redactar sentencias judiciales, se fue propagando en las resoluciones de aquella

⁹²³ CNACAF, Sala III, “Internacional Televisión Color SA s/apelación TFN N° 10510”, Expediente N° 23797, sentencia del 13 de agosto de 1991.

⁹²⁴ CNACAF, Sala III, “Ediciones La Urraca S.A. c/Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/cobro de pesos”, Expediente N° 24778, sentencia del 19 de diciembre de 1991.

época. Esto se reconfirma al considerar que el mismo argumento fue utilizado en referencia a la doctrina plenaria (que es indudablemente obligatoria), lo que denota que la fórmula no es consecuencia de una seria reflexión sobre el valor del precedente y las excepciones que justificarían el apartamiento.

118. “Que el escrito (...) omite criticar los argumentos principales de los precedentes de las diversas Salas de este Tribunal y de la Corte Suprema de Justicia citados por el a quo en su decisorio (...) Sin perjuicio de ello en la causa no se aportaron los elementos de convicción necesarios para desvirtuar las conclusiones a las que arribó esta Sala in re ‘Carozzi’, del 30/7/87, a cuyos fundamentos cabe remitir por razones de brevedad y economía procesal”⁹²⁵.

Se trata de otro caso en el que se aplica el razonamiento que se viene analizando en los incisos previos.

119. “Tampoco procede acoger el recurso de la accionante, pues al presente existe jurisprudencia contradictoria en el fuero acerca de la aplicación de la ley 23.982, para el supuesto de autos; lo que aconseja distribuir las costas en la forma que lo hizo el a quo”⁹²⁶.

La Sala está reconociendo expresamente la existencia concreta y actual de jurisprudencia contradictoria y, sin embargo, no hace nada al respecto más que distribuir las costas por su orden. La contradicción de criterios “en el fuero” parece considerada tolerable y normal, cuando, en realidad, la correcta interpretación del art. 301 del Código Procesal y la protección a la seguridad jurídica debieron llevar a la Sala a autoconvocar al pleno.

120. “Que la validez constitucional del régimen (...) fue analizada y decidida por esta Sala con una integración que difería —en parte— (...) Las consideraciones que al respecto formula la parte actora no revisten, a criterio de esta Sala, entidad como para modificar lo allí dicho, sin perjuicio del tratamiento que más adelante se hace de algunas cuestiones planteadas y que no fueron examinadas en ese precedente. Por consiguiente, a él cabe remitirse en lo pertinente por razones de brevedad”⁹²⁷.

Una nueva variación de la postura habitual de que hay consideraciones o argumentos con entidad tal para desvirtuar precedentes. A su vez, nuevamente la Sala considera relevante indicar que el precedente fue dictado por otra integración de la sala, como si eso incidiera de algún modo en su valor.

⁹²⁵ CNACAF, Sala III, “Hernández Quintana Roberto S. c/Estado Nacional (E.M.G.E. y/u otro) s/ordinario”, Expediente N° 26759, sentencia del 2 de julio de 1992.

⁹²⁶ CNACAF, Sala III, “Lloyds Bank c/A.N.A. s/amparo”, Expediente N° 27603, sentencia del 3 de agosto de 1992.

⁹²⁷ CNACAF, Sala III, “Pescasur S.A. c/Estado Nacional (DGI) s/Inconstitucionalidad Ley 23.256”, Expediente N° 12782, sentencia del 15 de octubre de 1992.

121. “Que los agravios de la parte actora tampoco pueden ser acogidos, pues no son suficientes para variar la solución dada a igual controversia por esta Sala al resolver con fecha 27/9/90, en la causa seguida entre las mismas partes”⁹²⁸.

Se repiten los casos que aplican la fórmula de nuevos argumentos o agravios suficientes para modificar el precedente, sin indicación clara de qué agravios serían suficientes o por qué los utilizados no lo son, lo cual compromete seriamente la fundamentación de la sentencia.

122. “En lo atinente a la cuestión de fondo, comparto plenamente la solución adoptada por la Sala I del Fuero, con fecha 31/8/93; in re: ‘Bossio, Nicolás Francisco y otros c/CONET s/juicio de conocimiento’, a cuyos fundamentos brevitatis causa me remito y cuya copia se adjunta al presente decisorio formando parte integrante del mismo”⁹²⁹.

En este caso, se utiliza el verbo “compartir”, para referirse a lo que resolvió la Sala I en un precedente reciente. Como se ha visto, el uso de este término es un indicio más de desconocimiento de la fuerza obligatoria del precedente horizontal. La terminología es afín, más bien, a la concepción de que la invocación del precedente depende de que se comparta o no el razonamiento jurídico que en él se desarrolla.

Este análisis queda confirmado por la transcripción siguiente y por otros ejemplos que se han visto en esta sección, que muestran que el precedente es dejado de lado cuando no se comparte.

123. “Por lo demás, distinto es este caso al que tuvo oportunidad de decidir la Sala I del fuero en la causa citada por la juez a quo, en la que se consideró aplicable la prescripción decenal, por entender que la obligación reclamada respondía a las características de un ‘préstamo’ que fuera abonado en cuotas; criterio este que no fue compartido por el Tribunal (v. esta Sala, ‘Viñas, José’, del 6/2/92)”⁹³⁰.

Más allá de que lo que está haciendo la Sala es distinguir el caso que debe resolver y el precedente de la Sala I, alegando una diferencia fáctica relevante, lo cierto es que, al pasar, la Sala manifiesta que, en un tercer caso, se apartó del precedente de la Sala I por no compartirlo.

⁹²⁸ CNACAF, Sala III, “Cafés La Virginia S.A. c/A.N.A. s/amparo”, Expediente N° 400/93, sentencia del 31 de agosto de 1993.

⁹²⁹ CNACAF, Sala III, “Mendoza de Bonomi, Olga y otros c/Consejo Nacional de Educación Técnica s/empleo público”, Expediente N° 4230/90, sentencia del 12 de mayo de 1994, considerando III. “Comparto plenamente” fue la expresión utilizada en CNACAF, Sala III, “Pardo María Elvira y otros c/C.O.N.E.T. s/Empleo Público”, Expediente N° 1321/91, sentencia del 14 de marzo de 1995.

⁹³⁰ CNACAF, Sala II, “Cubilla Tomás c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo de la Nación) s/juicio de conocimiento”, Expediente N° 4/93, sentencia del 2 de agosto de 1994.

124. “Si bien los fundamentos expuestos por la juez a quo no son los mismos a los analizados por este Tribunal en ocasión de fallar el 17/10/94 en la causa ‘Bence, Carlos Alberto Luis c/Estado Nacional (M° de Rel. Ext. y Culto) s/juicios de conocimiento’, atento a que la cuestión de fondo es substancialmente análoga a la de la causa mencionada, cabe remitirse, brevitatis causa, a la solución adoptada en dicho precedente, cuya copia se acompaña, por no existir circunstancias que impongan una solución contraria”⁹³¹.

En consonancia con la postura adoptada por esta Sala en los precedentes de esa época, se mencionan “circunstancias” que podrían “imponer” un apartamiento del precedente dictado en un caso substancialmente análogo. No queda claro cuáles serían esas circunstancias, pero es claro, en cambio, que la postura es del todo coherente con el reconocimiento de obligatoriedad del precedente.

125. “El remedio [recurso de inaplicabilidad de ley] no puede prosperar pues: a) el precedente de la Sala IV se trató de la apelación de una sentencia del Tribunal Fiscal, que se declaró incompetente (...) y dispuso que en lo referido específicamente al campo del derecho fiscal perdió vigencia el principio solve et repete. De todos modos esa doctrina fue reformada por esta Sala al resolver la causa ‘Establecimientos Textiles San Andrés’ 25/11/86 y ‘Medida Cautelar Alto Paraná S.A.’, 17/12/91.

(...)

Además la decisión sobre la inconstitucionalidad de una norma es en principio extraña a la competencia del tribunal plenario, pues podría implicar establecer por esta vía una interpretación general obligatoria en materia constitucional que ni siquiera la Corte Suprema impone...”⁹³².

Hay al menos dos cuestiones que merecen ser destacadas de esta transcripción. La primera, es que la Sala III contempla lisa y llanamente que una sala reforme la doctrina desarrollada en un precedente de otra sala: la Sala IV evidentemente había establecido una cierta doctrina en relación con el *solve et repete* en materia fiscal, pero la Sala III decidió “reformar” esta doctrina en sus propios precedentes, como lo reconoce expresamente. En rigor de verdad, no hay norma que permita que una sala “reformar” una doctrina jurídica desarrollada por otra, por lo que más que reforma hay que hablar de contradicción. Existe aquí una contradicción entre los precedentes de la Sala III y la Sala IV y eso motivó el recurso de inaplicabilidad, que es el cauce adecuado (junto con la posibilidad de autoconvocarse que

⁹³¹ CNACAF, Sala III, “Freixas Julio Alfredo c/Estado Nacional (M° de Rel. Ext. y Culto de la Nación) s/juicio de conocimiento”, Expediente N° 7111/93, sentencia del 4 de octubre de 1994.

⁹³² CNACAF, Sala III, “Teubal, David c/Comisión Nacional de Transporte Automotor – Resol. 345/94”, Expediente N° 33314/94, sentencia del 6 de abril de 1995.

posee la cámara) para resolver esa contradicción. Ahora bien, siempre que la sala entienda que ella puede, por sí sola, modificar el precedente de otra, de seguro no se molestará en autoconvocar al pleno para resolver la contradicción, que es lo que prevé el ordenamiento procesal.

La segunda cuestión tiene que ver con la última frase referida a que no es posible sentar doctrina plenaria sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, pues significaría establecer una doctrina obligatoria en materia constitucional.

En primer lugar, hay que decir que la excepción a la materia de plenario que la sala está afirmando no existe como tal en el Código Procesal, que sí prevé otras materias sobre las cuales no procede la competencia del tribunal plenario (honorarios, por ejemplo). Pero, sin perjuicio de ello, esta decisión deja expuesta la concepción decimonónica de un poder judicial limitado; una concepción cuidadosa de resaltar los límites del poder judicial en relación con la función legislativa. En virtud de esta concepción, no se admite un recurso de inaplicabilidad a pesar de la existencia de contradicción entre precedentes de distintas salas, en los que una sala afirma la constitucionalidad de una ley mientras que la otra afirma su inconstitucionalidad. Se prefiere, en cambio, que cada Sala decida esa cuestión según su propio criterio, con la consecuente vulneración de los intereses de las partes y de la coherencia del ordenamiento jurídico mismo, pues una norma sería a veces constitucional y otras inconstitucional, según el juez que la juzgue.

En otras palabras, la Sala no admite el recurso porque, de hacerlo, el plenario decidiría que esa ley es constitucional o inconstitucional, y esa decisión sería obligatoria para los tribunales inferiores y para la propia cámara. Eso se percibe inadmisibles, en el entendimiento de que los jueces no pueden dictar normas generales, y menos sobre asuntos constitucionales. Pero, en cambio, los jueces no consideran inadmisibles que una sala, que dicta sentencia a nombre del tribunal del que forma parte, decida que una norma es constitucional, mientras que otra sala perteneciente al mismo tribunal decida que la norma es inconstitucional en casos idénticos o similares.

Denegando el recurso de inaplicabilidad, como hace la Sala III, lo que sucederá es que, dependiendo de qué sala salga sorteada para resolver cada causa futura que verse sobre esa ley, esta será declarada constitucional o inconstitucional. La Corte Suprema, por regla, no admite el recurso extraordinario en estos casos, pues para eso, suele afirmar, está el recurso de inaplicabilidad de ley. Cada juzgado de primera instancia podrá seguir su propio criterio sobre la constitucionalidad de la norma en juego, pues cuenta con precedentes en uno y otro sentido que avalarán su postura. No obstante, precisamente debido a la existencia de precedentes de la Cámara en uno y otro sentido, todas esas decisiones de primera instancia serán, casi con certeza, apeladas, pues siempre habrá chances de que se haga lugar al recurso y la sala que toque en suerte revoque la sentencia. Así las cosas, cabe preguntarse: ¿Es

realmente esta opción mejor que la de reunir un pleno que decida cuál es la postura de la cámara en torno a la constitucionalidad o no de una norma? ¿En cuál de los dos escenarios la Sala es dotada de mayor discrecionalidad y se ponen más en peligro la coherencia del ordenamiento jurídico, el funcionamiento del poder judicial y la división de poderes?

Frente a los temores de que el poder judicial dicte una norma general, es necesario pensar que, si se dictase un fallo plenario, el escenario sería el siguiente: Los juzgados de primera instancia deberían adherir al criterio plenario, pero podrían dejar a salvo sus opiniones personales, que podrían ser consideradas por la cámara en caso de que sean lo suficientemente relevantes y, quizás, inspirar un nuevo plenario. El Congreso conservaría indudablemente la potestad de modificar esa ley —y, con ella, la doctrina del fallo plenario— en el sentido que considere. La Corte Suprema siempre podría revisar el plenario en alguna de sus aplicaciones y, en el caso de que lo revocase, la Cámara debería reunirse nuevamente para adherir al criterio de la Corte, último intérprete de la Constitución. De hecho, en este escenario, los votos del pleno serían una buena fuente de argumentación para la Corte, donde encontraría reunidos en un único documento todos los argumentos en contra y a favor de la constitucionalidad de la norma, a los efectos de tomar su decisión sobre la constitucionalidad de la norma. El control difuso de constitucionalidad no es óbice para el reconocimiento de un precedente obligatorio sobre cuestiones de constitucionalidad; el ordenamiento de los Estados Unidos es fiel testigo de eso.

Lo que queda claro —y, en realidad, lo que estas reflexiones pretenden evidenciar— es que el caos jurisprudencial, la contradicción permanente entre precedentes y la posibilidad de que una sala declare constitucional una norma que otra ya ha declarado inconstitucional (o viceversa) es la peor de todas las opciones posibles.

126. “El primer agravio de la actora debe desestimarse pues la cuestión ya fue analizada y resuelta in re, 7/3/89 ‘Horvath’ (Derecho Fiscal T. 46, pág. 347), doctrina que continuó sosteniendo esta Sala luego de la modificación parcial de su composición in re ‘Pescasur’ (15/10/92); a cuyos fundamentos cabe remitir en razón de brevedad...”⁹³³.

La Sala, con sus afirmaciones, da por sentada la posibilidad de modificar el criterio de un precedente en razón de un cambio de integración del personal y destaca el hecho de que, a pesar de esa modificación en la composición, el precedente se mantuvo. Esto, en consonancia con la concepción generalizada de falta de obligatoriedad del precedente horizontal.

⁹³³ CNACAF, Sala III, “Sancor Coopág. de Seguros Ltda. s/apel. Tribunal Fiscal”, Expediente N° 23002/93, sentencia del 25 de abril de 1995.

127. “El art. 292 del C. P. Civil, exige la invocación del precedente con anterioridad del dictado de la sentencia.

Ello no aconteció en autos, pues los precedentes se dictaron el 28 de marzo ppdo., y el llamado de Autos para sentencia se dictó recién el 9 de mayo ppdo. Además, si bien la recurrente expresó agravios con anterioridad al dictado de los precedentes, al contestar el traslado de fs. 157/168, no se los invocó”⁹³⁴.

Una vez más, se aplica rigurosamente uno de los requisitos previstos por el Código para la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley, a pesar de que el precedente que la parte debía haber invocado fue dictado con menos de dos meses de diferencia del llamado de autos a sentencia, con las evidentes dificultades para tomar conocimiento de él, a raíz de la deficiente publicidad, analizarlo e invocarlo en debido tiempo.

Es ineludible destacar cuánto más fácil resultaría evitar este tipo de contradicciones si existiera un deber de informarse de la jurisprudencia de sus pares a cargo de las salas de un mismo tribunal, puesto que, de ese modo, la Sala III podría haber ajustado su sentencia al precedente de la otra sala o bien convocar al pleno para evitar futuras contradicciones, tal como está previsto en el ordenamiento procesal.

128. “Que, en efecto, la cuestión debatida ya fue resuelta por esta Sala al sentenciar la causa ‘La Biznaga S.A.’, 31/10/96 (...) a cuyos fundamentos corresponde remitir por razones de brevedad. Al respecto es de señalar que los agravios de la demandada resultan insustanciales pues no agregan nuevos elementos de juicio que permitan variar lo allí decidido”⁹³⁵.

Se repite aquí el razonamiento —ya común en esta Sala— de que el precedente es seguido por cuanto no se han presentado elementos nuevos de juicio. De haberse presentado esos nuevos elementos, dice la Sala, estaría permitido modificar el precedente.

129. “Que esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones aquí debatidas en la causa ‘I.B.M. S.A. c/A.N.A.’ —causa n° 3.645/95 del 19/9/96— que presenta similares características en cuanto a los hechos probados y el derecho debatido, no dándose en la presente causa circunstancias que permitan apartarse de aquel criterio seguido y de la

⁹³⁴ CNACAF, Sala III, “García Vacas de Borderes Castex Nilda Isabel y otros c/E.N. – Min. Defensa”, Expediente N° 51244/94, sentencia del 12 de septiembre de 1996. Un caso similar se dio en CNACAF, Sala III, “Tadini, Pedro Enrique c/Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público”, Expediente N° 14115/96, sentencia del 30 de junio de 1998.

⁹³⁵ CNACAF, Sala III, “Frutas Caldegua S.A. c/E.N. (D.G.I.) s/repetición DGI”, Expediente N° 11214/92, sentencia del 6 de febrero de 1997.

solución alcanzada, por lo que cabe remitir a aquella en sus fundamentos por razones de brevedad”⁹³⁶.

Una vez más, la Sala aplica su propio precedente siempre que no se presenten “circunstancias” que permitan su variación, sin indicación precisa de cuáles serían esas circunstancias.

130. “...toda vez que las restantes Salas de esta Cámara han emitido diversos pronunciamientos en los que se ha hecho lugar a reclamos similares a los de la accionante, resulta conveniente seguir este criterio”⁹³⁷.

La Sala reconoce la existencia de precedentes de otras salas en casos similares y sostiene que seguirlos es una cuestión de conveniencia, no de obligatoriedad.

131. “Esta manifestación genérica, por la cual el personal que ingresaba al Banco con posterioridad a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas al Régimen por la Circular 145/74, prestaba conformidad a las disposiciones que regían en la Institución, no puede asimilarse con la expresión de consentimiento requerido para el perfeccionamiento de todo contrato.

Aunque, es dable advertir que esta interpretación difiere de la que fuera vertida, en los autos ‘Quattrochi, Humberto Martín y otros c/Banco Hipotecario Nacional s/empleo público’, con fecha 14 de mayo de 1998, por la Sala I, de esta Cámara”⁹³⁸.

La Sala reconoce expresamente que la decisión que toma está en plena contradicción con el precedente de la Sala I de la Cámara. Al advertir la contradicción, no convoca al pleno ni se adhiere al precedente de la Sala I, sino que resuelve el caso, apartándose de aquel, en un sentido contrario a la solución que propiciaba.

Pero la historia no termina allí. La parte interpone un recurso de inaplicabilidad de ley, que es denegado por la Sala I, alegando cuestiones de hecho y prueba. Frente a esto, la parte interpone un recurso de reposición contra la denegación del recurso de inaplicabilidad e invoca la existencia de dos causas análogas, en una de las cuales el recurso de inaplicabilidad ya había sido otorgado y estaba pendiente el plenario para resolver la contradicción. No obstante, con el argumento de que la decisión que resuelve la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad es irrecurrible, aquel recurso de reposición también es denegado⁹³⁹. Con lo

⁹³⁶ CNACAF, Sala III, “I.B.M. Argentina S.A. c/A.N.A. s/Administración Nacional de Aduanas”, Expediente N° 31068/95, sentencia del 17 de abril de 1997.

⁹³⁷ CNACAF, Sala III, “De La Vega, Jorgelina c/Ministerio de Justicia y otro s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 49237/95, sentencia del 24 de junio de 1998.

⁹³⁸ CNACAF, Sala III, “Casabal, Ricardo Titto y otros c/Banco Hipotecario Nacional s/empleo público”, Expediente N° 2162/93, sentencia del 30 de marzo de 1999.

⁹³⁹ CNACAF, Sala III, “Casabal, Ricardo Titto y otros c/Banco Hipotecario Nacional s/empleo público”, Expediente N° 2162/93, sentencia del 5 de octubre de 1999.

cual queda firme la sentencia cuyos párrafos se transcribieron en este inciso. Y, en consecuencia, el señor Casabal queda sujeto a una grave injusticia, que se hubiera evitado si la Sala III, advirtiendo, como lo hizo, la contradicción que ocasionaría con su sentencia, hubiese convocado al pleno.

132. El 27 de febrero de 1997, la Sala III resolvió una causa caratulada “Idoyaga Juan Ignacio y otros c/Estado Nacional (M° de Justicia) s/empleo público”⁹⁴⁰, en la cual decidió hacer lugar a un reclamo por una diferencia remuneratoria. El vocal preopinante, en esa ocasión, fue Mordeglia. Su voto recibió la adhesión de Muñoz y de Argento.

En ese voto, Mordeglia afirmaba: “El objeto de la presente litis ya fue examinado y resuelto por esta Sala en la sentencia dictada el 12/12/95 in re ‘Arata Rodolfo c/Estado Nacional (M° de Justicia) s/empleo público’. A sus fundamentos de mayoría y minoría cabe remitirse breviter causae.”

De allí surge que, en una oportunidad anterior, la cuestión planteada en “Idoyaga” había sido debatida en otra causa llamada “Arata”. La Sala, en esta causa, había hecho lugar a la pretensión, aunque en un voto dividido: Mordeglia, en minoría, había propuesto desestimar la demanda. Tiempo después, al presentarse la misma cuestión en “Idoyaga”, Mordeglia decide dejar de lado su opinión personal y —aunque se remite a los fundamentos que dio en minoría en “Arata”— propone mantener el criterio del “Arata” y, en tal virtud, hacer lugar a la pretensión.

Dos años después, el 13 de mayo de 1999, se presenta nuevamente la cuestión, esta vez en la causa “Leonardi de Nuñez, Hebe Nidia c/Estado Nacional – Min. de Justicia s/empleo público”⁹⁴¹. En esa oportunidad, la Sala quedó integrada con Jeanneret de Pérez Cortés. Esta integración circunstancial de la Sala (debida, probablemente, a alguna licencia, aunque la sentencia, lamentablemente, no lo aclara) provocó que el resultado de la sentencia fuera contrario a los dos precedentes de la Sala (“Arata” e “Idoyaga”), en los que se había hecho lugar a la pretensión.

En “Leonardi”, Jeanneret votó por no hacer lugar a la pretensión de la actora y conformó mayoría, en ese sentido, con Mordeglia, quien opinaba lo mismo y así lo había expresado en “Arata” (en minoría) y en “Idoyaga” (donde dejó de lado su opinión personal para mantener el criterio del precedente). Argento, vocal preopinante en esta ocasión, y quien propuso hacer lugar al reclamo, quedó en minoría.

Se trata de un claro ejemplo en donde un cambio de integración, incluso uno meramente circunstancial (es decir, para resolver solo un caso concreto, y no un cambio de personal de la Sala), define la suerte de un pleito.

⁹⁴⁰ CNACAF, Sala III, Expediente N° 22735/95, sentencia del 27 de febrero de 1997.

⁹⁴¹ CNACAF, Sala III, Expediente N° 28098/95, sentencia del 13 de mayo de 1999.

Pero eso no es todo. En su voto, Jeanneret manifestó: “Adhiero al voto del doctor Roberto Mordeglia en tanto rechaza la pretensión de la actora, y expongo a continuación los fundamentos que me mueven a obrar de ese modo y que fueron expuestos reiteradamente en sentencias de la Sala IV, que integro”.

De lo que expresa la magistrado se infiere que “Arata” e “Idoyaga” contradecían varios precedentes de la Sala IV (o viceversa, si es que hubieran sido dictados antes que los de la Sala IV). Es decir, existía ya una contradicción entre precedentes de las Salas III y IV que, de haber sido salvada por un plenario, habría evitado que en “Leonardi” la integración circunstancial de la Sala con una juez de la Sala IV provocase el apartamiento de precedentes consolidados de la propia Sala que estaba resolviendo.

133. “Cabe agregar que el criterio enunciado precedentemente también es compartido por las demás Salas del fuero (conf. Sala I in re ‘Couso, José F. y otros’, del 18/4/96; Sala II in re ‘Reisa Freire, José y otros’...”⁹⁴².

Aquí el verbo “compartir” es utilizado para indicar que son las otras Salas las que comparten el criterio que la Sala III desarrolla en esta sentencia. Además, el hecho de que la Sala III manifieste su propio criterio y luego indique, al pasar (“cabe agregar”) que ese criterio coincide con el de las demás salas del tribunal, es un claro indicio de que no se siente obligada por ellos.

134. “Dado que las restantes Salas de esta Cámara confirman en todas sus partes las sentencias en asuntos análogos corresponde, ante la falta de agravio específico, seguir ese criterio...”⁹⁴³.

De la transcripción de esta sentencia se desprende que la Sala considera que un agravio específico pudo haber significado un apartamiento de los precedentes de las otras salas, en línea con la concepción que se viene desarrollando en múltiples precedentes de aquella época.

135. “Los precedentes de esta Cámara que invoca el Fisco en favor de su pretensión, se deben inevitablemente relativizar. En un caso, porque en la sentencia en el expediente ‘Scania’, n° 19.277/1997, del 27 de septiembre de 2007, la cuestión fue resuelta por un Tribunal con una integración totalmente distinta de la actual...”⁹⁴⁴.

Queda más que claro que, para la Sala, un mero cambio en la integración, es decir, en las personas físicas que la componen, amerita un cambio de precedente. Esa es la única razón por la cual el precedente “Scania” no es aplicado en este caso. Como dato de color, se agrega

⁹⁴² CNACAF, Sala III, “Acuña Carlos Alberto y otros c/Estado Nacional – Ejército Argentino s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 13345/1992, sentencia del 17 de agosto de 2000.

⁹⁴³ CNACAF, Sala III, “Pecorari, Rubén Carlos c/EN – M° Defensa – Fuerza Aérea Argentina s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 1716/1998, sentencia del 18 de mayo de 2001.

⁹⁴⁴ CNACAF, Sala III, “Scania Argentina SA c/D.G.I. s/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 19.279/1997, sentencia del 7 de diciembre de 2001.

que en aquel precedente, “Scania”, la parte interviniente era la misma que en esta ocasión. No obstante, recibió de la misma cámara, en una y otra causa, dos respuestas distintas.

136. “En cuanto al fondo de la cuestión, esta Sala ha tenido oportunidad de expedirse en la causa ‘Puentes, Alberto José c/E.N. s/Amparo Ley 16.986’ - expte. 16.896/01, en la que se declaró la inconstitucionalidad del régimen establecido por el Decreto 894/01.

En consecuencia, cabe estar a los fundamentos allí expuestos y a la remisión efectuada a la sentencia de la Sala I del fuero en autos ‘Facio, Juan Antonio c/EN – M° de Defensa s/Amparo Ley 16.986’.

Al respecto, los agravios formulados resultan insuficientes a fin de controvertir el núcleo central de los argumentos expuestos en los fallos citados”⁹⁴⁵.

Este argumento, en virtud del cual ciertos agravios (argumentos o fundamentos) que rebatieran los argumentos esbozados en los precedentes podrían revertir esos precedentes ya es, como se ha visto, habitual en la jurisprudencia de la Sala III de la CNACAF.

Significa, primeramente, que el precedente no vale ni tiene fuerza por sí (como ocurre en los sistemas en donde se reconoce su obligatoriedad), sino por los fundamentos que en él se desarrollan. Este razonamiento es, a su vez, coherente con otro de los argumentos frecuentemente utilizado por todas las salas de la Cámara, en función del cual se invoca el precedente porque se “comparte” o se “coincide” con él. Ambos razonamientos evidencian la no obligatoriedad del precedente horizontal.

Además, la posibilidad de que las partes invoquen argumentos que derriben el precedente se extiende no solo al precedente de la propia sala, sino también a precedentes de las demás salas, como queda ejemplificado en este caso—. Es decir, comprende al precedente horizontal en las cámaras de apelaciones en sus dos facetas.

Con estas reflexiones no se quiere decir que la jurisprudencia deba cristalizarse ni que la posibilidad de considerar nuevos argumentos, de cambiar de criterio o de modificar precedentes no debería existir. Pero lo que esta tesis afirma es que, en un sistema en donde el precedente horizontal tuviera verdadera fuerza obligatoria, esa modificación debería ser llevada a cabo por la cámara en pleno. Es decir, el particular podría invocar razones o argumentos nuevos que inspiren a los jueces a repensar el criterio que ya está consolidado en uno o más precedentes. No obstante, eso no debiera bastar para poder, sin más, modificar ese precedente, sino que se debería llevar a cabo un procedimiento agravado, respetuoso de la fuerza que el precedente debería tener en un sistema que proteja la seguridad jurídica, que, asimismo, garantice que la modificación del precedente horizontal no sea tomada a la ligera.

⁹⁴⁵ CNACAF, Sala III, “Gómez Escalante Marcelo Diego c/EN – M° Trabajo Empleo y Formación de RRHH – Dto. 894/01 s/Empleo Público”, Expediente N° 21639/01, sentencia del 27 de septiembre de 2004.

Podría pensarse que, si es la propia sala la que está modificando su precedente o cambiando de criterio —siempre que hubiera verdaderas razones para hacerlo, y no simplemente, por ejemplo, un cambio de personal—, una reunión plenaria no sería necesaria ni útil. Esto tiene algo de sentido, aunque si se trata de una cuestión tan compleja que ameritase el cambio de criterio de magistrados, sería deseable que la cuestión fuera analizada y resuelta definitivamente por el pleno, lo que garantizaría que el nuevo criterio se mantenga unánimemente en las salas y dotaría al cambio de perdurabilidad e imparcialidad. Se volverá sobre este tema en el capítulo VI, destinado al cambio de jurisprudencia.

137. “La cuestión planteada muestra marcada similitud, ya que también se trata de personal en actividad de la Gendarmería Nacional, con la que Sala I (sic) de esta Cámara resolviera en el expte. n° 164/967/2002: ‘Vercelli, Edgardo Lelis y otros c/EN – Ley 25.453 s/Proceso de conocimiento’, sentencia del 28/09/2004.

Esta Sala comparte los fundamentos del aludido pronunciamiento así como las conclusiones a las que arribara, siendo entonces apropiado adherir a ellos incorporando al presente copia de la referida sentencia...”⁹⁴⁶.

El razonamiento que la Sala realiza en este precedente se repite en otros y es el siguiente: como la Sala comparte los fundamentos, es apropiado adherir a ellos. La razón por la que se invoca el precedente es que los jueces que integran la sala comparten los fundamentos que él desarrolla y la autoridad que se invoca no es la del precedente en sí mismo, sino la de sus fundamentos. Por ende, su invocación y seguimiento son “apropiados” (“conveniente”, se usa otras veces) y no “obligatorios”.

138. “...los propios términos de la demanda comprometen la valoración de cuestiones complementarias tales como el cómputo de los intereses de los préstamos garantizados, la situación y los efectos jurídicos de la falta de aceptación de las condiciones estipuladas en el decreto 644/02, así como también lo reglado en los decretos 530/03 y 1735/04, donde no existe jurisprudencia concordante (ver Sala V en autos ‘Mutualidad Argentina de Hipoacúsicos’ del 2/11/05 y Sala IV en autos ‘Melcolnian Carlos’ del 26/6/07)”⁹⁴⁷.

La contradicción entre las Salas IV y V es admitida expresamente y naturalizada, es decir, se reconoce la existencia de contradicción sin que ese reconocimiento inspire en la Sala un juicio de rechazo o active algún mecanismo que la resuelva. Esto denota que la contradicción

⁹⁴⁶ CNACAF, Sala III, “Molina Víctor Jesús y otros c/EN – Ley 25.453 s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 1619/2003, sentencia del 1 de septiembre de 2006. En idéntico sentido, CNACAF, Sala III, “Morillo Walter Fernando y otros c/EN – Ley 25453 s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 182.081/2002, sentencia del 12 de diciembre de 2007.

⁹⁴⁷ CNACAF, Sala III, “Peña Federico A. c/EN – Dto. 530/03 s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 36440/05, sentencia del 12 de julio de 2010.

entre salas de la cámara no es concebida como un verdadero problema ni se dimensionan los perjuicios a la seguridad e igualdad jurídica que ella ocasiona.

139. “...teniendo en cuenta que en la presente demanda se impugnan en sustancia las normas que modificaron las condiciones de emisión de los préstamos garantizados de titularidad del actor, por cuestiones de economía procesal corresponde remitirse a los fundamentos desarrollados por este Tribunal en la sentencia recaída en la causa ‘Díaz de Macchi’ expte. 123.519/02 del 25/6/09 —que se adjunta en copia a la presente— en tanto los términos de dicho pronunciamiento resultan aplicables al caso por razones de analogía y no se han expuesto nuevos planteos que controviertan tal decisión”⁹⁴⁸.

Nuevamente se repite el razonamiento según el cual el precedente debe mantenerse en tanto no se invoquen argumentos nuevos que pudieran controvertirlo. Durante la composición de la Sala de ese entonces (Argento, Grecco y Fernández) se utiliza reiteradas veces este criterio, como puede apreciarse también en los siguientes incisos.

140. “...por razones de economía procesal y en tanto no se encuentran alegados nuevos argumentos fácticos o jurídicos, corresponde remitirse a los fundamentos que informa la sentencia referida, la que en copia se acompaña e integra la presente”⁹⁴⁹.

Veáse el análisis desarrollado en el inciso siguiente.

141. “La cuestión sometida a conocimiento del Tribunal en las presentes actuaciones es análoga respecto de la cual esta Sala se pronunciara en la causa n° 15748/05 caratulada ‘Daimler Chrysler Argentina SA (tf 19753-A) c/DGA’, sentencia del 15 de mayo de 2008. Por consiguiente, razones de economía procesal y en tanto no se encuentran alegados nuevos argumentos fácticos o jurídicos, corresponde remitirse a los fundamentos vertidos en la decisión referida, la que en copia se acompaña e integra la presente”⁹⁵⁰.

La decisión de la Sala en orden a mantener el precedente se fundamenta en que no se han alegado nuevos argumentos i) fácticos ni ii) jurídicos. Aquí se explicita con algo más de detalle a qué se refiere la Sala cuando, en otros casos, hace alusión a “nuevos planteos” o “nuevos argumentos” que justificarían un apartamiento. Al parecer, según la transcripción efectuada, esos nuevos planteos podrían ser de dos índoles: un nuevo argumento fáctico, en rigor, daría lugar al apartamiento del precedente no porque perdiese su fuerza, sino porque procedería un “*distinguishing*”. Si hay un argumento fáctico atendible que diferencia el caso

⁹⁴⁸ CNACAF, Sala III, “Drucaroff Aguiar A. c/PEN s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 16582/04, sentencia del 31 de agosto de 2010.

⁹⁴⁹ CNACAF, Sala III, “Petrobras Energía SA c/EN – DGA – Resol. 36/06 (Expte. 421746/04-12042 1/44/05 s/Dirección Nacional de Aduanas”, Expediente N° 36851/2006, sentencia del 3 de septiembre de 2010.

⁹⁵⁰ CNACAF, Sala III, “Sony Argentina SA c/EN – AFIP – DGA Resol. 575/04 (Expte. 428271/01) s/Dirección General de Aduanas”, Expediente N° 18021/2004, sentencia del 2 de febrero de 2011.

actual del pasado, aun en los sistemas del *common law* se admite que el precedente no es aplicable en ese caso.

En cambio, la posibilidad de alegar un nuevo argumento jurídico para desvirtuar un precedente tiene que ver con el reconocimiento de cierta fuerza a ese precedente y a su mantenimiento, que cede únicamente frente a un nuevo argumento. Como se ha señalado anteriormente, se trata de una aplicación similar de la doctrina del precedente que la Corte Suprema mantiene respecto de su propio precedente vertical: los tribunales inferiores deben seguirlo, a menos que brinden nuevos argumentos o fundamentos no considerados anteriormente por la Corte.

Aun cuando esta doctrina podría significar el reconocimiento de una fuerza mayor al precedente horizontal, que superase su mera persuasividad, en rigor de verdad hay que puntualizar, como se ha hecho en varias oportunidades en este capítulo, que: i) la amplitud de los nuevos argumentos jurídicos que pueden invocarse para desvirtuar el precedente podría significar, en la práctica, una discrecionalidad casi absoluta para apartarse de él; ii) el criterio bajo análisis implica que la invocación de un nuevo argumento jurídico sea suficiente para que la propia Sala deje de lado un precedente tanto propio como de otra sala, sin mayores exigencias formales ni procedimientos agravados, como el plenario; iii) la doctrina es específica de la Sala III, pues no ha recibido acogida en las demás Salas; iv) la doctrina es contradictoria con afirmaciones específicas de la misma Sala, en las que ha sostenido que el precedente de otra sala no es obligatorio.

iv. Sala IV

142. “Que el escrito de fs. 164/165 reúne los requisitos formales establecidos por los arts. 292 y 293 del Código Procesal.

Por tanto, conforme lo prescribe el art. 294 de la citada norma se concede con efecto suspensivo el recurso de inaplicabilidad...”⁹⁵¹.

El día que se dictó esta sentencia, se concedieron otros dos recursos de inaplicabilidad de ley. Unos años más tarde fue concedido un recurso de inaplicabilidad a pesar de que el precedente no había sido invocado con anterioridad, dando primacía a la finalidad que el recurso tiene, valiosa por sí misma para los magistrados, por encima del requisito formal de cumplimiento prácticamente imposible para la parte, por tratarse de un precedente contemporáneo:

⁹⁵¹ CNACAF, Sala IV, “Tettamanti Leopoldo H. c/Estado Nacional (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto) s/nulidad de resolución”, Expediente N° 378, sentencia del 3 de julio de 1980.

Que el remedio intentado solo puede ser admisible en aquellos casos en que exista sentencia definitiva, que ésta contradiga la doctrina establecida por alguna de las Salas de la Cámara en los 10 años anteriores al fallo recurrido, y que el precedente se hubiera invocado con anterioridad a su pronunciamiento (art. 288 del C.P.C.C.).

Que si bien en el caso de autos el precedente no fue citado con anterioridad, toda vez que las sentencias contradictorias son contemporáneas, cabe admitir la convocatoria a Plenario, teniendo en cuenta que el recurso tiene como finalidad uniformar la interpretación jurisprudencial de la ley.⁹⁵²

Asimismo se declaró admisible el recurso por una cuestión de honorarios, en una interpretación amplia del concepto de sentencia definitiva requerido por el ordenamiento procesal.

Que en el caso de autos, si bien la resolución apelada trata una cuestión incidental, la misma pone punto final a la discusión, siendo imposible su revisión por otra vía, por lo que en este aspecto tiene los alcances de una sentencia definitiva.⁹⁵³

Esto prueba que, hacia el inicio del funcionamiento de la Sala, la concesión del recurso y la ausencia de formalidades en el examen de admisibilidad habría sido más amplia y flexible de lo que sería más adelante. Con el paso del tiempo, la amplitud interpretativa del recurso fue desapareciendo, dando lugar a un exceso rigor manifiesto que resultó en la inadmisibilidad del recurso en la gran mayoría de los casos.

143. “A mérito de lo expuesto y jurisprudencia concordante de las restantes Salas del fuero (conf. Sala III ‘Fisco Nacional c/Tenas S.A.I. y C. s/ejec. fisc.’ 16-10-79; ‘Fisco Nacional c/Neuberger Hnos.’ (...); Sala II, ‘Fisco Nacional c/Neuberger Hnos. s/ejec. fisc.’ (...))”⁹⁵⁴.

Como *obiter*, en el último considerando y luego de dar todos los fundamentos que justifican la decisión, la Sala menciona que existen precedentes, de al menos otras dos salas de la Cámara, que resuelven la cuestión debatida del mismo modo. Esto, como ya se vio oportunamente, es un claro indicio de que esos precedentes no son considerados obligatorios; si así lo fueran, serían lo primero a tomarse en consideración al momento de resolver la controversia y de fundar esa resolución.

⁹⁵² CNACAF, Sala IV, “Trejo Lema Eduardo Baltasar Pastor c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/ordinario”, Expediente N° 13642, sentencia del 4 de septiembre de 1987, considerando III.

⁹⁵³ CNACAF, Sala IV, “Gianni Forti S.A. Comercial, Industrial y Financiera c/A.N.A. s/daños y perjuicios”, Expediente N° 12134, sentencia del 12 de noviembre de 1987, considerando III.

⁹⁵⁴ CNACAF, Sala IV, “Fisco Nacional (D.G.I.) c/TENAS S.A.I.C. s/ejecución fiscal”, Expediente N° 3, sentencia del 30 de julio de 1980.

144. “Que tal como lo han sostenido con anterioridad otras Salas de esta misma Cámara, ante situaciones como la presente, para que la autodenuncia tenga los efectos atenuatorios que previó el art. 178 de la Ley de Aduana, debe ser formulado con anterioridad a que la Aduana haya advertido la infracción (...) doctrina que este Tribunal comparte”⁹⁵⁵.

La necesidad de agregar que la Sala comparte la doctrina de las demás deja en evidencia que no se le reconoce fuerza propia a esa doctrina, como ya ha sido analizado extensamente en las reflexiones de este capítulo. Reafirma esta concepción la denominación que la Sala hace de sí misma como “este Tribunal”, que se contrapone a la concepción de la Cámara como tribunal del que las salas forman parte. Aunque esto último no es excluyente, pues en otros casos en los que se reconoce que las Salas representan a la Cámara, se utiliza también el verbo “compartir” para aplicar el precedente, como se verá en el siguiente inciso.

145. “Que esta Cámara, a través de la Sala III, ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso análogo al presente (‘Georgalos Hnos. S.A.I.C.A.’; ‘Sucesores de Felipe A. Remondelli S.R.L.’ y ‘S. Fiandrino’, mediante sentencias del 5, 21 y 15 de agosto, respectivamente), cuyos fundamentos esta Sala comparte”⁹⁵⁶.

En este caso, a pesar de que la Sala está reconociendo que es a la Cámara a quien debe atribuírsele el precedente, y que aquella se expide a través de sus salas, se empeña en aclarar que “comparte” esos fundamentos manifestados por la Cámara que ella misma integra.

146. “Que, compartiendo el criterio vertido por la Sala I de este Tribunal en el caso ‘Trullengue Pablo c/Gobierno Nacional s/retiro militar’ (sentencia del 20 de junio de 1961) ...”⁹⁵⁷.

“Que la Sala I de esta Cámara tuvo oportunidad de resolver una cuestión análoga al sentenciar con fecha 30 de noviembre de 1979 la causa ‘Frigorífico Entre Ríos S.A.C.I.F.’, cuyos fundamentos se comparten y a los que corresponde remitirse”⁹⁵⁸.

“Que las Salas I y III de esta Cámara han tenido oportunidad de expedirse acerca de la gravabilidad de instrumentos análogos a los que motivaron los presentes autos, al

⁹⁵⁵ CNACAF, Sala IV, “Raúl Domingo Aimar y otro c/Fisco Nacional (ANA) s/demanda contenciosa”, Expediente N° 860, sentencia del 15 de agosto de 1980.

⁹⁵⁶ CNACAF, Sala IV, “Lisport SRL c/Administración Nacional de Aduanas s/apelación”, Expediente N° 1396, sentencia del 10 de diciembre de 1980, considerando II.

⁹⁵⁷ CNACAF, Sala IV, “Nazer, Humberto Farah c/Gob. de la Nación s/Regulariz. Ret. Mil.”, Expediente N° 1650, sentencia del 22 de junio de 1981.

⁹⁵⁸ CNACAF, Sala IV, “Caviglio Comercial S.R.L. s/apelación – Tribunal Fiscal de la Nación”, Expediente N° 2020, sentencia del 30 de junio de 1981.

sentenciar las causas (...), cuyos fundamentos se comparten y a los que corresponde remitir por razones de brevedad”⁹⁵⁹.

Las expresiones con las que la Sala IV se refiere a precedentes de otras salas, como se aprecia a partir de estas transcripciones y las de los incisos anteriores, no es uniforme. En esta oportunidad, alude al criterio de la Sala I, indicando que “el Tribunal” es la Cámara. Lo que sí es unánime en todos los casos es el uso del verbo “compartir”, para indicar que la Sala está de acuerdo, coincide con el criterio del precedente y que, en tal virtud, lo utilizará para resolver el caso que tiene ante sí.

147. “... el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 297/300, contra la sentencia de fecha 13 de agosto de 1985, es improcedente, por fundarse en una presunta contradicción de fallos de la misma Sala; que a lo sumo, en el caso de existir, sólo demostraría una evolución normal de la jurisprudencia de dicho Tribunal, supuesto no contemplado en el art. 288 del Código Procesal”⁹⁶⁰.

La interpretación restrictiva del recurso de inaplicabilidad, que excluye su admisibilidad para los casos en que una sala se aparta de un precedente propio, se condice con la concepción de un precedente horizontal carente de fuerza vinculante y con la idea de un precedente fácilmente modificable. Sin embargo, la actitud es algo extraña en esa época, durante la cual la Sala IV mantenía un criterio amplio de admisibilidad del recurso, como puede verse en casos citados anteriormente.

De cualquier modo, es necesario reiterar que esta interpretación restrictiva del recurso adquiere mayor peligrosidad si se toma en cuenta la frecuencia con la que, al menos en la Cámara analizada, una sala se integra con magistrados de otras (al punto de haberse, como se vio, dictado un reglamento para prever esa situación). Esto genera altas probabilidades de que una sala, integrada circunstancialmente por tres magistrados, resuelva una cuestión de un cierto modo y luego, al quedar integrada por otros —incluso, al variar uno solo de los jueces que la integran— resuelva la cuestión de modo contrario. A lo largo de esta sección se han mencionado casos donde esto fue lo que concretamente sucedió.

En ese contexto, la denegación del recurso de inaplicabilidad cuando la contradicción proviene de la misma sala es doblemente disvaliosa para la seguridad jurídica y estabilidad del ordenamiento.

⁹⁵⁹ CNACAF, Sala IV, “Baudizzone y Cía S.R.L. s/recurso de apelación – Impuesto de Sellos – Tribunal Fiscal de la Nación”, Expediente N° B-356, sentencia del 28 de octubre de 1981, considerando IV.

⁹⁶⁰ CNACAF, Sala IV, “Bettazza de Chaves, Neli Teresa c/Caja de Prev. Indust. Com. y Act. Civ. s/cobro de persos, daños y perjuicios e indemnización”, Expediente N° 9406, sentencia del 31 de octubre de 1985.

148. “Que, en primer lugar corresponde señalar que si bien la aplicación del plenario ‘Aebert’ no resulta obligatoria en el caso de autos por tratarse de personal que no pertenece a las Fuerzas Armadas, en atención a la analogía existente entre el régimen aplicable al personal de la Prefectura Naval Argentina y el del personal Militar resulta razonable su invocación a los fines de reforzar la solución del caso”⁹⁶¹.

A partir de este caso queda claro que la única ocasión en que las salas consideran que un precedente es obligatorio es cuando se encuentran frente a un fallo plenario y la plataforma fáctica del caso que deben resolver se identifica por completo con la plataforma fáctica que originó el plenario.

La obligatoriedad expresa que la norma reconoce a los plenarios es interpretada por los jueces en un doble sentido, que puede extraerse de este caso: i) el único precedente horizontal que obliga es el fallo plenario; ii) el plenario únicamente obliga en el terreno fáctico para el que fue dictado. Si existiese suficiente analogía, sin embargo, su invocación es “razonable”

En efecto, de la transcripción efectuada surge que, a pesar de que el caso que debía resolverse era análogo a los que dieron origen a la doctrina plenaria, y que no era posible realizar distinción fáctica relevante entre ambos casos, la aplicación del fallo plenario no fue considerada obligatoria, sino meramente razonable.

149. “Para finalizar cabe mencionar que el resultado que se propone es coincidente con la conclusión a la que arribaron en numerosas causas las Salas II, III y V de este fuero”⁹⁶².

Existen, sobre un determinado asunto, precedentes de tres de las cinco salas que integran la Cámara. Sin embargo, son citados “para finalizar”, en obiter. No son ni por asomo considerados fundamentales en la decisión que toma la Sala IV en este caso. Por el contrario, se trata de un argumento adicional que corrobora la decisión ya tomada.

150. “Esta interpretación armónica de lo establecido en los artículos 17 y 18 de la ley 19.549 fue propiciada por esta Sala en anterior integración en las sentencias recaídas en las causas ‘Schvetz’, del 15 de marzo de 1985, ‘Campoamor’, del 14 de mayo de 1985, ‘Bidart’, del 7 de abril de 1989 y ‘Peredo, Rodolfo c/Osplad’, del 5 de octubre de 1993;

⁹⁶¹ CNACAF, Sala IV, “Álvarez Oscar y otros c/Estado Nacional – Mº de Defensa s/personal militar y civil de las FFAA y de seg.”, Expediente Nº 49851/95, sentencia del 16 de febrero de 1999.

⁹⁶² CNACAF, Sala IV, “Rodríguez María de la Visitación y otro c/Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/Empleo público”, Expediente Nº 2082/92, sentencia del 23 de febrero de 1999.

y reiterada recientemente por sus actuales integrantes en la sentencia dictada en las causas ‘Mainar S.A. c/Fiscal Nacional – D.G.I. s/amparo’ ...”⁹⁶³.

La necesidad de destacar que el precedente pertenece a la anterior integración de la sala, pero que en otra causa la integración actual de la sala decidió mantener el criterio que él contenía, deja entrever una concepción que habilita el cambio de jurisprudencia a raíz de un cambio de integración.

Por lo demás, la mención de que el precedente fue dictado “en anterior integración” o “en su actual composición” es recurrente tanto en esta Sala como en las demás⁹⁶⁴.

151. “Es común que un Tribunal se remita, transcribiéndolo, a otro fallo propio o ajeno que resuelva una cuestión similar —el hecho de que se mencione o no el precedente no hace al asunto, sino más bien a una cuestión de delicadeza con el autor intelectual del mismo—, si entiende que la litis debe resolverse como lo ha hecho el Tribunal que resolvió precedentemente”⁹⁶⁵.

A pesar de que, en este caso concreto, el magistrado se estaba refiriendo a una cita de precedentes que había efectuado el juez de primera instancia, lo cierto es que queda claro, a partir de la generalización mediante el uso del sujeto “un tribunal”, cuál es su concepción sobre el uso del precedente: siempre que el juez coincida con la solución que en un caso se brinda, puede utilizarla, incluso sin siquiera citar el precedente. Como se ve, no hay reconocimiento de valor al precedente en sí mismo, como fuente de autoridad, sino que se atiende a los fundamentos que en él se desarrollan y se proclama una total discrecionalidad del juez posterior para valerse de esos fundamentos.

La reducción de la cita del precedente a una mera cuestión de delicadeza con su autor intelectual, además, hace peligrar la fundamentación de esa decisión, en tanto vulnera su

⁹⁶³ CNACAF, Sala IV, “Villalonga Furlong S.A. contra E.N.CO.T.E.L. sobre contrato administrativo”, Expediente N° 51619/95, sentencia del 8 de abril de 1999.

⁹⁶⁴ Pueden verse, entre otros, el siguiente ejemplo en el que se separan en grupo los precedentes de acuerdo a los que fueron dictados en anterior integración y en su actual composición: “conf. esta Sala, en anterior integración, ‘Estévez Gloria Susana c/Instituto de Ayuda Financiera s/empleo público’, 30-9-93; y en su composición actual: ‘Acosta Edilberto Adolfo c/Ministerio de Defensa (Gendarmería Nacional) s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg’, 28-11-00; ‘Alocen Noemí Elisa c/Comisión Nacional de Valores – M° de E y OSP – Dto. 290/95 s/empleo público’, 10-7-2001’. Esta fórmula se repite en muchas de las planchas militares, entre las cuales se pueden mencionar a modo de ejemplo: CNACAF, Sala IV, “Marcucci, Carlos José c/EN – M° de Defensa – Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, Expediente N° 8659/1998, sentencia del 14 de diciembre de 2001; “Farina Mario Luis c/EN – M° de Defensa – Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 5286/1998, sentencia del 14 de diciembre de 2001.

⁹⁶⁵ CNACAF, Sala IV, “Tobeline, Faustino c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa y Armada de la Repág. Arg.) s/reajuste pensión militar”, Expediente N° 11726, sentencia del 7 de octubre de 1986, del voto del Dr. Hutchinson.

autenticidad y transparencia, al citar criterios jurídicos huérfanos del contexto y plataforma fáctica para el que fueron creados. Esto menoscaba, a su vez, el control posterior que las partes, otros jueces e, incluso, la sociedad misma, podrían hacer de esa decisión judicial.

152. “Que siendo ello así sólo cabe al Tribunal reiterar lo que dijera en inúmeros casos similares al presente, y que tuvieran inicio con la causa ‘Peluso, Juan Carlos c/M° de Salud y Acción Social’ del 12 de agosto pasado. Por razones de economía procesal se adjunta fotocopia del citado fallo, señalando que los agravios vertidos no son de entidad suficiente para modificar las argumentaciones que sostuvieron la decisión allí alcanzada”⁹⁶⁶.

Este caso es otro ejemplo del uso del argumento según el cual los agravios presentados por las partes podrían haber tenido entidad suficiente para modificar el precedente. Aquí tampoco se realiza una indicación precisa sobre qué tipo de agravios se refiere la Sala y cuál sería esa entidad suficiente que permitiría modificar innumerables precedentes que existen en un determinado sentido. Tampoco se señala algún procedimiento especial para modificar esa cantidad innumerable de precedentes, más que la reconsideración de la misma sala en una nueva sentencia.

Este argumento —con enunciados similares— fue muy utilizado en la Sala III, como puede verse más arriba. Aquí, y en los siguientes incisos, se aprecia también su aplicación por la Sala IV en reiteradas oportunidades.

153. “En cuanto al fondo de la cuestión, por idéntica razón considero innecesario agregar copia de los numerosos pronunciamientos que sobre la materia —y respecto de idénticas defensas— recayeran de esta Sala y de las demás de la Cámara (...) Los argumentos sostenidos en el memorial bajo examen no agregan elemento de juicio alguno que permitan modificar las consideraciones allí vertidas”⁹⁶⁷.

Una vez más, se admite que la parte pudo haber expuesto argumentos que hicieran modificar los numerosos precedentes de la Cámara.

154. “...la cuestión es idéntica a la resuelta por esta Sala en la causa ‘Dellacha, Juan c/U.B.A.’ a la que corresponde remitirse en tanto los argumentos desarrollados por la

⁹⁶⁶ CNACAF, Sala IV, “Beunza de Barzi, Nilda c/Estado Nacional (M° de Salud y Acción Social) s/amparo”, Expediente N° 12612, sentencia del 9 de octubre de 1986, considerando IV.

⁹⁶⁷ CNACAF, Sala IV, “Astorga, Antonio c/Estado Nacional (M° de Defensa) s/ordinario”, Expediente N° 17864, sentencia del 17 de noviembre de 1988.

apelante reciben suficiente y pormenorizada respuesta en mi voto en aquel precedente, sin que aquellos sean suficientes para modificar la posición allí sostenida”⁹⁶⁸.

Son aplicables a este caso las reflexiones esbozadas en los incisos anteriores; se replican los supuestos en los que la Sala admite que nuevos argumentos o elementos de juicio podrían ocasionar la modificación de innumerables de precedentes, aunque, en los casos transcritos, ello no hubiera sucedido concretamente.

155. “Que también se debe señalar, que para que proceda la excepción prevista en el artículo 73 se requiere, además de la existencia de un precedente, la de un verdadero cambio de jurisprudencia que modifique el criterio anterior; ese carácter puede ser atribuido, por ejemplo, a un fallo plenario cuya doctrina es obligatoria (art. 303) y rige de inmediato, o a la jurisprudencia mayoritaria de las Salas que integran una Cámara, lo que se denomina ‘plenario virtual’ (art. 301), o a las modificaciones de la doctrina de la Corte Suprema en temas de derecho constitucional o federal, pero no, en cambio, a un caso aislado, máxime si fue dictado por una Sala distinta a la que le tocaría resolver el supuesto similar...”⁹⁶⁹.

Este caso es de mucha relevancia a los fines de esta tesis. Aquí, la parte efectuó un desistimiento de la acción y, con él, pretendía que se concediera la excepción al principio de que las costas del juicio quedan a cargo de la parte que desiste; excepción que procede, entre otros casos, cuando el desistimiento se funda en un cambio de jurisprudencia.

En ese contexto, y con la intención de delinear una definición de lo que constituye un “cambio de jurisprudencia”, la Sala IV indica que este se produce en tres casos: i) mediante un fallo plenario; ii) mediante un plenario virtual o doctrina mayoritaria de las salas; iii) mediante jurisprudencia de la Corte.

Como se ve, ninguna importancia se le concede al precedente horizontal individual, al que se lo denomina, en el fallo transcrito, “caso aislado”; más aún, se naturaliza el hecho de que dos salas resuelvan casos análogos de manera contradictoria, al sostener que un cambio de jurisprudencia no puede ser alegado si el fallo es dictado por otra de las salas de la Cámara y no por la que está resolviendo la causa en la que se pretende el desistimiento. Esto es un reconocimiento claro de que la Sala está en toda su potestad de contradecir lo que ha dicho otra Sala en un caso anterior.

⁹⁶⁸ CNACAF, Sala IV, “Cavoti Carlos Roberto c/Universidad de Buenos Aires s/nulidad de resolución”, Expediente N° 10.446, sentencia del 1° de agosto de 1989, del voto del Dr. Galli.

⁹⁶⁹ CNACAF, Sala IV, “Manzur, Sergio Isidro c/B.C.R.A. s/ordinario”, Expediente N° 9398, sentencia del 7 de abril de 1992, considerando III.

Es evidente que, en relación con la dimensión estructural del precedente⁹⁷⁰, la Sala está, en este caso, afirmando que, si algún valor debe atribuirse a lo que ha sido fallado en casos similares anteriores, esto solo ocurre cuando existe una línea jurisprudencial, es decir una serie de casos dictados en un mismo sentido.

En el mismo sentido, en otro caso la Sala II había manifestado que “Un precedente no forma jurisprudencia en un sentido amplio si no es seguido en el tiempo por adherencias sucesivas y se aparta de la jurisprudencia tradicionalmente aplicada (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, 16 de agosto de 1990, ‘Avanzada S.A. c/Gas del Estado Sociedad del Estado s/ordinario’)”⁹⁷¹.

Sin embargo, como es habitual en la práctica existente en torno al precedente en la Cámara bajo análisis, este criterio no es lo suficientemente constante como para predicar que él constituye un verdadero reconocimiento de valor a la línea jurisprudencial, al menos, no un reconocimiento de obligatoriedad. Sin ir más lejos, se ha visto cómo en incisos anteriores la Sala indicó que nuevos argumentos podrían bastar para modificar lo que en numerosos precedentes se ha establecido.

Por otro lado, a lo largo de esta tesis se dejará en evidencia por qué el reconocimiento de fuerza a una línea jurisprudencial no es una opción de doctrina del precedente válida cuando se trata del precedente horizontal en las cámaras de apelaciones. Frente a ello, se argumentará que lo necesario para la protección adecuada de la seguridad jurídica y de la garantía de igualdad ante la ley es la adopción de una doctrina de obligatoriedad del precedente horizontal.

156. “La unanimidad de las restantes Salas de esta Cámara en relación a la misma cuestión de derecho e idénticas circunstancias de hecho, sumado a que en la sentencia dictada por esta Sala en la causa ‘Brea, Roberto Jesús’ —cuyo actor integraba la referida resolución 3977— fue revocada por la Corte Suprema de Justicia en su fallo de fecha 14 de junio de 1988 (...) justifican un apartamiento de la doctrina expuesta en aquellos actuados y acoger a la establecida unánimemente por las otras tres Salas, lo que comporta un virtual plenario, no resultando justificable el mantenimiento de la contradicción con desmedro de la celeridad que necesariamente deben imprimirse a las causas”⁹⁷².

⁹⁷⁰ Véase el capítulo I, §2.C.

⁹⁷¹ CNACAF, Sala IV, “Fernández Salgado Jorge Juan c/Estado Nacional (Mº de Educación y Justicia) s/juicios de conocimiento en general”, Expediente N° 28052, sentencia del 2 de marzo de 1993. Del voto en disidencia del Dr. Rossi.

⁹⁷² CNACAF, Sala IV, “Dellisola, Jorge A. c/Estado Nacional (A.N.A.) s/nulidad de resolución”, Expediente N° 16805, sentencia del 11 de mayo de 1993.

En línea con lo que se analizó en el inciso anterior, en las manifestaciones de la Sala está implícita una desconsideración hacia el precedente horizontal —cuanto menos, del precedente individual—, al darse a entender que únicamente la circunstancia excepcional de unanimidad de las salas (y plenario virtual) es la que vuelve injustificable el mantenimiento de la contradicción (y admitiendo, a contrario sensu, que hay situaciones en las que el mantenimiento de la contradicción es justificable). Incluso había, en el caso, un precedente de la Corte —aunque eso es harina de otro costal—.

157. “Estos mismos argumentos fueron los sostenidos por esta Sala en su anterior composición, por mayoría, en la sentencia de fecha 21 de junio de 1990 dictada en los autos ‘De la Iglesia y Cía. S.C.A. s/apelación ’”⁹⁷³.

Esta transcripción pertenece a la disidencia del Dr. Miguens. A partir de su análisis queda en evidencia que el cambio de personal de la sala significó el cambio de criterio y el abandono del precedente horizontal de esa sala. Por eso, los argumentos que, con la anterior composición, sostuvo la mayoría en la causa “De la Iglesia”, quedaron ahora en minoría con la actual integración: con el paso de tan solo tres años y cambio de integración mediante, la postura mayoritaria se transformó en minoritaria.

158. “...constituyen presupuestos para la admisión de inaplicabilidad de ley, entre otros: la existencia de un precedente en el que alguna de las salas del fuero haya resuelto —en los diez años anteriores— el mismo planteo en forma contraria, y que quien lo interpone hubiere invocado —con anterioridad al pronunciamiento del fallo recurrido— ese precedente.

Esa exigencia tiene por objeto permitir a la sala el cotejo de su interpretación jurídica del caso con la doctrina establecida en el precedente, alertándola acerca de la posible contradicción jurisprudencial a producirse en la hipótesis de apartarse de los términos de dicha norma (...)

Que, como reconoce el propio recurrente, ese presupuesto de admisibilidad no se ha cumplido en autos, pues en sus presentaciones previas solo invocó jurisprudencia dictada por las salas que integran otras cámaras de apelaciones y por la Corte Suprema (...)

A criterio del tribunal, no autoriza a prescindir de ese requisito de procedencia, la invocada falta de publicidad del precedente citado, pues esa publicidad (no contemplada en las disposiciones referidas al recurso de inaplicabilidad de ley) se debe

⁹⁷³ CNACAF, Sala IV, “Columbia S.A. de Seguros (T.F.N. 11379-I) sobre res. apel. del Fisco Nacional (D.G.I.)”, Expediente N° 7600/92, sentencia del 8 de marzo de 1994, disidencia del Dr. Miguens. El voto mayoritario fue suscripto, en este caso, por los Dres. Galli y Jeanneret.

entender cumplida —a los fines que aquí interesan— con su incorporación al Libro de Sentencias del tribunal que lo dictó; máxime teniendo en cuenta que la resolución en la que el recurrente apoyó su pretensión fue dictada más de un año antes que la recurrida”⁹⁷⁴.

En un caso de excesivo rigor formal, la Sala IV rechazó la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad fundada en que el precedente no había sido invocado con anterioridad a la sentencia, a pesar de que la parte alegaba que el precedente no había sido publicado (probablemente en ningún diario o revista jurídica). Ante esto, la Sala no solo quitó entidad al requisito de publicidad del precedente como necesario para cumplir con la invocación previa (limitándose a decir que no tal requisito no estaba previsto en el Código), sino que entendió que bastaba con la incorporación al libro de sentencias para considerar que el precedente gozaba de suficiente publicidad.

Eso, en la práctica —conforme al sistema de publicidad de sentencias existente, que fue descrito en la sección 4.B de este capítulo—, significa que la Sala está diciéndole al particular que, cada vez que interpone una apelación, tiene la obligación de revisar los libros de sentencia de los últimos diez años de cada una de las salas que componen el tribunal, por si llegara a encontrar alguna sentencia favorable a su postura que pudiese originar una futura contradicción con la sentencia a dictar por la sala que resuelve su caso. Recuérdese que los libros de sentencia no contienen índice temático alguno, por lo que el particular debe revisar las sentencias una por una. Hoy en día, si bien se cuenta con el buscador del Centro de Información Judicial, este no funciona correctamente, como se manifestó en la sección 4.B de este capítulo.

Está claro que, en el caso que aquí se comenta, la parte había efectivamente realizado una búsqueda jurisprudencial exhaustiva, la cual le había permitido hallar precedentes relativos a la cuestión planteada provenientes de otras cámaras y de la Corte Suprema (a los que la Sala tampoco parece otorgarles demasiada importancia). Sin embargo, la búsqueda resultó claramente infructuosa en lo que a la CNACAF en particular respecta; a pesar de ella, el litigante no pudo dar antes con ese precedente que luego sería contradicho al resolver su caso.

Por el contrario, la Sala cuenta con múltiples facilidades a la hora de buscar e informarse de la jurisprudencia de sus pares, de las demás salas que integran, junto a ella, un mismo tribunal. Pero esto no es tenido en cuenta al decidir este caso y, por ende, el recurso de inaplicabilidad es declarado inadmisibile, dejando vigente una contradicción que habrá provocado, seguramente, otras desigualdades jurídicas.

⁹⁷⁴ CNACAF, Sala IV, “Cartagenova, Rubens Adolfo c/B.C.R.A. s/juicio de conocimiento”, Expediente N° 17219/93, sentencia del 8 de marzo de 1994.

159. “Cita, transcribiéndoles, sentencias de esta Cámara en las que se valoró la medida para mejor proveer dispuesta en cada caso, consistente en una inspección ocular en las instalaciones del Aeropuerto Internacional de Ezeiza (...) Que tal circunstancia —que tuvieron por acreditada dos Salas de esta Cámara— no es suficiente para llevar a una absolución de la recurrente (...) De entender que existen esas carencias, corresponderá que las empresas aéreas obtengan, por la vía correspondiente, que la Administración arbitre los medios necesarios para mejorar el servicio, pero no puede servir como fundamento de una exculpación por un hecho que configura una infracción...”⁹⁷⁵.

En la sentencia que se comenta, se le imputaba a la línea aérea que ciertos pasajeros no habían pasado por el control de migraciones. La línea arguyó que en el aeropuerto había zonas por las que los pasajeros podían salir sin pasar por migraciones y que no existía personal aeroportuario para impedirlo. Para acreditarlo, solicitó una inspección ocular en el aeropuerto. Este argumento, en otras dos causas resueltas por otras dos salas, tuvo acogida y, en consecuencia, se la absolvió de la infracción que se le imputaba.

Para la Sala IV, sin embargo, el hecho de que existieran zonas por las que los pasajeros podrían escapar del control de migraciones no bastó para exculpar a la línea aérea. A resultas de esto, y de acuerdo con el resultado del sorteo de radicación de causas, a la misma línea aérea (Varig), la misma Cámara (CNACAF) la absolvió de dos de las tres infracciones idénticas que se le imputaban, pero le impuso una sanción por la tercera: misma parte, mismos hechos; en dos casos no hay sanción, en un tercero, sí. Lo que cambió fue la sala que salió sorteada para resolver la tercera causa, la que hizo caso omiso de las pruebas que otras dos salas habían considerado suficientes para eximir de responsabilidad, pues a su criterio no lo eran y, por ende, se apartó de dos precedentes. De aquí, la desigualdad jurídica y el escándalo jurídico que estos casos, frente a la inexistencia de una doctrina del precedente horizontal, dejan en evidencia.

Si bien la diferencia de criterios estuvo, en este caso, basada exclusivamente en una valoración de la prueba, lo cierto es que la desigualdad jurídica igualmente se vio afectada en base a criterios personales de los jueces, por cuanto, ofrecidos los mismos medios de prueba en causas prácticamente idénticas, una sala los consideró suficientes y otra, no. De haber existido un reconocimiento de autoridad al precedente, aquella desigualdad seguramente no se habría provocado.

⁹⁷⁵ CNACAF, Sala IV, “Varig S.A. (Viacao Aérea Rñio-Grandense) contra Dirección Nac. de Migraciones y Población – Resol. 2566/93”, Expediente N° 24193/93, sentencia del 10 de mayo de 1994.

160. “Agrega que la Sala III, en otra causa de igual carátula, acordó a su mandante el beneficio de litigar sin gastos, por lo que solicita que se forme incidente para obtener igual franquicia en estos autos (...)

Por otra parte, el beneficio ha de ser solicitado y acordado en cada caso y en relación al proceso de que se trata (arts. 78 y 79, C.P.C.C.), por lo que aquel concedido en otro expediente por un distinto tribunal no puede tener efecto alguno sobre los demás en que sea parte el peticionario”⁹⁷⁶.

Se trataba de dos causas entre las mismas partes y con una cuestión planteada análoga, en una de las cuales la Sala III le concedió a Forestal el beneficio de litigar sin gastos, mientras que, en la otra, la Sala IV se lo denegó.

Más allá de que el referido beneficio constituye una cuestión que los jueces deben evaluar en el caso concreto, lo cierto es que en esa denegatoria —frente a causas de igual carátula— está implícito el desconocimiento de la fuerza de lo que ha resuelto una sala de la misma cámara, incluso en la expresión “un distinto tribunal”, que hace referencia a las salas como tribunales distintos.

161. “Cabe señalar que este Tribunal, al resolver la causa ‘Chacotex S.A.’ (sentencia del 22 de diciembre de 1992), consideró excluido del gravamen al contribuyente que se encontraba en idéntica situación a la del actor. Si bien éste no trajo a conocimiento de esta Alzada esta cuestión, ha de tenerse en cuenta al momento de valorarse su conducta desde el punto de vista punitivo...”⁹⁷⁷.

La Sala considera necesario remarcar que, a pesar de que el particular no invocó el precedente, lo considerará; de allí parece desprenderse que el principio general fuera que el precedente merecería consideración únicamente si fuese citado por la parte y que la Sala estaría haciendo una excepción al tenerlo en cuenta a pesar de que no se hubiera invocado.

162. “Para fundar su decisión, la juez a quo se remitió a las consideraciones expuestas por la Sala III del fuero en la causa ‘Deutz Argentina S.A.I.C. y F. c/Administración Nac. de Aduanas s/Nulidad de resolución’, resuelta el 8 de febrero de 1990, entendiendo que las cuestiones planteadas en autos eran sustancialmente análogas a las decididas en ese pronunciamiento (...) voto porque se revoque la sentencia de primera instancia...” (del voto mayoritario de Jeanneret, al que adhirió Uslenghi).

⁹⁷⁶ CNACAF, Sala IV, “Forestal Futaleufu S.A. – T.F. 1/217 – I – Incidente c/D.G.I.”, Expediente N° 12463/94, sentencia del 2 de agosto de 1994.

⁹⁷⁷ CNACAF, Sala IV, “Electromotores Czarweny S.A. TF 10504-I s/res. apel del DGI”, Expediente N° 21069/94, sentencia del 14 de diciembre de 1994.

“Los agravios expresados por la demandada (...) no son suficientes para privar de sustento a los fundamentos referidos (que coinciden, además, con los expuestos por las Salas I y II del fuero, al resolver las causas ‘Deutz Argentina c/Administración Nacional de Aduanas s/juicio de conocimiento’ y ‘Deutz Argentina S.A.I.C. y F. c/A.N.A. s/repetición’, con fecha 16 de noviembre de 1993 y 2 de septiembre del mismo año, respectivamente) (...) Por lo expuesto, voto porque se confirme la sentencia de primera instancia”⁹⁷⁸ (del voto en disidencia del Galli).

Como se aprecia, la sentencia, con el voto mayoritario de dos jueces, está en clara contradicción con sentencias de las Salas I y III de la CNACAF: Existían precedentes de ambas salas en casos no solo análogos, sino que, suscitados entre las mismas partes, en los cuales se hacía lugar a la pretensión de la actora. Tanto los jueces que firmaron el voto de mayoría como el juez en disidencia conocían y tuvieron en consideración estos precedentes, que asimismo habían determinado al juez de primera instancia a decidir en igual sentido.

Sin embargo, los dos jueces en mayoría decidieron darle una interpretación distinta al cuerpo normativo que estaba en juego y apartarse de esos precedentes, sin mayor razón que los argumentos propios para interpretar en otro sentido la cuestión (los precedentes en cuestión no volvieron a ser citados a lo largo del fallo). El juez en disidencia, por el contrario, no se consideró completamente obligado por los precedentes, pero decidió seguirlos por cuanto no halló argumentos suficientes para desvirtuarlos, en un razonamiento que, ya se ha visto, es común en esta sala.

Queda claro entonces que los jueces consideran válido apartarse de precedentes de dos de las cinco salas de la Cámara, simplemente en el entendimiento de que la interpretación de la ley, realizada en el precedente, es otra. Frente a la contradicción entre precedentes que advierten, no acuden a la convocatoria a plenario.

163. “El apelante se queja en primer lugar de que la jueza a quo se haya apoyado en su decisión en una sentencia que, a su entender, no se encuentra firme. El agravio no tiene consistencia alguna, en la medida en que no demuestra la sinrazón de la fundamentación contenida en el pronunciamiento. Aun admitiendo que se trata de una sentencia que no se encuentra firme, al remitirse a ella la juzgadora no lo hace como un precedente obligatorio —al modo del sistema anglosajón— sino haciendo suyo el argumento desarrollado oportunamente por la Sala interviniente. La falta actual de un pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso no le quita de por sí validez al razonamiento desarrollado por la juez sobre aquella base”⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ CNACAF, Sala IV, “Deutz Argentina S.A.I.C. c/A.N.A. s/Aduana”, Expediente N° 6084/94, sentencia del 29 de agosto de 1995.

⁹⁷⁹ CNACAF, Sala IV, “Goldberg Bernardo contra Congreso de la Nación – Honorable Cámara de Diputados s/empleo público”, Expediente N° 28992/93, sentencia del 24 de octubre de 1996.

Si bien el magistrado se refiere a la aplicación de un precedente de cámara por parte de un juez de primera instancia, en realidad se pone en palabras la concepción general de la aplicación del precedente que poseen los magistrados: no le otorgan al precedente por sí mismo fuerza alguna, sino que “hacen suyos” los fundamentos de ese precedente siempre y cuando coincidan con él. Lo que tiene validez, sigue afirmando la sentencia transcripta, no es el pronunciamiento en sí, sino el razonamiento que él se desarrolla. En efecto, al hacer referencia al “precedente obligatorio” inmediatamente se lo relaciona con el modelo anglosajón, y se descarta su aplicación en nuestro sistema jurídico.

164. “En este aspecto, ningún argumento agrega el apelante como para que modifique los fundamentos de la sentencia de esta Sala en la causa ‘Fraga, Rosendo María c/Estado Nacional’ (fallo del 30 de diciembre de 1993), en el que adherí, en lo sustancial al meduloso voto de mi distinguido excolega Dr. Pedro Miguens”⁹⁸⁰.

Este argumento se continúa repitiendo en la historia de la Sala IV. Vale aclarar al respecto que, si con la referencia a algún “argumento”, el magistrado se refiriera a una situación o hecho fáctico relevante que diferenciase el caso actual del caso análogo decidido anteriormente, esto sería perfectamente compatible con una doctrina del precedente horizontal obligatorio. Sin embargo, no parece que este fuera el sentido que los jueces le dan a esos nuevos fundamentos o argumentos: en primer lugar, pues la referencia a argumentos o fundamentos alude a una cuestión jurídica más que fáctica y, en segundo lugar, porque el uso del verbo “modificar” descarta que lo que estén diciendo los jueces sea que, ante diferencias fácticas relevantes, el precedente sea inaplicado y se refiere más bien a cambiar el criterio que ese precedente desarrolla.

Asimismo, la idea de que nuevos argumentos jurídicos puedan provocar que la Sala, por sí misma, se aparte de un precedente de otra Sala (o incluso de uno propio) es contraria a la concepción de obligatoriedad horizontal del precedente en las cámaras de apelaciones, al menos en el modelo estadounidense.

165. “Idéntica cuestión ha sido resuelta por la Sala II de esta Cámara el 16 de diciembre pasado en causa trabada por las mismas partes, por lo que, al compartir sus fundamentos, corresponde que me remita al meditado voto de mi colega Dr. Damarco”⁹⁸¹.

⁹⁸⁰ CNACAF, Sala IV, “Antinori Osvaldo Rodolfo contra Estado Nacional sobre proceso de conocimiento”, Expediente N° 2258/97, sentencia del 3 de septiembre de 1997.

⁹⁸¹ CNACAF, Sala IV, “Scania Argentina S.A. c/EN – AFIP DGI s/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 17894/98, sentencia del 31 de agosto de 2000.

El magistrado, en esta oportunidad, invoca un precedente de otra Sala (la II) en el que la cuestión debatida, según indica, no solo es idéntica, sino que se suscitó entre las mismas partes que intervienen en el caso que ahora debe resolver. Sin embargo, a pesar de todas estas circunstancias que, en un sistema jurídico de precedente horizontal obligatorio, serían más que suficientes para aplicar la misma solución al caso actual, en este caso el magistrado expresamente señala que comparte los fundamentos de ese precedente. En virtud de eso es que, sigue afirmando, corresponde que a él se remita. Como se ve, no es un razonamiento que parte de que el precedente lo obliga, sino que es uno en el cual se toma la decisión (libre, que no reconoce un deber de hacerlo) de aplicarlo en tanto y en cuanto comparte los fundamentos que en él se desarrollan.

166. “Tampoco demuestra —con excepción de citas genéricas de fallos del fuero vinculados con temas similares— cuáles eran sus fundamentos para sostener — conforme a la normativa aplicable al caso— que los suplementos (...) debían incluirse dentro del concepto de haber mensual...”⁹⁸².

Queda claro que la cita de precedentes de otras salas en casos análogos no es suficiente para fundar la apelación, como sucedería si esos precedentes fueran considerados obligatorios.

167. “es criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y de esta Cámara (...) (confr.: C.S.J.N., doct. de Fallos: 303:559, 307:1821; y esta sala: ‘Flor Héctor Bertrand c/Estado Nacional – Gendarmería Nacional s/Retiro Militar’, 29/7/94; entre muchos otros)”⁹⁸³.

Este caso evidencia cierta imprecisión en la cita de precedentes: se afirma que cierta interpretación es doctrina de la Cámara, pero luego se invoca un único precedente de la propia Sala. Esto sería válido si se reconociera la obligatoriedad del precedente horizontal, puesto que un solo precedente de cualquiera de las salas sería doctrina de la cámara, pero ya ha quedado demostrado que no es esa la interpretación que impera.

En la misma línea —de cierto descuido en el tratamiento de precedentes— se ubica una sentencia de esta misma Sala en cuyo considerando 4º se invocan numerosos precedentes de la Corte Suprema y de la Cámara, y en el considerando 5º esos precedentes son calificados como el “encuadre doctrinario”⁹⁸⁴.

⁹⁸² CNACAF, Sala IV, “Benitez Miguel c/Estado Nacional (Mº Defensa – E.M.G.E.) s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 15518/96, sentencia del 8 de septiembre de 1998.

⁹⁸³ CNACAF, Sala IV, “Bonanni Edgar Wilson c/Estado Nacional – Armada Nacional s/retiro militar y Fuerzas de Seguridad”, Expediente N° 1107/91, sentencia del 29 de abril de 1998, considerando IV.1.

⁹⁸⁴ CNACAF, Sala IV, “Vidal Juan José c/EN (Gendarmería Nacional) s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 10649/98, sentencia del 15 de julio de 1999.

Una prueba más de lo que se viene afirmando son las sentencias “Gallo Pedro Antonio c/Estado Nacional (EMGE) s/Retiro Militar y Fuerzas de Seguridad”⁹⁸⁵ y “Oviedo José Luis c/Estado Nacional (EMGE) s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”⁹⁸⁶. En ambas, diversos actores solicitaban la declaración de nulidad de una misma comunicación dictada en el mismo expediente administrativo. Es decir, ambas causas versaban sobre el mismo hecho. Las sentencias de la Sala IV son absolutamente idénticas, con la única diferencia de que “Gallo” es dictada el 8 de julio de 1999 y “Oviedo”, el 19 de noviembre de ese mismo año. Sin embargo, en esta última no hay ninguna invocación, cita o mención de “Oviedo”. La Sala no podía desconocer el precedente, pues precisamente copió y pegó cada una de sus palabras; sin embargo, decidió no citarlo.

168. “[En cuanto a las costas] entiendo que deberían ser soportadas por su orden en atención a que la cuestión en debate dio lugar a jurisprudencia contradictoria de los distintos juzgados del fuero, discrepancia que no fue saldada sino hasta que recayó sentencia del Alto Tribunal sobre el punto...”⁹⁸⁷.

“Las costas de esta instancia propongo que sean impuestas por su orden en cuanto al recurso de la actora en atención a la existencia de doctrina contradictoria entre las Salas de este Tribunal (art. 68 del C.P.C.C.N.) ...”⁹⁸⁸.

“Las costas de esta instancia propongo que sean impuestas en el orden causado, en virtud de las complejidad [sic] de la cuestión debatida que ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios por parte de las distintas Salas de esta Cámara”⁹⁸⁹.

En estos tres casos la Sala IV impone costas por su orden como modo de paliar la inseguridad jurídica —y las expectativas frustradas de ganar el pleito— generadas por sentencias contradictorias⁹⁹⁰. Pero, además, reconoce en el primer caso que esa contradicción

⁹⁸⁵ CNACAF, Sala IV, Expediente N° 17335/94, sentencia del 8 de julio de 1999.

⁹⁸⁶ CNACAF, Sala IV, Expediente N° 26426/94, sentencia del 19 de noviembre de 1999.

⁹⁸⁷ CNACAF, Sala IV, “Bazán Carlos Héctor c/EN – M° de Defensa – Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 8697/98, sentencia del 4 de mayo de 2000.

⁹⁸⁸ CNACAF, Sala IV, “Encina Abraham c/Estado Nacional – M° de Defensa – E.M.G.E. s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 19084/96, sentencia del 4 de abril de 2000, del voto del Dr. Uslenghi.

⁹⁸⁹ CNACAF, Sala IV, “Quevedo Pedro Luis c/Ministerio de Defensa s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 40060/95, sentencia del 4 de abril de 2000.

⁹⁹⁰ Esa fórmula sería gradualmente reemplazada por otra según la cual “deberían ser impuestas a la vencida. Ello, atento a que la demandada continuó con su pretensión con posterioridad al pronunciamiento del Alto Tribunal sobre el punto (conf. causa ‘Franco’ ya citada), el que incluso tuvo lugar con anterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia.” CNACAF, Sala IV, “Arias Hugo José y otros c/EN – M° de Defensa Estado Mayor General del Ejército s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 17275/98. Otro ejemplo en el que se impusieron las costas a la demandada en base a la fecha de apelación: “teniendo en cuenta que una cuestión que guarda fuerte analogía con la presente ya ha sido objeto de decisión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) con anterioridad a la sentencia apelada, circunstancia por la cual quedan saldadas las anteriores discrepancias interpretativas.” CNACAF, Sala IV, “Astiguera César José y otros c/EN

recién pudo ser resuelta por la Corte Suprema. Lo que evidencia que la existencia de contradicción es considerada algo común por los magistrados, que no advierten la inseguridad jurídica y la igualdad conculcadas y que no se realizan grandes esfuerzos para derribarla.

Lo mismo sucedió con las costas en el caso transcripto a continuación y en múltiples casos que fueron resueltos mediante lo que en la jerga se denomina “planchas”: sentencias absolutamente idénticas que resuelven casos que, por lo general, son absolutamente idénticos, emanados de la sanción de una norma de carácter general que involucra a múltiples agentes.

169. “En cuanto a las costas, cabe señalar que en el artículo 68 del Código Procesal se autoriza a los magistrados a eximir total o parcialmente de la responsabilidad de cargar todos los gastos irrogados a su contraria siempre que encuentren mérito para ello, expresándolo en sus pronunciamientos.

Esa situación de excepción se configura en autos atento a que la existencia de fallos contrarios de los tribunales del fuero tornaría injusta la aplicación del principio general de la derrota”⁹⁹¹.

Puede verse como la Sala admite abiertamente la existencia de precedentes que contradicen la sentencia que está dictando, y reacciona frente a esto únicamente eximiendo a la parte de cargar con todas las costas. Hacerle pagar todas las costas de un juicio en el que parte gozaba, al iniciarlo, del *fumus bonus iuris* de ganar (pues existían precedentes a su favor) sería, a criterio de la Sala, injusto. Mas no es considerado injusto el hecho de que las diversas salas resuelvan casos semejantes de manera contradictoria.

170. “Resulta razonable la invocación de dicha doctrina a los fines de la solución del caso, dado el indudable paralelismo de las situaciones, toda vez que no se puede concebir que la misma norma tenga el carácter de bonificable para el personal en retiro y no para el personal en actividad, desde que el haber de pasividad se calcula a partir de la remuneración otorgada a los activos”⁹⁹².

La aplicación de un precedente para resolver un caso indudablemente análogo es, para la Sala IV, “razonable”, no obligatoria.

M° Defensa s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 28578/1998, sentencia del 4 de abril de 2000.

⁹⁹¹ CNACAF, Sala IV, “Martinelli Duilio y otros c/Estado Nacional y otro s/personal militar y civil de las FFAA y de seg.”, Expediente N° 19651/96, sentencia del 18 de mayo de 2000. Con exactos términos, CNACAF, Sala IV, “De la Peña Alberto y otros c/Estado Nacional M° de Defensa s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 39461/95, sentencia del 24 de febrero de 2000.

⁹⁹² CNACAF, Sala IV, “Nogueira Juan José y otros c/EN – M° de Defensa s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 21097/98, sentencia del 30 de junio de 2000.

171. “Respecto del suplemento del decreto 628/91, la doctrina fijada en el fallo plenario en la causa ‘Aebert, Otto...’, ratificada por la Corte Suprema al resolver, entre muchas más, las causas ‘Franco...’ y ‘Freitas’ obvia cualquier otra consideración, toda vez que sea por disposición de la ley (art. 303, C.P.C.C.) o por un imperativo moral, ambos pronunciamientos —y la doctrina coincidente entre ellos— obligan a este tribunal, sin perjuicio de señalar que se comparten los fundamentos en ellos contenidos...”⁹⁹³.

Aquí queda claro lo que ya se ha explicado en la presente sección: no es lo mismo estar obligado por un precedente que compartir sus fundamentos o compartirlo. De allí que el uso del verbo “compartir” para invocar un precedente sea, como tantas veces se ha mencionado, sugestivo de que no se reconoce obligatoriedad al precedente. En este caso, los magistrados lo afirman expresamente: esos precedentes nos obligan, pero, además, compartimos sus fundamentos.

172. “Las costas de esta instancia devengadas en virtud del primer agravio, propongo que sean impuestas a la vencida. Las originadas en ambas instancias con motivo de la compensación por vivienda, estimo que deberían ser soportadas por su orden, en atención a la complejidad de la cuestión planteada, que dio lugar a pronunciamientos encontrados de los distintos juzgados y salas del fuero”⁹⁹⁴.

“El apelante se agravia por la imposición de costas a su parte y solicita que sean distribuidas por su orden. Considero que asiste razón al recurrente, por cuanto la cuestión debatida en autos ha merecido pronunciamientos contradictorios en los distintos juzgados del fuero y en las Salas de esta Cámara”⁹⁹⁵.

Una vez más, se imponen costas por su orden luego del reconocimiento de la existencia de sentencias contradictorias por parte de las salas de la cámara. Son múltiples los casos de contradicción que son admitidos por las salas sin que estas convoquen un plenario o resuelvan la contradicción adhiriendo al precedente dejando su opinión a salvo.

173. “No escapa al tribunal que en el presente caso se trató de personal de Servicio Penitenciario Federal, institución que se rige por una normativa diferente de la

⁹⁹³ CNACAF, Sala IV, “Valente de Benvenuto Alma Kelmis c/EN – M° de Defensa – Estado Mayor General del Ejército s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 19062/1996, sentencia del 3 de agosto de 2000, del voto del Dr. Galli.

⁹⁹⁴ CNACAF, Sala IV, “Funes Dolores Laura c/Estado Nacional – M° de Defensa Estado Mayor General s/personal militar y civil”, Expediente N° 19303/1996, sentencia del 15 de agosto de 2000.

⁹⁹⁵ CNACAF, Sala IV, “Episcopio Eduardo Pedro c/Estado Nacional (M° de Defensa) s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, Expediente N° 40651/1995, sentencia del 27 de febrero de 2001.

aplicable a las Fuerzas Armadas (ley 20416). Sin embargo, las disposiciones contenidas en ese ordenamiento no difieren sustancialmente de las contenidas en la ley 19101 (...)

Por lo expuesto más arriba dicha doctrina es estrictamente aplicable al caso bajo examen. Si bien los destinatarios de los beneficios por un lado son el personal militar y civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (decretos 2000/91 y 682/92), no cabe duda de que se trata de un mismo tratamiento salarial, instrumentado a través de distintos decretos (...)

Por ello, y en la medida en que no existe impedimento para aplicar la doctrina reseñada al caso de autos, en virtud de las semejanzas de ambos regímenes jurídicos, no puede sino concluirse en el sentido de que los adicionales reclamados deben computarse como sueldo...”

Si se leen con atención los párrafos transcriptos, se apreciará que el razonamiento que los magistrados realizan es diametralmente opuesto al que realizarían los jueces en un sistema en el que el precedente horizontal fuera obligatorio. Así, mientras estos últimos afirmarían: “hay semejanza entre ambos regímenes jurídicos, por ende, el precedente que afirma que los adicionales deben ser computados como sueldo es obligatorio”, los magistrados en este caso afirman: “no hay impedimento para aplicar un precedente dictado en un caso semejante, por ende, los adicionales deben ser computados como sueldo”. En un caso “probada la similitud, rige el precedente”, mientras que en el otro, “probado que no existe impedimento, el precedente es aplicable”.

Este razonamiento se transformó en una “plancha” aplicable en múltiples casos⁹⁹⁶. Su oposición con la práctica del *common law* queda a la vista si se recuerda el pasaje del caso “Hart v. Massanari”: “usando las técnicas desarrolladas en el *common law*, una corte federal que se enfrenta a precedentes aparentemente obligatorio debe analizar el precedente a la luz de los hechos presentados y de la regla que anuncia; en la medida en que pueden existir diferencias fácticas entre el caso actual y el caso anterior, la corte debe determinar si esas diferencias son relevantes en la aplicación de la regla o si permiten que el precedente sea distinguido del caso presente”⁹⁹⁷.

⁹⁹⁶ Entre otros, CNACAF, Sala IV, “Nougues Carlos Hernerto y otros c/EN – M° Interior (PNA) s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, Expediente N° 12118/2000, sentencia del 2 de octubre de 2001; CNACAF, Sala IV, “Aylan Ramón Restituto y otros c/M° del Interior – Gendarmería Nacional s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, Expediente N° 22753/1999, sentencia del 28 de agosto de 2001.

⁹⁹⁷ “Using the techniques developed at common law, a federal court confronted with apparently controlling authority must parse the precedent in light of the facts presented and the rule announced; insofar as there may be factual differences between the current case and the earlier one, the court must determine whether those differences are material to the application of the rule or allow the precedent to be distinguished on a principled basis”. (Hart v. Massanari, 266 F.3d 1155 (9th Cir. 2001))

174. “...resulta de aplicación la doctrina sentada por esta Sala en la causa ‘Banco Nazionale del Lavoro S.A. c/Fisco Nacional (D.G.I.)’ (...) y reiterada al fallar los autos ‘Sancor Seguros de Retiro S.A. c/...’ (...) El apelante nada agrega en su memorial que permita una revisión de la mencionada doctrina, la que coincide, por otra parte, con la sostenida por las salas II, III y V de esta Cámara en otras causas...”⁹⁹⁸.

La Sala deja abierta la posibilidad, como ha sucedido en varias ocasiones, de que las partes aleguen algo que permitiría que el precedente fuera revisado y, circunstancialmente, modificado; incluso cuando existen precedentes en el mismo sentido de al menos cuatro de las cinco salas que integran la cámara. Mediante los párrafos transcritos, la Sala IV afirma que existe la posibilidad de que los apelantes invoquen algo (presumiblemente, un nuevo argumento, conforme al vocabulario que se emplea en situaciones afines) que le permita a la Sala apartarse de su propio precedente y de los precedentes de otras tres salas.

Es evidente que la obligatoriedad de esos precedentes no es aceptada y que la Sala se considera habilitada para dejar de lado sus propios precedentes, así como los de las demás salas, cuando ella misma considere que la parte ha alegado algo relevante que así lo justifique.

175. “En tal sentido, tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales del fuero, que no corresponde a los jueces sustituir al Poder Ejecutivo en la valoración de medidas adoptadas en el ejercicio de atribuciones conferidas legalmente, sino sólo controlar la legitimidad del obrar, en su caso evitando la arbitrariedad y la lesión de derechos consagrados en la Constitución y las leyes (confr. CSJN Fallos 306:1333, sus citas y muchos otros; esta Sala in re ‘Dobaño Martínez de Mignoli Palmira y otros c/Estado Nacional (M° de Trabajo y Seguridad Social) s/empleo público’, del 11/8/94. Coincido con ese criterio”⁹⁹⁹.

Luego de citar precedentes tanto de la Corte Suprema como de la propia Sala, el magistrado considera necesario señalar que él, personalmente, coincide con el criterio que en esos precedentes se desarrolla. Ese agregado sugiere que, a su entender, la sola invocación de precedentes en casos análogos no es suficiente para fundar la aplicación del criterio contenido en aquellos.

176. “Se trata de un contrato celebrado con el fin de explotar el gasoducto denominado ‘Cordillerano’ y el conflicto se ha suscitado en relación a la inclusión o no de dos plantas compresoras de gas entre los bienes comprendidos en la transferencia de los activos del complejo.

⁹⁹⁸ CNACAF, Sala IV, “Centro Automotores SA c/AFIP (DGI) s/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 29036/1997, sentencia del 13 de marzo de 2001.

⁹⁹⁹ CNACAF, Sala IV, “Vick Carlos Alberto c/EN – M° de RREE y Culto – Resol. 3669 s/empleo público”, Expediente N° 13911/1998, sentencia del 5 de junio de 2001.

Para ello han de tenerse en cuenta pautas jurisprudenciales que han formado un cuerpo exegético de indudable apoyo en la labor judicial”¹⁰⁰⁰.

A partir de las afirmaciones que la Sala efectúa en la sentencia transcrita, está claro que el precedente horizontal (en el caso, se citaban precedentes de la propia sala) no es dotado de obligatoriedad, sino más bien es considerado una guía, una pauta de interpretación o argumento de “apoyo” sobre la cual construir una nueva decisión.

177. “A mayor abundamiento cabe señalar que, al decidir causas análogas precedentes este tribunal recordó que al momento de ser dictado el decreto 838/94 regía la ley...”¹⁰⁰¹.

“A mayor abundamiento, es oportuno recordar que cuestiones similares y análogas a la debatida en autos han sido resueltas por los tribunales del fuero y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. Sala I, ‘Villalba, Carlos Alfredo y otros c/Estado Nacional – DGFM s/daños y perjuicios’, 29/8/2000; Sala III, ‘Segovia Leoncio...’”¹⁰⁰².

La cita de precedentes de otras salas, lejos de ser fundamento de la sentencia, es realizada en *obiter*, como agregado a la argumentación del criterio elegido ya efectuada con anterioridad. Esto indica, como se ha reiterado, que esos precedentes no se consideran fuentes de autoridad.

178. La interpretación acerca del efecto suspensivo o interruptivo del plazo de prescripción a partir del reclamo administrativo, por un lado, y las vacantes existentes en la Sala IV, por el otro, dieron lugar a contradicciones en la jurisprudencia de la Cámara que, en términos de seguridad jurídica, son verdaderamente inadmisibles.

En la causa “Ángel, Roberto Favián y otro c/EN – M° Defensa – EMGE – Dto. 2000/91 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.¹⁰⁰³”, se decidió con una mayoría 2-1 que el reclamo administrativo tenía efectos suspensivos.

La mayoría estuvo compuesta por Galli y Coviello; este último integró la Sala debido a que una vocalía se encontraba vacante. La disidencia fue suscripta por Alemany, quien integró la Sala porque en ese momento Uslenghi se encontraba de licencia. Lo curioso es que Alemany fundó su voto disidente en un precedente de la Sala V en la que se había decidido

¹⁰⁰⁰ CNACAF, Sala IV, “Gas del Estado S.E. (en liq.) c/Transportadora de Gas del Sur S.A. s/contrato administrativo”, Expediente N° 42433/1995, sentencia del 14 de agosto de 2001.

¹⁰⁰¹ CNACAF, Sala IV, “Alegre Valentín Narciso c/M° de Defensa (Gendarmería Nacional) s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, Expediente N° 18104/1996, sentencia del 14 de agosto de 2001.

¹⁰⁰² CNACAF, Sala IV, “Pereyra Mario Oscar y otros c/E.N. – M° E. y O.S.PÁG. – Dir. Gral. Fabricaciones Militares s/daños y perjuicios”, Expediente N° 20527/1997, sentencia del 13 de noviembre de 2001.

¹⁰⁰³ CNACAF, Sala IV, Expediente N° 10475/2005, sentencia del 16 de octubre de 2008.

todo lo contrario, es decir, indica expresamente que “corresponde tener presente el criterio que adoptó la Sala V —que integro— en autos ‘Manzo Juan Pedro y otros c/EN – M° Defensa – Fuerza Aérea Argentina s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.’, sentencia del 20/11/2000, donde se estableció que la interposición del reclamo administrativo interrumpe el plazo de prescripción”. Exactamente lo mismo sucedió en la causa “Carafi, Adrián Cristian c/EN- M° Defensa – EA – Dto. 628/92 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”¹⁰⁰⁴.

Es decir, la Sala IV no solo estaba al tanto de que existía un precedente de la Sala V opuesto al criterio que estaban sentando y no hizo nada al respecto (ni siquiera lo invocó para justificar el apartamiento), sino que el análisis de este caso deja expuesto cómo la aleatoriedad de la integración de las Salas por vacancias o licencias es lo que determina, en definitiva, el resultado del pleito en un sentido u otro. Así, es fácil imaginar que el resultado hubiese sido distinto si, en lugar de Coviello, la vacancia hubiera sido cubierta por un juez de la Sala V. Y, como prueba el siguiente caso, también habría sido distinto el resultado del pleito para Roberto Ángel si Argento (o algún otro magistrado de la Sala III) hubiera reemplazado a Coviello.

Tan solo meses después del caso “Ángel”, se dictó sentencia en la causa “Rodríguez, Jorge Alfredo c/EN – M° Defensa – FAA Dto. 628/92 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.¹⁰⁰⁵”, en la que se planteaba la misma cuestión interpretativa. Esta vez, la sentencia fue suscripta por Galli y Coviello, quienes en mayoría resolvieron que el reclamo tenía efectos suspensivos. Argento, en minoría, votó por otorgarle efecto interruptivo, afirmando expresamente que así lo hacía la Sala III de la Cámara. Es decir, la sentencia que estaba dictando la Sala IV no solo estaba en contradicción con la Sala V, sino también con la III¹⁰⁰⁶. La Sala IV, en su voto mayoritario, no se hace cargo tampoco del precedente de la Sala III: se comporta como si no existiera.

La cuestión seguiría generando jurisprudencia contradictoria. En la causa “Lenseyan Eduardo Jorge c/EN – M° Interior – PFA – Dto. 2744/03 861/07 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.¹⁰⁰⁷”, Galli y Coviello se mantuvieron en mayoría¹⁰⁰⁸ y esta vez fue a Morán —que entonces se había sumado a la Sala IV— a quien le tocó disidir:

¹⁰⁰⁴ CNACAF, Sala IV, Expediente N° 3877/2007, sentencia del 27 de noviembre de 2008.

¹⁰⁰⁵ CNACAF, Sala IV, Expediente N° 34299/2005, sentencia del 26 de marzo de 2009.

¹⁰⁰⁶ “...disiento en lo que respecta al cómputo de la prescripción, puesto que, según reiterada jurisprudencia de esa Sala III, el reclamo administrativo interrumpe el curso de aquella...”. Del voto de Argento.

¹⁰⁰⁷ CNACAF, Sala IV, Expediente N° 38660/2007, sentencia del 19 de noviembre de 2009.

¹⁰⁰⁸ Es dable recordar que el motivo por el que Coviello integraba la Sala IV siempre que quedaba una vocalía vacante, recuérdese que, como las vacantes eran moneda corriente en la Cámara, se había dictado una Acordada (13/08), por medio de la cual se designaban jueces fijos para integrar las salas. Para un análisis más detallado de esta Acordada, puede consultarse el inciso 103 de la presente sección.

Que en cuanto al período por el cual los suplementos deben ser abonados, considero que la interposición del reclamo administrativo interrumpe el plazo de prescripción (conf. Sala II, “Carriola, Carlos R. c/EN – M° de Defensa EMGA s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, del 20/11/01; Sala III “Muñoz Juan José y otros c/EN – M° Defensa EMGA – Dto. 628 s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, del 19/07/07 y Sala V “Giménez Carlos Armando c/EN – M° Defensa – FFAA – Dto. 628/92 s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, del 19/5/09, entre otros).

Así, Morán deja ver que las Salas II, III y V tenían precedentes en los que se sentaba el carácter interruptivo del reclamo administrativo. Sin embargo, una vez más, el voto mayoritario de la Sala IV no se hace cargo de ellos, siquiera para refutarlos o justificar el apartamiento.

La contradicción se mantuvo muchos años, como lo atestigua el precedente “Montero”, del 2008, en el que la Sala V afirma “Que es criterio de esta sala que la interposición del reclamo administrativo interrumpe el plazo de prescripción (conf. in re: ‘Manzo, Juan Pedro...’).¹⁰⁰⁹”

Como es sabido, la cuestión fue zanjada mediante un plenario. Sin embargo, este relato de antecedentes a ese plenario es útil para dejar en evidencia las desigualdades que se producen en múltiples casos y que podrían evitarse si la primera sala que advirtiera la posible contradicción o que quisiera fallar en contrario a lo que ya ha establecido otra sala convocase a un plenario. Si eso se hiciera, ninguna de las partes de estas causas habría visto el resultado de su juicio sujeto a una cuestión de suerte.

179. “Que, a mayor abundamiento, la Sala I de esta Cámara expuso el criterio al cual adhiero en cuanto a que...”¹⁰¹⁰.

La cita del precedente “a mayor abundamiento” (es decir, en *obiter*) y luego de expuesto y sentado el criterio de que el precedente es un patrón que se repite en todas las salas (como puede apreciarse en esta sección) y que da cuenta de que no se lo considera obligatorio ni la razón fundante o primaria de ese criterio.

v. Sala V

180. “Que la Sala, en armonía con la tendencia jurisprudencial imperante en este fuero, ha declarado que la actora es uno de los sujetos habilitados para invocar las

¹⁰⁰⁹ CNACAF, Sala V, “Montero Fernando Alfredo y otro c/EN – M° Defensa – Ejército Argentino – Dto. 628/92 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 9631/2005, sentencia del 12 de febrero de 2008, considerando IV.

¹⁰¹⁰ CNACAF, Sala IV, “Bunge y Born S.A. c/DGI s/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 12878/2006, sentencia del 3 de septiembre de 2009.

disposiciones de la ley N° 17.091 (conf. Causa N° 22.987/94 ‘Ferrocarriles Metropolitanos SA c/GNISCI Francisco s/Lanzamiento Ley 17.091’), y a cuyos fundamentos cabe remitirse incorporando la respectiva fotocopia”¹⁰¹¹.

La coincidencia entre el criterio de la Sala y el criterio jurisprudencial imperante en el fuero es calificada como “armónica”, lo que contrasta con un hipotético reconocimiento de obligatoriedad del precedente horizontal. Por lo demás, se alude a una “tendencia jurisprudencial imperante”, no a un precedente individual.

181. “Que, en este sentido, se debe destacar que aún cuando la indicación de la primera resultó defectuosa o incompleta (...) y, la segunda, recién resultó invocada por el recurrente al momento de deducir el recurso de inaplicabilidad, lo cual conduciría a sostener que dicho recurso carece de la debida fundamentación que requiere el art. 292 del Código Procesal, corresponde, en el caso, no aplicar con excesivo rigor los requisitos de orden formal y atenerse más a la inseguridad jurídica reflejada por la distinta interpretación del derecho en la materia propuesta”¹⁰¹².

Este es un caso peculiar en el que la Sala V flexibiliza los requisitos de invocación del precedente necesarios para la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley. Se trata de una verdadera excepción (y contradicción) al criterio uniforme que existía —y continuó existiendo— en la Cámara (como puede constatarse en los múltiples casos citados en esta sección).

En este caso, los jueces decidieron que la insuficiente o tardía invocación no podía primar sobre la inseguridad jurídica que estaba en juego. Como puede verse en las transcripciones siguientes, la Sala V, con esa integración, mantuvo aquella interpretación.

El análisis de estas excepciones demuestra que efectivamente existen casos en que los jueces han valorado la seguridad y certeza y han interpretado que su protección los habilitaba a dejar de lado los requisitos formales.

La existencia de este tipo de casos, en definitiva, avala una de las hipótesis que esta tesis sostiene: la rigurosidad formal a la que está sujeto el recurso de inaplicabilidad atenta severamente contra la seguridad jurídica. Esto queda en evidencia también con los casos transcritos en los dos incisos siguientes. Si bien es esa la interpretación que debió imperar, ya se ha visto que no es lo que sucedió en la historia de la cámara.

¹⁰¹¹ CNACAF, Sala V, “Femsa c/Intrusos y/o Ocupág. Girardot 253 y via Fecc. S.M. s/lanzamiento ley 17.091”, Expediente N° 30.123/95, sentencia del 25 de septiembre de 1995, considerando III.

¹⁰¹² CNACAF, Sala V, “Aebert Otto y otros c/Estado Nacional – M° de Defensa s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 52514/94, sentencia del 23 de octubre de 1996, considerando II *in fine*.

182. “Que reunidos tales requisitos, el relativo a la oportunidad procesal en que se deben invocar los precedentes, no se debe apreciar con un rigorismo tal que obstaculice la naturaleza específica del gravamen que produce el decisorio que se recurre, pues corresponde atender más a la inseguridad jurídica que emana de la disímil interpretación del derecho en la materia propuesta...”¹⁰¹³.

Unos meses después del caso transcrito más arriba, la Sala V debió resolver otro recurso de inaplicabilidad en el que el precedente no había sido invocado en los términos que exige el Código Procesal. Sin embargo, una vez más la Sala decidió que eso no podía obstaculizar la seguridad jurídica que entra en juego cada vez que existe una contradicción entre salas de un mismo tribunal.

183. “Que en las condiciones enunciadas y aun cuando la recurrente no ha cumplido estrictamente con todos los recaudos del art. 292 del Código Procesal —pues no se ha invocado el precedente con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia impugnada por este remedio procesal— teniendo en cuenta que resulta absolutamente claro que la doctrina no sólo de esta Sala sino también de las Salas III, IV y I contradice la acogida por la Sala II corresponde declarar la admisibilidad del recurso interpuesto, con efecto suspensivo (arts. 288, 289...)”¹⁰¹⁴.

La Sala V mantiene el criterio flexible en la consideración de la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad. Este criterio será dejado de lado unos años después, como surge de la siguiente transcripción.

184. “...que quien lo interpone haya invocado —con anterioridad al fallo recurrido— ese precedente. La tercera exigencia tiene por objeto permitir a la sala el cotejo de su interpretación jurídica del caso con la jurisprudencia establecida en el anterior, alertándola acerca de la posible contradicción jurisprudencial a producirse en la hipótesis de apartarse de los términos de dicha jurisprudencia (Sala IV del fuero...)”¹⁰¹⁵.

En este caso, la Sala V abandona la flexibilidad con la que interpretaba los requisitos formales de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad, dejando de lado sus propios precedentes en ese sentido e invocando, en su lugar, un precedente de la Sala IV.

¹⁰¹³ CNACAF, Sala V, “Conavese de Estrada Oyuela Susana Inés y otros c/Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público”, Expediente N° 28832/96, sentencia del 23 de diciembre de 1996.

¹⁰¹⁴ CNACAF, Sala V, “Fernández de Fernández Graciela María c/Estado Nacional – M° de Justicia s/empleo público”, Expediente N° 28103/95, sentencia del 29 de marzo de 1999.

¹⁰¹⁵ CNACAF, Sala V, “Suárez, Cecilio Alberto y otros c/E.N. – M° de Defensa – Armada Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 27544/00, sentencia del 15 de diciembre de 2003.

Las salas jamás se convocaron a plenario para resolver cómo debía ser interpretado este requisito, aunque hubiera sido de gran utilidad para el funcionamiento del recurso y la uniformidad de la jurisprudencia en la cámara. En cambio, la interpretación oscilaba en cada una de las salas, para luego quedar consolidado un criterio restrictivo que convirtió el recurso en una herramienta procesal casi inaccesible.

185. “Que es criterio de esta Sala que los agentes que prestan o ejercen en la práctica funciones propias de un cargo superior al de revista, tienen derecho a percibir el haber correspondiente a la tarea que efectivamente desarrollan (...) En el mismo sentido se han pronunciado las restantes Salas de esta Cámara, expresando...”¹⁰¹⁶

En este caso está claro que el magistrado conocía la existencia de precedentes en un mismo sentido por parte de todas las salas de la cámara, no obstante lo cual prefirió atribuir ese criterio a la Sala, para, solo en un segundo plano, agregar que las restantes salas coincidían con aquel.

Aquí se refleja con mayor transparencia algo que está implícito en la práctica jurisprudencial de la cámara: cada sala suele otorgar prioridad y preponderancia al criterio propio que al de las demás salas. Ello se evidencia asimismo en la mayor frecuencia con la que se citan precedentes de la sala en relación con los precedentes del resto de la cámara.

De cualquier modo, la mención en *obiter* de que las demás salas tenían el mismo criterio deja en claro que el precedente horizontal no es dotado de fuerza y, mucho menos, de obligatoriedad.

186. “La situación de los titulares de bonos que, como los actores, habiendo podido participar del canje decidieron no hacerlo, no ha sido aún regulada normativamente (...) En el mismo sentido se ha expedido por mayoría la Sala II de este Tribunal (conf. sentencia del 25/4/06 in re ‘Praschker, Luis c/PEN – Ley 25.561 – Dtos. 1570/01 214/02 s/amparo sobre ley 25.561’, aunque sin aplicar la doctrina del precedente ‘Galli’) y el Dr. Buján en su disidencia en la causa ‘Lucesoli Daniel Bernard c/PEN Ley 25561 Dtos. 1570/01 214/02 s/amparo ley 16986’, fallada el 25/3/06.”¹⁰¹⁷

El análisis detallado de este caso permite apreciar la contradicción existente entre las Salas II y V, por un lado, y la I, por el otro. Los magistrados aceptan esta contradicción con absoluta naturalidad y, pudiendo convocar un plenario para resolverla, no lo hacen. Es claro que no visualizan la contradicción entre salas como el incumplimiento de un cierto deber jurídico de

¹⁰¹⁶ CNACAF, Sala V, “Silvestre Claudio Luis c/EN – M° E O y SP s/empleo público”, Expediente N° 10467/1998, sentencia del 30 de noviembre de 2005, considerando IV.

¹⁰¹⁷ CNACAF, Sala V, “Greif, Jorge Federico c/PEN – Ley 25565 Dto. 214/02 y 471/02 – Bonos (Merryl Lynch) s/proceso de conocimiento Ley 25561”, Expediente N° 57/2004, sentencia del 10 de julio de 2006.

seguir el precedente, así como tampoco perciben los resultados adversos que conlleva la contradicción naturalizada.

187. “Que estos autos resultan sustancialmente análogos a lo resuelto por esta Sala, en su composición anterior, en el expediente ‘Estancia El Vecino S.A. c/EN – M° de Economía – Ley 24.073 s/proceso de conocimiento’ (21/12/2006) a cuyos fundamentos me remito por cuestiones de economía procesal y cuya copia debería adjuntarse al presente.”¹⁰¹⁸

La Sala V considera necesario aclarar, cuando cita un precedente propio, que el precedente fue dictado en la composición anterior, es decir, por los jueces que integraban la sala en ese momento. Este accionar, que ya se ha podido apreciar en las demás salas, es contrario a la consideración de la sala como tribunal con independencia de las personas físicas que lo integran y, por el contrario, se condice con la práctica de modificar la jurisprudencia alegando un cambio de integración; práctica que, como se ha visto, es bastante común en la cámara bajo estudio.

188. “Que es criterio de esta Sala que la interposición del reclamo administrativo interrumpe el plazo de prescripción...”¹⁰¹⁹

Sobre este punto se dio una gran contradicción entre las salas de la Cámara, que fue analizada con detalle en el inciso 176 de la presente sección. Aquí, la Sala V, haciendo caso omiso de esa contradicción, se limita a afirmar cuál es su propio criterio y a fundar su decisión en él.

189. “Que por último y respecto a los decretos n° 1255/05 y 1126 el proveyente comparte en su totalidad a lo expuesto (sic) por la Sala IV de la causa ‘Incristi, Domingo Horacio...”¹⁰²⁰

Una vez más se utiliza el verbo “compartir” para traer a colación la doctrina de un precedente de otra sala, lo cual se contrapone al reconocimiento de una doctrina del precedente horizontal obligatorio.

¹⁰¹⁸ CNACAF, Sala V, “Alfajores Jorgito S.A. c/EN – AFIP DGI Ley 24073 s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 2133/2002, sentencia del 5 de febrero de 2008, considerando IV.

¹⁰¹⁹ CNACAF, Sala V, “Montero Fernando Alfredo y otro c/EN – M° Defensa – Ejército Argentino – Dto. 628/92 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 9631/2005, sentencia del 12 de febrero de 2008, considerando IV.

¹⁰²⁰ CNACAF, Sala V, “Pérez Rosa Beatriz c/EN – M° Interior – PFA – Dto. 103/02 2744/93 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 12713/2005, sentencia del 21 de febrero de 2008, del voto del Dr. Gallegos Fedriani.

190. “Que esta interpretación de las normas federales en juego efectuada por esta Sala en la causa ‘Flores’ ha quedado firme como consecuencia del rechazo del recurso extraordinario interpuesto por la demandada (...) En estas condiciones no advierte el suscripto motivo alguno para modificar el temperamento hasta ahora sostenido en estos casos, que por lo demás es aceptado por las distintas Salas del fuero...”¹⁰²¹

La Sala V aplica, en esta sentencia, un razonamiento muy utilizado por otras salas (como la III y la IV), en virtud del cual podrían invocarse ciertos argumentos o motivos que justificaran un apartamiento del precedente.

Aquí, el magistrado no advierte que esos motivos existan y en virtud de ello decide seguir el “temperamento” de su sala, manifestado en el precedente invocado. Al pasar, y hacia el final de la sentencia, menciona que ese temperamento es también el que aplican las demás salas. Es evidente que el vocabulario y la relevancia que giran en torno al precedente horizontal son consecuentes con la negación de su obligatoriedad.

191. “Que en cuanto al fondo del sub lite me remito a la jurisprudencia sentada por la Sala II de esta Cámara en autos ‘Walzen Suisse SA c/PEN AFIP Ley 24073 s/proceso de conocimiento’ del 28/10/2008, criterio que comparto y hago mío; agregando copia del mismo como parte integrante del presente.”¹⁰²²

En este caso, el magistrado utiliza el verbo “compartir” para invocar el criterio de un precedente de otra sala. Ya se ha visto en repetidas oportunidades que esto es un indicio lingüístico de que ese precedente no se considera obligatorio, pero aquí particularmente esa percepción se refuerza con la expresión “hago mío”, como si el criterio perteneciera a la otra sala y él tuviera que hacerlo propio para aplicarlo al caso que está resolviendo.

192. “Por otra parte, corresponde señalar que si bien el recurrente alega la existencia de ‘divergencia jurisprudencial’ como causal para eximirse de las costas, tal fundamento no puede ser atendido.

En efecto, de las constancias de autos surge que dicha parte sólo había citado, al interponer la demanda, dos precedentes de Sala II del año 2007 que consideraba favorables a su postura. Sin embargo, dicha jurisprudencia —citada por el actor— ya había sido modificada en 2009 con una nueva integración de dicha Sala (Sala II, in re ‘Alba Compañía Argentina de Seguros SA (TF 14376-A) c/DGA’ del 5/11/2009). Es

¹⁰²¹ CNACAF, Sala V, “Fariás de Rodríguez Rosa Marcelina c/EN – M° Interior – PFA – Dto. 1255/05 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 22702/2006, sentencia del 5 de febrero de 2009, considerando XIV del voto del Dr. Gallegos Fedriani.

¹⁰²² CNACAF, Sala V, “Arquimia S.A. c/E.N. – DGI – Ley 24073 s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 15012/2003, sentencia del 30 de abril de 2009, del voto del Dr. Gallegos Fedriani.

decir, que a la fecha de interposición de la presente demanda (16 de septiembre de 2010...), la jurisprudencia que el recurrente alega que había justificado a su parte a litigar ya había sido modificada en sentido contrario a su pretensión.

Al respecto, la Sala II del fuero, en noviembre de 2010 y con el objeto de resolver un recurso de inaplicabilidad de ley, expresó que ‘en punto al precedente de esta Sala que cita el recurrente debe destacarse —en primer lugar— que la integración del tribunal ha variado desde su dictado y que, en atención a la nueva postura mayoritaria, el planteo de la actora en causas análogas es desestimado con iguales fundamentos que la sentencia cuestionada (vid. Causa 3280/2009, ‘Alba’ del 5/11/2009), razón por la cual dicho precedente carece de actualidad a los fines indicados (Sala II, in re ‘Spicer Ejes Pesados SA (TF 23527-A) c/DGA’ del 16/11/2010). Por consiguiente, la actora no puede justificar su postura en la existencia de un precedente aislado, que ni siquiera era representativo de la jurisprudencia del fuero existente al tiempo en que dedujo su demanda.’¹⁰²³

Este caso merece muchas reflexiones. En primer lugar, puede observarse la práctica de la cámara (a la cual se ha hecho referencia en la sección 5.E.v) de imponer las costas en el orden causado cuando existieran precedentes contradictorios de diversas salas. Si bien en este caso concreto dicho principio no se aplicó —porque la sala consideró que la contradicción no existía— ya se ha visto que se trata de un principio común y, en efecto, la parte lo invoca como tal.

El hecho de aplicar costas en el orden causado en casos de contradicción entre salas implica, como también se explicó oportunamente¹⁰²⁴, que la contradicción es naturalizada y que la modificación del régimen de costas se considera suficiente para paliar las desventajas que tal contradicción hubiera podido ocasionar.

En segundo lugar, queda de manifiesto que la jurisprudencia de la sala se modifica (o tiende a modificarse) con cada cambio de integración: el cambio de personal de una sala es causa de modificación del precedente de esa sala y, como se ve, para los jueces es natural que así sea. Esto es una prueba más de que los jueces no se consideran obligados por el precedente horizontal, pero, además, es absolutamente cuestionable desde el punto de vista de la legitimidad de una decisión que se funda únicamente en las personas físicas que circunstancialmente integran el tribunal. En relación con esto, puede verse la sección 4.A del capítulo VI.

¹⁰²³ CNACAF, Sala V, “RAN Industrias Químicas SA c/EN – DGA – Resol. 5850/10 s/Dirección General de Aduanas”, Expediente N° 29326/2010, sentencia del 25 de octubre de 2010, considerando IV.2.

¹⁰²⁴ Capítulo IV, §5.E.v.

En tercer lugar, la decisión de la Sala V invita a la siguiente reflexión —en línea con todo lo que esta tesis pretende mostrar y afirmar—: Por un lado, la Sala V alega que el actor no podía justificar su postura en un precedente que no era representativo de la jurisprudencia del fuero, pero, por otro, justifica que un mero cambio de integración de una Sala puede originar un cambio de precedente. Entonces, ¿es ilógico que la parte inicie un juicio inspirada en la posibilidad de que un cambio de integración le dé la razón o de que le toque en suerte una sala que decida a su favor tal como lo hizo la Sala II en su oportunidad? Más aún, ¿habrá “RAN” —el actor en este juicio— conocido realmente el precedente de la nueva integración de la Sala II, dictado en noviembre de 2009, cuando inició su acción en 2010, si se tienen en cuenta las deficiencias de publicidad de las sentencias de cámara¹⁰²⁵? Ya se ha visto que, en muchos casos, los recursos de inaplicabilidad de ley son desestimados porque la parte no conoció a tiempo el precedente que debía invocar para evitar la contradicción.

Está claro que esos “precedentes aislados” —como los denomina la Sala V— que la Sala II dictó en el año 2007, efectivamente generaron expectativas reales no solo para “RAN”, sino también en “Spicer Ejes Pesados SA”, quien interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra la sentencia que falló en su contra y desconocía esos precedentes.

La denominación “precedente aislado” no es casual y parece reforzar la tendencia a tener una mayor consideración al conjunto de precedentes que al precedente individual¹⁰²⁶ (aunque, claro está, esa mayor consideración no se traduce en reconocimiento de obligatoriedad).

Por último, a partir del relato de la Sala V es posible concluir que aquel recurso de inaplicabilidad que interpuso “Spicer” fue denegado por la Sala II, teniendo en cuenta que la integración del tribunal varió y, con ello, sus precedentes.

¹⁰²⁵ Sobre esto, puede verse este capítulo, §4.B.

¹⁰²⁶ En efecto, en varias oportunidades las salas hacen referencia, por contraste, a jurisprudencia “conforme”, “uniforme”, “pacífica” o “reiterada”. Véanse, por ejemplo, CNACAF, Sala I, “De Simone, V. c/Estado Nacional s/Modificación Retiro Policial”, Expediente n° 928, sentencia del 9 de mayo de 1978, del voto del Dr. Pico; CNACAF, Sala II, “Compañía Argentina de Caucho SA s/recurso de apelación – Impuesto al Valor Agregado”, Expediente n° 12664, sentencia del 30/10/86, considerando 5°; CNACAF, Sala IV, “Mariscal Jorge Raúl y otros c/Estado Nacional (Fuerza Aérea) s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 4224/96, sentencia del 3 de marzo de 2000; CNACAF, Sala IV, “Cartea Roberto Gregorio c/Estado Nacional – M° del Interior s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, Expediente N° 18140/95, sentencia del 13 de julio de 2000; CNACAF, Sala IV, “Dirección Nacional de Vialidad c/Fabris Andrés s/expropiación – servidumbre administrativa”, Expediente N° 42768/95, sentencia del 3 de agosto de 2000; CNACAF, Sala IV, “Campos Juan Pedro y otros c/EN – M° de Defensa s/personal militar y civil”, Expediente N° 24662/98, sentencia del 8 de agosto de 2000; CNACAF, Sala V, “Arana Pildain Pedro María y otro c/EN – Ley 24241 DNM-S s/empleo público”, Expediente N° 29058/2007, sentencia del 16 de julio de 2015; CNACAF, Sala V, “Femesa c/Intrusos y/o Ocupág. Girardot 253 y via Fecc. S.M. s/lanzamiento ley 17.091”, Expediente N° 30123/95, sentencia del 25 de septiembre de 1995 (“tendencia jurisprudencial imperante”); CNACAF, Sala V, “Mega Andrés Alberto y otros c/Estado Nacional – Ministerio de Justicia s/Empleo Público”, Expediente N° 17623/92, sentencia del 25 de marzo de 1998.

Piénsese, entonces, cuántas causas judiciales se habrían evitado, cuánto más se hubiera protegido la seguridad jurídica y la eficiencia jurisdiccional si la Sala II, antes de dictar un precedente que modificara “Alba Compañía”, hubiese convocado al pleno para que este resolviera de una y vez y por todas cuál era la doctrina jurídica que seguirían todas las salas en adelante.

En casos como estos quedan de manifiesto las grandes desventajas y perjuicios que ocasiona la falta de obligatoriedad horizontal del precedente y la ineficiencia de los mecanismos existentes para uniformar una contradicción que es normalizada tanto por los magistrados como por las partes. En efecto, si la contradicción no fuera naturalizada también por la parte, los párrafos de la Sala V deberían referirse a cómo debe resolverse el fondo de la cuestión, y no a cómo deben ordenarse las costas.

193. “Esta Sala ha dicho reiteradamente que ‘a los efectos de la inapelabilidad por el monto del proceso, se debe tomar en cuenta la cuantía inicial de la pretensión...’ (...) En ese entendimiento, teniendo en cuenta el criterio habitual de esta Sala, razones de igualdad aconsejan declarar mal concedido el recurso.”¹⁰²⁷

Curiosamente, la Sala invoca sus precedentes referidos al cómputo del monto mínimo para que sea admisible el recurso de apelación y decide aplicarlos por considerar que, de no hacerlo, se estaría vulnerando el principio de igualdad. Es decir, la Sala V, en este caso concreto, está reconociendo expresamente que aplicar criterios disímiles para situaciones semejantes vulnera la igualdad. Sin embargo, no es este razonamiento el que suele utilizar la cámara, como dan cuenta las centenas de sentencias transcritas a lo largo de esta sección.

En el inciso siguiente puede verse claramente como se desconoce la igualdad como valor de protección ante sentencias contradictorias, lo que demuestra, una vez más, la inconsistencia en los criterios de las salas.

B. Referencias explícitas

194. “Que el recurrente sostiene que existe contradicción entre dicha sentencia y la recaída in re “Estado Nacional (A.N.A.) c/DUMPEX S.A. s/ejecución fiscal” – expte. N° 10.302 (fallo de la Sala III, del 10 de octubre de 1985), precedente éste que —expresa— no pudo invocar en la oportunidad señalada por la ley adjetiva por haber tenido conocimiento de él con posterioridad al pronunciamiento de fs. 42/43.

¹⁰²⁷ CNACAF, Sala V, “Guinzburg Jorge Ariel c/EN – DGI Resol. 308/05 s/Dirección General Impositiva”, Expediente N° 10611/2006, sentencia del 15 de diciembre de 2011.

Que la circunstancia señalada empece a la procedencia formal del recurso, toda vez que el artículo 288 del código procesal impone como requisito necesario para su admisibilidad, que el precedente se invoque con antelación a la sentencia, pues de tal modo el Tribunal tiene oportunidad de confrontar su criterio con la doctrina antecedente y resolver, así, la conveniencia de mantener sus convicciones y, con ello, la disparidad de interpretación y aplicación de la ley, o resolver la desigualdad jurídica que para los justiciables resulta de la diversidad de soluciones en el juzgamiento de casos análogos...”¹⁰²⁸.

En este caso no solo queda en evidencia la actitud restrictiva hacia el recurso de inaplicabilidad de ley (que fue mencionada ya en varias oportunidades en la sección anterior), sino que también se explicita cuál es la concepción que los jueces poseen de la finalidad de aquel recurso y de la fuerza del precedente horizontal.

Se interpreta que el requisito de invocación del precedente con anterioridad al dictado de la sentencia se funda en que la sala pueda elegir libremente entre dos posibilidades: (i) mantener sus convicciones o (ii) resolver la desigualdad jurídica. Asociar el requisito a esta doble opción es una mera interpretación que no surge del texto mismo de la ley¹⁰²⁹ y que tiene grandes implicancias para la hipótesis que plantea esta tesis.

En primer lugar, la misma Sala reconoce que se produce una desigualdad jurídica siempre que exista diversidad de soluciones en casos análogos. Sin embargo, acto seguido, admite que el tribunal puede elegir libremente mantener esa desigualdad jurídica siempre que prefiera mantener sus convicciones.

Por otro lado, elegir aquello último, admitiendo expresamente que eso trae consigo una disparidad en la interpretación y aplicación de la ley, significa hacer caso omiso de la desigualdad y demuestra que, para la sala, el precedente dictado por otra en un caso análogo no es de seguimiento obligatorio. Por el contrario, basta con confrontarlo con el criterio propio y decidir si, a juicio del tribunal, es conveniente —el único parámetro es la conveniencia— mantener las propias convicciones.

El cotejo de las dos opciones parece inverosímil, pues implica que los jueces puedan elegir mantener sus convicciones por encima de evitar una desigualdad jurídica. Más aún, sería precisamente la posibilidad de elegir eso la razón de ser de la obligación, a cargo de la parte, de invocar el precedente con anterioridad al dictado de la sentencia.

Las afirmaciones transcriptas, lamentablemente, se repiten textualmente en diversas sentencias, a las que cabe aplicarles el análisis que se desarrolló en estos párrafos: CNACAF,

¹⁰²⁸ CNACAF, Sala II, “Estado Nacional (A.N.A.) c/DUMPEX S.A. s/Ejecución Fiscal”, Expediente n° 10303, sentencia del 31 de marzo de 1986, considerandos II y III.

¹⁰²⁹ Artículo 288 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sala I, “Ricardo Almar e Hijos S.A. c/Administración Nacional de Aduanas”, Expediente n° 12050, sentencia del 12 de febrero de 1987; CNACAF, Sala I, “Safrar Sociedad Anónima Franco Argentina de Automotores Industrial y Financiera y otros c/Fisco Nacional s/demanda contenciosa”, Expediente n° 10627, sentencia del 10 de marzo de 1987; CNACAF, Sala I, “Short Raúl c/Consejo Nacional de Educación Técnica s/recurso de amparo por mora”, Expediente n° 18404, sentencia del 27 de abril de 1989.

195. “En cuanto a la causa ‘Correa’ que menciona la recurrente, independientemente de que no obligarían [sic] a esta Sala, de ser análoga a la de estos autos, justamente nada tiene que ver con el sub judice de acuerdo a lo que se desprende de las sentencias de primera y segunda instancia glosadas en fotocopias a estos actuados. Ello así por ser la cuestión fáctica totalmente distinta; se trata de un coronel no reparado y que sólo solicita un grado más del que ostentaba en retiro. Por otra parte no surge en momento alguno que se le habría denegado su petición [...] Tampoco para el hipotético caso de que en aquellos autos se hubiere considerado que no eran discrecionales las facultades del Poder Ejecutivo en la aplicación de dicho artículo e inciso y, en estos autos así se lo considera, no estaría afectado el derecho de igualdad, según lo imputado por la recurrente, porque para que exista esa violación, de acuerdo a reiterada doctrina de la C.S.J., resulta necesario que ello surja del mismo texto de la ley aplicable, lo que no se da en este caso”¹⁰³⁰.

Como se desprende de la transcripción efectuada, el recurrente habría invocado un fallo que se presume sería de la misma cámara de apelaciones —ya que se menciona la agregación de las sentencias de primera y segunda instancia de ese caso—.

Siguiendo el hilo de razonamiento, se puede inducir que la invocación de ese precedente se realizó para resaltar que, si en el caso la Sala II no resolviera de igual modo, se vulneraría la igualdad del recurrente.

A ello, la Sala respondió, fundamentalmente, haciendo una distinción entre la plataforma fáctica del precedente invocado y la del caso a resolver —lo que en el *common law* se conoce como *distinguishing*¹⁰³¹—. Esa distinción es el argumento en el cual los jueces parecen fundar la negativa a seguir el precedente en este caso. Sin embargo, es lo que dicen entre líneas lo que más interesa a los fines de esta tesis: en primer lugar, la Sala explicita que, aun cuando los casos fuesen análogos, no la obligarían. En segundo lugar, manifestó que la diferente interpretación de una norma por parte de dos Salas no vulneraría el “derecho a la igualdad”, pues este se vería comprometido solo en los casos en los que la desigualdad surge de la norma.

¹⁰³⁰ CNACAF, Sala II, “Godínez, Mariano Marcos c/ E.N. (M° de Defensa de la Nación) s/ordinario”, Expediente n° 18256, sentencia del 30 de mayo de 1989.

¹⁰³¹ La técnica del *distinguishing* fue abordada en el capítulo I, §3.A de la presente tesis.

De esta manera, la Sala dejó en evidencia que no se considera obligada a seguir el precedente dictado por otra sala, aunque se tratara de supuestos análogos y que no considera que la contradicción entre salas afecte la garantía de igualdad.

196. “Sin perjuicio de lo expuesto, es menester aclarar que la jurisprudencia de la Sala III que cita el recurrente en apoyo de su postura no resulta de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores, por lo que el magistrado está facultado a apartarse, a su juicio, del criterio que surge de los precedentes invocados”¹⁰³².

En este caso se hace referencia al precedente vertical de la cámara, al cual se lo priva de obligatoriedad —en el entendimiento de que los juzgados de primera instancia no estarían obligados a fallar del mismo modo en que lo ha hecho la cámara en casos similares—. Sin embargo, indirectamente esta afirmación se proyecta sobre la obligatoriedad horizontal del precedente, pues si este voto de Herrera hubiese sido mayoritario, la Sala II habría confirmado la sentencia de primera instancia que se apartaba del precedente de la sala III, apartándose ella también del precedente de su Sala hermana. Es decir que, para esta magistrada, una sala tendría total libertad de apartarse del precedente de otra.

197. “... la pretensión de hacer valer la solución adoptada en una causa —a su parecer análoga—por otra Sala del Fuero no puede ser acogida pues atenta contra el principio de libertad de criterio del que gozan los jueces, que debe ser resguardado y tutelado (conf. esta Sala, in re: “Coronel, Oscar Euclides y otro c/E.N. – M° Justicia – S.S.I. – G.N. y otros s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”, del 25/2/2014)”¹⁰³³.

No hay mucho que agregar aquí: la sala manifiestamente se aparta del precedente de otra sala (en este caso, era de la V), a pesar incluso de que el precedente había sido expresamente invocado por la parte a favor de su petición. Lo hace, simplemente, en el entendimiento de que pretender aplicar el precedente de una sala de la cámara en un caso análogo es atentar contra la libertad de criterio y que ese libre criterio de los jueces debe ser resguardado y tutelado.

198. “En cuanto a la pretensión de hacer valer la solución adoptada en otras causas que se predica resultarían análogas a la sub examine, la misma no puede ser acogida, pues atenta contra el principio de libertad de criterio del que gozan los jueces, que debe ser resguardado y tutelado (conf. esta Sala, in rebus ‘Coronel, Oscar Euclides y otro c/E.N. – M° Justicia – S.S.I. – G.N. y otros s/personal militar y civil de las FF.AA. y de

¹⁰³² CNACAF, Sala II, “Ciaffone, Gerardo S.A. c/E.N. (M° de Relaciones Exteriores y Culto) s/cobro de australes, Expediente n° 23404, sentencia del 1 de febrero de 1993, disidencia de Herrera.

¹⁰³³ CNACAF, Sala II, “Administración Baigún c/D.N.C.I. – Dispág. 118/13 – Ex. S01:334.471/11”, Expediente. n° 35159/2013, sentencia del 12/06/2014, considerando xv, inciso iv. El destacado no pertenece al original.

Seg.’, del 25/2/2014) y ‘Administración Baigún c/D.N.C.I. – Disp. 118/13 – Ex. S01:334.471/11, expte. n° 35159/2013’, sentencia del 12/06/2014)”¹⁰³⁴.

Aquí sucede lo mismo que en el caso anterior y, en efecto, aquel es citado como sustento de la doctrina según la cual pretender que se aplique el precedente es contrario a la libertad de juicio.

199. “En cuanto al precedente que invoca la demandada, la solución dada por una de las Salas de la Cámara no resulta de aplicación obligatoria a las otras, en tanto no se trata de doctrina adoptada en pleno”¹⁰³⁵.

La afirmación de la Sala es clara: el precedente dictado por otra Sala, incluso tenido en cuenta e invocado por una de las partes, no la obliga pues no es un fallo plenario. En otras palabras, el precedente horizontal no es obligatorio, afirma la Sala III en este caso; solo el fallo plenario goza de tal obligatoriedad.

200. “Al contestar los agravios dice la actora que la cuestión debatida es objeto de allanamiento en la actualidad, ya que el tema ha sido ventilado ante esta Cámara y ante la Corte Suprema (in re ‘De la Vega’ del 8-VI-1982). Agrega que existen ya fallos en todas las Salas que acuerdan el beneficio, por el mismo camino interpretativo que efectúa el sentenciante (...) He tenido a la vista los fallos citados por el demandante y otros resueltos en el mismo sentido —aunque con fundamento en los fallos originarios— y a pesar del respeto que me merecen los argumentos aportados, me apartaré de las soluciones que dichos fallos determinan”¹⁰³⁶.

El magistrado, en este caso, reconoce que existen precedentes no solo de la Corte Suprema, sino también de todas las salas de la Cámara. Sin embargo, fundado únicamente en que su opinión personal es contraria a los argumentos de esos precedentes, decide apartarse de ellos. La concepción de precedente que subyace aquí es, como se desprende de sus palabras, un precedente cuyos argumentos simplemente merecen respeto, pero que no lo obliga a decidir de una forma u otra (aun cuando la solución contraria a la que propone sea unánime en todo el tribunal y también en la instancia superior).

Es este un claro ejemplo de que, en la mayoría de los casos, el parámetro más importante para decidir en uno u otro sentido no es el reconocimiento de una fuerza propia al precedente

¹⁰³⁴ CNACAF, Sala II, “Lagomarsino, Alicia Susana y otro c/E.N. – INTI – Dispág. 209/04 y otro s/empleo público”, Expediente n° 26134/2005, sentencia del 2 de mayo de 2017.

¹⁰³⁵ CNACAF, Sala III, “Tasca, José Antonio y otros c/B.C.R.A. s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 28113/1995, sentencia del 17 de diciembre de 2002.

¹⁰³⁶ CNACAF, Sala IV, “Ramírez, Fortunato c/Gobierno de la Nación (Ministerio de Defensa Nacional – Cdo. en Jefe del Ejército) s/ordinario”, Expediente N° 8564, sentencia del 30 de mayo de 1985. De la disidencia del Dr. Hutchinson, vocal preopinante.

ni la persuasión que provocan sus argumentos, sino la opinión personal, el criterio jurídico de cada juez.

En esta oportunidad, el juez que se apartaba del precedente quedó en disidencia y se convirtió en minoría, pues los otros dos jueces de la Sala votaron en contra: algo que, se asume, no podía preverse con absoluta seguridad cuando el magistrado expidió esta opinión, pues se trataba del vocal preopinante. Por lo tanto, y como se vio en varios casos a lo largo de este capítulo, una integración circunstancialmente diversa de la Sala podría haber modificado el resultado. Pero aun cuando el magistrado hubiese sabido que su postura quedaría en minoría, la forma adecuada de dejar sentada su opinión personal, contraria a los múltiples precedentes, habría sido adherir igualmente a ellos y manifestar que su opinión era diversa.

201. “En relación a la afirmación que no causa agravio a la demandada, por existir, presuntamente, sentencias firmes en su contra, carece totalmente de asidero la queja de la accionante (...) Por otra parte, la existencia de fallos consentidos y firmes que estén en contra de su posición en manera alguna la obligan de desistir en el reclamo de lo que cree son sus derechos, ni obstan a este Tribunal a decidir conforme a derecho. Si la existencia de fallos firmes en un sentido obligara a los otros Tribunales, sería una institución inútil el recurso de inaplicabilidad de ley”¹⁰³⁷.

Con sus palabras, el juez afirma que el recurso de inaplicabilidad existe precisamente porque el precedente horizontal no es obligatorio. Es esta una hipótesis que se ha planteado a lo largo de esta tesis, llegando a la conclusión de que, ciertamente, en el ordenamiento jurídico argentino el precedente horizontal no fue concebido como obligatorio por el legislador, quien sin embargo previó el recurso de inaplicabilidad como paliativo para la parte que se viera perjudicada por la contradicción.

No obstante, el análisis de la aplicación práctica de ese recurso, así como la consideración general en torno a la solución que nuestro ordenamiento jurídico procesal brinda al problema de la uniformidad de la jurisprudencia, ha demostrado que no es suficiente para proteger adecuadamente la seguridad jurídica y la garantía de igualdad.

En base a esa crítica, esta tesis postula, precisamente, la hipótesis de que el precedente horizontal debería ser considerado obligatorio y que el recurso de inaplicabilidad debería convertirse, luego de las modificaciones necesarias que eviten el formalismo excesivo que lo rodea, en un remedio viable cuando tal obligatoriedad no fuera respetada. Es respecto de esto último, entonces, que cabe hacer una aclaración sobre un error contenido en la última afirmación que el magistrado realiza en esta sentencia. No es cierto que si la existencia de

¹⁰³⁷ CNACAF, Sala IV, “Tobeline, Faustino c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa y Armada de la Repág. Arg.)s/reajuste pensión militar”, Expediente N° 11726, sentencia del 7 de octubre de 1986, del voto del Dr. Hutchinson.

fallos firmes de una sala obligara a las demás salas el recurso de inaplicabilidad sería una institución inútil. Por el contrario, como se afirmó en esta tesis, si las salas se vieran obligadas por los precedentes de las demás, el recurso de inaplicabilidad sería la institución que garantizase que esa obligación se cumpliera. Así, cuando una sala se apartare de lo que sostuvo otra en un caso análogo, el particular podría interponer ese recurso para que el pleno resuelva esa contradicción. Así es como funcionan, a grandes rasgos, el “derecho del circuito” y el procedimiento *en banc* en Estados Unidos¹⁰³⁸.

Más aún, como esta tesis ha dejado en evidencia, un recurso de inaplicabilidad que no se complementa con el reconocimiento de la obligatoriedad horizontal del precedente y que, además, se vea teñido de requisitos formales exagerados, como el nuestro, efectivamente se convierte en una institución inútil. Por cuanto los jueces, sin esa previa obligación de estar a lo decidido por salas que integran un único tribunal, cuentan con la libertad de decidir casos similares de un modo absolutamente desigual sin que el particular cuente con una herramienta procesal efectiva para impedirlo.

202. “Por último, en el recurso se aduce una violación del principio constitucional de igualdad, en tanto habría casos análogos que recibieron un tratamiento diferente. En tal sentido, invoca el precedente ‘Martínez Castro’ de la Sala I de esta Cámara (expediente N° 29022/2000, sentencia del 14/05/2002). Al respecto, debe recordarse que la desigualdad debe provenir del texto de la ley, y no de la interpretación que le hayan podido dar las autoridades encargadas de hacerla cumplir (Fallos 310:943; 330:3400). Por ello, la invocación de un precedente judicial, cuyo acierto o error no está al alcance de la revisión de este tribunal, carece de entidad para modificar la conclusión del juez de grado...”¹⁰³⁹.

La parte recurrente ha invocado, en contra de la sentencia de primera instancia, un precedente de la Sala I en el que se habría hecho lugar a una pretensión semejante a la suya en un caso similar. En caso de que no se hiciera lugar a su pretensión, dice, se estaría violando el principio de igualdad. Sin embargo, la Sala V resuelve que ese precedente de la Sala I no tiene entidad para modificar la decisión del juez de primera instancia y que la igualdad solo se vulneraría a partir de la norma y no de una interpretación divergente de ella. Este criterio, como se aprecia a partir de la cita, era el por entonces sostenido por la Corte Suprema de Justicia.

En este caso, la Sala V, al confirmar la sentencia de primera instancia, contradice expresamente el precedente de la otra sala y rechaza la vulneración a la igualdad jurídica que de ello se desprendería.

¹⁰³⁸ Véase capítulo III, §6.

¹⁰³⁹ CNACAF, Sala V, “Silenzi de Stagni José María c/EN – M° RREE CI y Culto Dto. 1872/04 s/empleo público”, Expediente N° 14344/2005, sentencia del 18 de febrero de 2014.

C. Síntesis

A continuación, se sintetizarán las particularidades en el tratamiento del precedente que fueron advertidas a lo largo del trabajo de campo y explicitadas en las dos secciones del apartado III.C. del presente capítulo. Junto a cada observación se realizará una breve descripción y se identificarán los incisos en que esa observación ha quedado de manifiesto.

a. **Uso de un lenguaje y una aplicación concreta del precedente incompatibles con el reconocimiento de obligatoriedad al precedente horizontal:** el uso de términos tales como “compartir”, “mantener” y “admitir” el precedente o el criterio que él desarrolla o “adherir” a él indica que los magistrados desconocen un deber jurídico de decidir tal como lo ha hecho la Cámara en casos similares anteriores. Lo mismo sucede con la indicación de que adoptar el precedente es “conveniente”, “aconsejable” o “prudente” o referirse a él como “pautas de interpretación” o algo que resulta “ilustrativo” o “parámetro de referencia”. Además, el uso habitual de expresiones como “tengo para mí” o “a mi juicio” también ejemplifican lo que se viene afirmando, así como la habitualidad con que los jueces deciden “hacer propio” el criterio del precedente.

Finalmente, también cabe encuadrar aquí aquellos casos en donde los magistrados expresamente indican que los precedentes dictados por otras salas no los obligan.

Como ejemplos de lo afirmado, pueden verse los incisos 7, 8, 11, 24, 25, 29, 33, 35, 43, 44, 49, 52, 54, 58, 65, 66, 71, 73, 74, 76, 78, 81, 83, 86, 88, 92, 95, 99, 104, 107, 113, 130, 133, 137, 148, 150, 152, 155, 156, 161, 163, 166, 170, 171, 173, 175, 176, 180, 185, 189, 190, 191, 192, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202.

b. **Pasividad frente a la contradicción:** son múltiples los casos en los que la Sala admite la existencia previa de contradicción o contradice expresamente, a través de la sentencia que está dictando, un precedente horizontal sin que ello inspire reacción alguna tendiente a alcanzar la uniformidad.

El uso de la facultad de autoconvocar la cámara a pleno para evitar o resolver una contradicción es absolutamente excepcional (véase el ejemplo del inciso 19 *in fine*). En efecto, la contradicción entre salas es naturalizada y mantenida.

En algunos casos, el apartamiento de un precedente horizontal se produce sin siquiera dar fundamento de ello o, en otros casos, con fundamentos incompatibles con el reconocimiento de obligatoriedad (como, verbigracia, que el precedente aún no se encontraba firme, pues estaba pendiente recurso frente a la Corte Suprema).

Está claro que prevalece, para los jueces, una presunta libertad de criterio que los habilita a resolver casos análogos de formas contradictorias.

Para ejemplificarlo, cabe remitirse a los incisos 1, 5, 6, 18, 30, 34, 37, 39, 40, 41, 42, 51, 59, 60, 68, 84, 91, 93, 100, 103, 110, 123, 125, 131, 138, 159, 160, 162, 186, 188

c. **El factor humano como factor determinante de la modificación del precedente:** son repetidos los casos en que los magistrados consideran necesario indicar que el precedente fue dictado por otra integración (y, a veces, lo citan “a pesar de ello”), como si el cambio de integración modificara en algo la valía del precedente. Esta concepción, según la cual las personas físicas definen el curso de la jurisprudencia, tiene profundas raíces en nuestro sistema jurídico. En efecto, ya se manifestaba en comentarios al Código Civil de fines del siglo XIX, en los que se afirmaba que para que la jurisprudencia adquiriera fuerza y valor debía superar, entre otros factores, el cambio de personal¹⁰⁴⁰.

En la práctica de la CNACAF, la aclaración explícita de que el precedente pertenece a otra integración o que el magistrado no ha participado en su dictado refleja la prevalencia que se le otorga al factor humano por encima del órgano, dado que, si el precedente fuera atribuido al órgano, nada aportaría la indicación expresa de quiénes eran los integrantes de ese órgano cuando aquel fue dictado.

A su vez, se han dado casos en los que la integración circunstancial de una sala —por vacancia de una de sus vocalías u otros motivos— ha significado un cambio de precedente.

La modificación del precedente a partir de cambios de integración es contraria a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha afirmado que frente a situaciones sustancialmente idénticas los justiciables tienen legítimo derecho a esperar que las decisiones judiciales tengan continuidad y correspondencia con la jurisprudencia existente, aun frente a ocasionales modificaciones en la integración del órgano jurisdiccional¹⁰⁴¹ y que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional, sin que resulte por ende admisible que dos sentencias emanadas del mismo tribunal resuelvan la

¹⁰⁴⁰ “Se comete generalmente un error al creer que la jurisprudencia de los tribunales la forman una o varias decisiones conformes; este error ha llevado a nuestros tribunales hasta querer privar a los jueces de su libre facultad de interpretar la ley al aplicarla. Buscando la armonía y la uniformidad de las decisiones, se quiere paralizar el desenvolvimiento del derecho. No hay duda que merecen mucho respeto las decisiones de los tribunales de una nación; pero no deben considerarse como una regla superior que encadene y se imponga al espíritu de los demás jueces [...] Por eso la jurisprudencia de los tribunales, para que tenga fuerza, necesita de los elementos del tiempo, del cambio de personal, de la semejanza de los casos y de su número. Los tribunales, por alto que sean, no pueden encadenar el porvenir pretendiendo fijar con sus decisiones las reglas a que deben ajustarse los casos que le sucederán. Sería pretender la infalibilidad. Así es que consideramos las decisiones de los tribunales como elementos de interpretación que deben aplicarse con suma prudencia, y solo cuando hay uniformidad en un lapso más o menos largo, que permita el cambio en el personal de los tribunales, se les debe considerar como una interpretación semejante a la doctrinal”. Machado, José O., *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. I, Buenos Aires, 1898, págs. 50-51 (comentario al artículo 16 del Código Civil).

¹⁰⁴¹ *Fallos*, 183:409; 212:325; 323:555.

cuestión de modo diverso, aunque hayan cambiado sus integrantes”, si no medió circunstancia sobreviviente o que no hubiese podido ser apreciada en el fallo anterior¹⁰⁴².

Para ejemplos de lo mencionado, véanse los incisos 2, 22, 27, 28, 33, 42, 43, 50, 56, 70, 75, 76, 79, 89, 94, 102, 120, 126, 132, 135, 150, 157, 178, 187.

d. Cita de precedentes “a mayor abundamiento”: mientras que en un sistema en el que el precedente fuera obligatorio, su existencia y su aplicación serían lo primero que el tribunal debería cotejar al momento de decidir, la CNACAF, en su jurisprudencia, solo le otorga un papel secundario.

Vulgarmente, la expresión “*obiter dicta*” se traduce al español como “dicho sea de paso”¹⁰⁴³. Lo que se dice de paso, hacia el final, una vez tomada la decisión, sin duda no es considerado suficientemente relevante o de gran importancia y, mucho menos, obligatorio. De allí que cada vez que los magistrados citan “a mayor abundamiento” un precedente propio o de otra sala en un caso análogo, están implícitamente desconociendo su obligatoriedad y quitándole importancia en la decisión contenida en esa sentencia.

Es interesante destacar la radical diferencia en el uso de “a mayor abundamiento” en la variedad funcional del lenguaje (tecnolecto jurídico) y en la variedad estándar. Mientras en esta última, se trata de un conector que da más fuerza al argumento al que precede, respecto de otros, en el lenguaje jurídico la expresión tiene la particularidad de significar algo que abunda, que no es necesario (por contraposición a contingente)¹⁰⁴⁴. A su vez, muchas veces la confusión en el uso de la expresión “a mayor abundamiento” se da entre los propios funcionarios judiciales; tal como muestran los estudios especializados al respecto, muchos de ellos desconocen que se trata de un conector con un significado preciso y unívoco y una función específica: introducir un argumento no decisivo o sobreabundante¹⁰⁴⁵.

Es difícil determinar si el uso de la expresión por parte de los funcionarios de la CNACAF responde al significado específico que ella tiene en el ámbito jurídico. Parecería que así fuera, por cuanto en ocasiones es reemplazada por la expresión “por lo demás” o “para finalizar”, que indicaría algo que abunda. Si, por el contrario, los jueces le otorgaran a la expresión el

¹⁰⁴² *Fallos*, 273:312 y 301:762. Se volverá sobre esto en el capítulo VI, en relación a los factores que ocasionan cambios en la jurisprudencia.

¹⁰⁴³ Cfr. Cucatto, Mariana, “El rol de la Suprema Corte de Justicia en la normalización lingüística: el caso de las unidades terminológicas *a mayor abundamiento – obiter dictum*”, en *Anais do XVII Congresso Internaiconal de ALFAL*, Brasil, Centro de Ciências Humanas e Letras Universidade Federal da Paraíba, 2014, págs. 2486-2496, disponible en: <http://www.mundoalfal.org/CDAnaisXVII/trabalhos/R0734-1.pdf>, última visita el 27 de septiembre de 2018.

¹⁰⁴⁴ Para un análisis detallado del uso de la expresión “a mayor abundamiento” en el lenguaje jurídico, puede verse Cucatto, Mariana, “El lenguaje jurídico y su ‘desconexión’ con el lector especialista. El caso de *a mayor abundamiento*”, *Letras de Hoje*, 2013, pág. 131.

¹⁰⁴⁵ Ídem, pág. 136. El trabajo citado Brinda ejemplos concretos de funcionarios judiciales que, al ser encuestados, manifestaron utilizar la expresión para reforzar la línea argumentativa que se venía sosteniendo o incluso para introducir un argumento de mayor valía o fuerza de convicción.

uso estándar, ello evidenciaría que no están familiarizados con el lenguaje jurídico técnico que, en este caso, tiene íntima relación con la doctrina del precedente.

En la práctica analizada de la CNACAF, se observa que, habitualmente, la Sala manifiesta su decisión y los argumentos o fundamentos que la han llevado a ella, y solo en el último párrafo indica (utilizando frecuentemente expresiones como “a mayor abundamiento” o “por lo demás”) que esa decisión coincide con la que han brindado otros precedentes.

Se hallarán ejemplos de esto en los incisos 3, 21, 45, 46, 47, 48, 55, 57, 69, 73, 80, 85, 87, 88, 99, 111, 143, 149, 177, 179.

e. **Adhesión o apartamiento del precedente según este se comparta o no:** otra de las características de la CNACAF en la aplicación del precedente es la indicación expresa, en el caso en que este es seguido, de que aquel (o sus fundamentos, criterios o “línea de pensamiento”) son compartidos. Por el contrario, en ocasiones el precedente es dejado de lado, porque los magistrados, tal como manifiestan, no lo comparten.

Esto deja en evidencia que el precedente no es invocado por su autoridad, sino por los criterios jurídicos que en él se desarrollan. Esto es lo opuesto a lo que sucede en los sistemas que reconocen obligatoriedad al precedente, en los que es indiferente si el juez que resuelve el caso presente está de acuerdo o no con la solución o los fundamentos que el precedente contiene.

Como ejemplos de esta práctica, pueden verse los incisos 4, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 17, 26, 27, 31, 32, 37, 38, 41, 53, 61, 64, 67, 68, 78, 85, 90, 92, 95, 100, 107, 122, 123, 137, 144, 145, 146, 165, 171, 189, 191.

f. **Interpretación restrictiva del recurso de inaplicabilidad de ley:** de acuerdo con lo que surge del trabajo de campo efectuado, el recurso de inaplicabilidad de ley fue generalmente interpretado de manera restrictiva, exigiendo los jueces rigurosamente el cumplimiento de los requisitos formales previstos en el Código Procesal e interpretando, en aquello en lo que el Código no era lo suficientemente claro, la admisibilidad desde una perspectiva formalista y condicionada.

Solo intersticialmente, hacia los inicios de cada una de las cámaras, la admisibilidad del recurso era flexibilizada en defensa de la seguridad jurídica.

La interpretación restrictiva del recurso de inaplicabilidad, que fue la que primó, refleja una despreocupación por la seguridad jurídica y por la eliminación de la contradicción entre salas.

Los incisos 16, 19, 23, 36, 96, 97, 98, 108, 127, 131, 147, 158, 181, 182, 183, 184, 195 son ejemplos de lo explicado.

g. **Imprecisión en el uso de las citas:** en algunas ocasiones, se hallaron errores o se apreció cierta imprecisión en la cita de precedentes. Por ejemplo, en algunos casos la Sala mencionaba que cierto criterio era el seguido por todas las salas para, a continuación, citar una sola de ellas. En otros casos, se indicaba que se habían resuelto causas sustancialmente análogas y esas causas no eran citadas.

Esta indiferencia en el uso y análisis de las citas y referencias a los precedentes es una señal de que el precedente no es el fundamento central sobre el que se apoya la decisión que la sentencia contiene y es, si se quisiera adoptar una doctrina del precedente, un aspecto a mejorar.

Se pueden ver casos que ejemplifican esta particularidad en los incisos 14, 62, 63, 65, 102, 114, 167.

h. **Variabilidad del precedente a partir de nuevos argumentos:** en un gran número de casos, las salas manifestaban su decisión de mantener el criterio del precedente en tanto y en cuanto no se habían aportado nuevos argumentos (fundamentos o elementos de juicio también eran expresiones utilizadas) que obligaran a dejarlos de lado.

A primera vista, esta parecería ser la aplicación de la regla que ha establecido la Corte Suprema respecto de la obligatoriedad vertical de sus propios precedentes: habría una obligación de seguirlos (principio general) a menos que existieran nuevos argumentos que no hubieran sido considerados por la Corte (excepción).

No obstante, es necesario señalar que la utilización de esta regla no es lo suficientemente genérica como para predicarla de la Cámara. Se trata simplemente de una fórmula que es circunstancialmente utilizada por ciertas integraciones de algunas salas. Además, la regla es imprecisa y demasiado abstracta por lo que, en su aplicación concreta, deja a discreción de los jueces el seguimiento o no del precedente lo que, en definitiva, se opone al reconocimiento de un deber jurídico de seguirlo.

Finalmente, su aplicación a casos en los que lo que se estaba aplicando era un plenario da cuenta de la falta de rigurosidad con la que la doctrina es empleada y, en consecuencia, contribuye a desecharla como una doctrina del precedente que la Cámara hubiese querido adoptar.

Ejemplos de esto se encuentran en los incisos 30, 52, 54, 61, 72, 84, 104, 106, 112, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 124, 128, 129, 134, 136, 139, 140, 141, 153, 154, 164, 174, 190.

i. **Distribución de costas por su orden como retribución frente a la contradicción:** ha quedado claro que la imposición de costas por su orden frente a los precedentes contradictorios de dos o más salas significa que los jueces aceptan como válida la existencia de esa contradicción y lo único que hacen al advertirla, lejos de unificar criterio o convocar al pleno, es distribuir las costas entre las partes.

Los incisos 119, 168, 169, 172, 192 dan cuenta de eso, sin perjuicio de que en la sección 5.E.v se han citado otros casos similares.

j. Dimensiones del precedente

En relación con las dimensiones del precedente analizadas en el capítulo I, podría decirse que el precedente en la CNACAF es:

(i) En su dimensión objetiva, no hay una precisa delimitación entre la *ratio* y el *obiter* cada vez que se cita un precedente. Si bien se utiliza terminología relacionada con el precedente y se identifica, en muchos casos, la cuestión planteada y su analogía con un caso anterior, lo cierto es que no se da en la Cámara una técnica de delimitación de la *ratio*, al estilo del *common law*. Más bien, se cita aquella parte del precedente que sirve a los propósitos del juez o que apoya su decisión, sin distinguir si esa cita corresponde o no a la *ratio* de ese precedente.

(ii) En su dimensión estructural, se observa una tendencia a reconocer valor a la jurisprudencia uniforme, reiterada, pacífica por sobre el precedente individual, al que a veces se lo califica de caso aislado con el objetivo de quitarle fuerza. Sin embargo, el reconocimiento de la jurisprudencia uniforme no es lo suficientemente homogéneo como para poder atribuirle ni obligatoriedad ni una fuerza persuasiva determinada. Tampoco hay un acuerdo sobre cuántos precedentes conformarían jurisprudencia uniforme o reiterada.

(iii) En cuanto a la dimensión de la eficacia, el uso del precedente encuadra, en la mayoría de los casos, en la categoría “ni vinculatoriedad ni reconocimiento de fuerza” (*further support*). Se trata de un uso discrecional del precedente, que se invoca para dar apoyo a una decisión ya debidamente fundada en la opinión o el criterio personal del juez.

(iv) Finalmente, en cuanto a la dimensión temporal, se percibe una tendencia a dar preeminencia a los precedentes recientes en el tiempo (a veces se alude a ellos como “cercaños”), lo que se ve corroborado por el plazo de diez años que vuelve inadmisibles al recurso de inaplicabilidad de ley y que es aplicado a rajatabla por los jueces de la cámara.

7. CONCLUSIONES PARCIALES

En otra parte de esta tesis quedó demostrado que, normativamente, no existe la obligación de una sala de seguir el precedente propio ni el de otra sala de la misma cámara. Ninguna norma legal o reglamentaria vigente así lo dispone.

Este capítulo tenía por principal objetivo dilucidar si, de hecho, en la práctica, esa obligación o deber jurídico era considerado por los jueces, a pesar de no existir norma que lo

contemplara, tal como sucedió en el *common law*, en donde la práctica jurisprudencial dio lugar a una costumbre ancestral de obligatoriedad del precedente que, como tal, originó un verdadero deber jurídico de hacerlo.

Lo cierto es que, a partir del análisis de la práctica jurisprudencial que en este capítulo se ha realizado, queda claro que los jueces no reconocen la existencia de un deber jurídico de seguir el precedente horizontal. A pesar de que existe una práctica consolidada de invocar jurisprudencia de sus pares, esa práctica no obedece a un deber y así lo explicitan ellos mismos cuando lo consideran necesario.

Descartada la existencia de obligatoriedad horizontal del precedente en las cámaras de apelaciones, cabe preguntarse si es posible identificar, a partir de la práctica jurisprudencial, algún otro tipo de doctrina del precedente, que fije ciertas reglas o pautas en el uso del precedente horizontal por parte de las cámaras o bien que le reconozca cierta fuerza.

Existen tendencias en el uso del precedente, que se pueden resumir en las siguientes: (i) La invocación y cita de precedentes en el texto de la sentencia es muy habitual; (ii) Esos precedentes no se citan como fuente de autoridad, sino como apoyo o ejemplificación de la decisión tomada; (iii) La cita y la invocación no se fundan en un reconocimiento de obligatoriedad del precedente, sino en el hecho concreto de que el juez está de acuerdo con lo que el precedente establece; (iv) En aquellos casos en los que los jueces no comparten el precedente, prescinden de él o se apartan expresamente; (v) La cita de precedentes no comprende un análisis de la plataforma fáctica ni una concreta delimitación de la *ratio* o *holding*; (vi) Los mecanismos de uniformidad de la jurisprudencia son excepcionalmente utilizados y restrictivamente interpretados, pues se concibe la libertad de criterio por encima de la protección de la seguridad jurídica y de la garantía de igualdad.

Como conclusión del presente capítulo, es posible afirmar que la cámara de apelaciones que fue tomada como caso testigo no reconoce, mediante su práctica judicial, el deber jurídico de seguir el precedente que hubiera sido dictado por alguna de las salas en casos análogos. El precedente horizontal no es obligatorio, y solo es utilizado en la decisión judicial como fuente de apoyo, siempre que los jueces estén de acuerdo con él.

El siguiente paso de esta tesis es responder si esa obligatoriedad del precedente horizontal debería existir y por qué. Algo se ha adelantado en este capítulo, con ocasión de comentar ciertas decisiones judiciales. Sin embargo, este análisis será desarrollado en profundidad en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO V

LA NECESIDAD DE ADOPTAR UNA DOCTRINA DEL PRECEDENTE HORIZONTAL OBLIGATORIO EN LAS CÁMARAS DE APELACIONES: SU JUSTIFICACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de una doctrina del precedente, aun en países del *civil law*, como garantía de institucionalización, igualdad y coherencia que todo Estado democrático debería asegurar, frente a los avances del neoconstitucionalismo¹⁰⁴⁶, fue señalada en países como Brasil¹⁰⁴⁷, México¹⁰⁴⁸ e Italia¹⁰⁴⁹. Incluso, se ha advertido que no alcanza con incorporar algún tipo de doctrina del precedente o con el reconocimiento de persuasividad a la jurisprudencia, sino que debe aceptar la obligatoriedad del precedente horizontal¹⁰⁵⁰.

En Argentina, sin embargo, sigue existiendo desconfianza hacia el reconocimiento del valor de la jurisprudencia como fuente¹⁰⁵¹ y oposición frente a la incorporación de un

¹⁰⁴⁶ El neoconstitucionalismo, como teoría jurídica y como postura filosófica, ha significado el abandono de la concepción de la labor judicial como mera “subsunción” y ha revolucionado la teoría de la interpretación judicial, incorporando nuevos conceptos como la “interpretación conforme a la Constitución” (y, en muchos casos, sobre todo en Latinoamérica, a las convenciones internacionales) y la ponderación. Para un análisis más detallado de esto, puede consultarse Bandieri, L. M., “Notas al margen del neoconstitucionalismo”, *EDCO*, Buenos Aires, 2009, disponible en <http://fccuniversitario.files.wordpress.com/2012/09/notas-sobre-el-neoconstitucionalismo1.pdf>, última visita el 19-1-2015; “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XII”, en *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del bicentenario*, Palazzo, E. (dir.), Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 33-53, *passim*; Portela, J., “El neoconstitucionalismo ¿es realmente neo?”, *Gaceta Constitucional*, 2011, t. 48, págs. 271-286, *passim*; Santiago, A. (h), “Neoconstitucionalismo”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, Volumen XXXV-II, págs. 241-264, *passim*.

¹⁰⁴⁷ Zaneti, Hermes Jr., “Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudencia persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil”, *Revista de Processo*, vol. 235, 2014, págs. 293-349, *passim*.

¹⁰⁴⁸ Cfr. Soberanes Díez, José María, “La igualdad ante la jurisprudencia”, *Cuestiones Constitucionales*, Vol. 29, 2013, págs. 313-345, *passim*.

¹⁰⁴⁹ Cfr. Taruffo, Michele, “Dimensiones del precedente”, *passim*.

¹⁰⁵⁰ Cfr. Zanetti, H. Jr., “Precedentes...”, pág. 294.

¹⁰⁵¹ Sin ir más lejos, en el recientemente sancionado Código Civil y Comercial se eliminó la referencia a la jurisprudencia que el Anteproyecto proponía en el artículo primero, en el cual se la enunciaba entre las fuentes del derecho.

precedente con fuerza obligatoria. El desarrollo de esta tesis ha dejado en evidencia que, en la actualidad, el precedente horizontal en las cámaras federales de apelaciones argentinas no es obligatorio: no hay una norma ni una costumbre en la práctica judicial que así lo establezca.

En este capítulo se demostrará que, cuanto menos en las cámaras de apelaciones, es imperioso el reconocimiento de un deber jurídico que obligue a una sala a resolver un caso tal como ella misma u otra sala de la cámara han resuelto casos similares anteriores. Se explicará que la adecuada defensa de la seguridad jurídica y de la garantía de igualdad exige uniformidad de criterio entre salas que conforman un único tribunal y que, para ello, no basta con mejorar los mecanismos de uniformidad que ya existen (lo que, sin embargo, también es imperioso), sino que es necesario complementar esos mecanismos con una doctrina del precedente horizontal obligatorio.

Pero, antes de detallar cuáles son aquellos valores del Estado de Derecho que la ausencia de un precedente horizontal pone en juego, es preciso detenerse en los argumentos de quienes se oponen a la existencia de un precedente obligatorio en el ordenamiento jurídico argentino y refutarlos o señalar por qué no deberían tener asidero.

2. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA INCORPORACIÓN DE UNA DOCTRINA DEL PRECEDENTE Y SU CORRESPONDIENTE REFUTACIÓN

A continuación, se desarrollarán entonces los principales argumentos utilizados para oponerse al reconocimiento de obligatoriedad al precedente y se los objetará. Muchos de estos argumentos fueron desarrollados en oposición a la obligatoriedad de los fallos plenarios o de los precedentes de la Corte Suprema¹⁰⁵², pero son plenamente aplicables a la obligatoriedad del precedente horizontal de las salas que integran una cámara, puesto que quien se opone a la obligatoriedad de un fallo dictado por el pleno de los jueces que integran la cámara o por el Máximo Tribunal de nuestro ordenamiento jurídico, con más razón se opondrá a que un simple precedente de una de las salas sea dotado de obligatoriedad.

A. La independencia judicial y la libertad de criterio

Uno de los argumentos más utilizados para negar la posibilidad de otorgar obligatoriedad al precedente horizontal es que esto significaría coartar la libertad de criterio de cada juez y, con ella, la independencia judicial.

Se afirma que la independencia que se vería afectada por la obligatoriedad del precedente consiste en aquel espacio de decisión necesario para que el juez resuelva conforme a su

¹⁰⁵² La ausencia de análisis doctrinario relativa a la obligatoriedad del precedente de las salas se explica por el hecho de que, cuanto menos en Argentina, aún no se ha planteado la posibilidad de reconocer obligatoriedad a ese precedente, como esta tesis propone. En esto radica mucho de su originalidad.

entendimiento del derecho¹⁰⁵³. Se perfila también la idea de que el juez solo debe obediencia a la ley y que, por tal motivo, no puede quedar sujeto a ningún precedente ni fundar sus decisiones en un acto que no sea la ley¹⁰⁵⁴.

Tal concepción enfrenta dos valores que, de acuerdo con sus adscriptos, no podrían ser garantizados simultáneamente: la uniformidad de la jurisprudencia y la independencia del juzgador¹⁰⁵⁵. De este modo, obligar a un juez a seguir un criterio que no comparte vulneraría la independencia interna del Poder Judicial¹⁰⁵⁶, a la vez que haría peligrar su imparcialidad como juzgador y la garantía de juez natural¹⁰⁵⁷.

Una noción semejante se explicita también en la jurisprudencia: es habitual que, en sus sentencias, los jueces manifiesten que considerarse obligados por el precedente iría en contra de la libertad de criterio que los asiste. Se encontrarán muchos ejemplos del estilo en el trabajo de campo que se ha llevado a cabo en esta tesis, pero es algo que se repite también en otros tribunales. Por ejemplo, en el voto minoritario de un plenario convocado por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata y en referencia a la obligatoriedad de los plenarios, se entendió que debía prevalecer “la autonomía de criterio personal del juez como pieza insustituible del Estado constitucional de Derecho”, y se resaltó “la libertad de pensar por sí mismo y de juzgar según su propio sentir”¹⁰⁵⁸.

La obligatoriedad del precedente judicial resulta, para quienes llevan esta postura al extremo, incompatible con el sistema del *civil law*, en tanto obstaculizaría la “diversidad sucesiva de la interpretación judicial”¹⁰⁵⁹ y daría lugar a una dictadura judicial¹⁰⁶⁰.

Frente a esta perspectiva, es necesario precisar los alcances de una independencia que, sin duda, debe reconocerse a los miembros de la judicatura, aunque con ciertas limitaciones. Es evidente que los jueces gozan de una independencia externa —que impide que los miembros de otros poderes o cualquier individuo extraño al poder judicial ejerzan indebida influencia en los casos concretos que el juez tiene ante sí— y también de una independencia interna —que garantiza que otros miembros del Poder Judicial no se entrometan o ejerzan indebida influencia—. La garantía de independencia judicial se alcanza entonces cuando el juez queda vinculado “al sistema de fuentes del derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado”¹⁰⁶¹. En tal sentido, esa protección está referida a

¹⁰⁵³ Zaffaroni, Eugenio R., *Estructuras judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994, pág. 103.

¹⁰⁵⁴ Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Editores del Puerto, 2ª edición. Buenos Aires, 2004, pág. 135.

¹⁰⁵⁵ Arce, Enrique y Díaz Cantón, Fernando. “Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/A, Editores del Puerto, 1997, págs. 189 y ss.

¹⁰⁵⁶ Sartorio, Jorge, “La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad”, *La Ley*, 96, Sec. Doctrina, págs. 799 y ss.

¹⁰⁵⁷ Bruzzone, Gustavo, “Ecos del plenario ‘Kosuta’. La inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria: un problema de independencia interna del Poder Judicial”, *La Ley*, 2000-B, pág. 591.

¹⁰⁵⁸ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, “Claro, Abel Ángel c/ U.N.L.PÁG. s/ revocación de acto administrativo”, Expte.18.014, fallo plenario del 16 de abril de 2013, del voto del Dr. Nogueira.

¹⁰⁵⁹ Calamandrei, Piero, “La cassazione civile – disegno generale dell’istituto”, *Opere Giuridiche*, v. VII, pág. 92 y ss.

¹⁰⁶⁰ Cfr. Sartorio, J. “La obligatoriedad...”, nota 3, pág. 807.

¹⁰⁶¹ Bernal Pulido, Carlos, “El precedente en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, n° 21, 2008, pág. 86.

la intervención directa que cualquiera podría tener sobre la resolución de un caso concreto¹⁰⁶², y no debe ser entendida como una libertad absoluta de criterio, en especial en ocasiones en las que esa libertad contradice una garantía constitucional como la de igualdad.

El reconocimiento de fuerza vinculante a los precedentes, en tanto vincula al juez con las sentencias judiciales que han resuelto casos pasados y no con las opiniones o intereses de los demás jueces, no vulnera la independencia judicial¹⁰⁶³.

Aquellos son los términos en los que debe interpretarse la libertad de criterio y la independencia judicial, pues es absurdo que, en su defensa, se justifique que dos personas en idénticas o similares situaciones reciban de la justicia respuestas contrarias, en función de la subdivisión del tribunal que les hubiera tocado en suerte y de la opinión personal de los jueces que integran esa subdivisión.

Tampoco es aceptable ni conveniente para el funcionamiento del sistema judicial que las partes deban recurrir —en el caso de que cuenten con la posibilidad de hacerlo, que se trataría del mejor escenario— cada una de las sentencias en las que el juez (o la sala) ha decidido hacer primar su criterio por encima del criterio establecido previamente. Eso equivaldría a admitir que el sistema de justicia se erige en interés y para protección de los jueces y por encima del interés y de la protección de los justiciables.

La libertad de criterio reconocida a los jueces que forman parte del poder judicial se orienta precisamente a que las partes puedan obtener un resultado justo para su pleito y que no existan presiones ni coacciones hacia los jueces que deben y tienen el poder de resolverlo¹⁰⁶⁴. Es por eso que, si al aludir a la libertad de criterio se pone el foco únicamente en los jueces, aun cuando esa concepción implique vulnerar seriamente la seguridad jurídica, la igualdad y la confianza en el ordenamiento jurídico, se desdibuja completamente el sentido de un sistema de justicia y se pierde de vista quiénes son sus verdaderos protagonistas.

Por último, yendo a un análisis más dogmático de este argumento contra la obligatoriedad del precedente, resulta inevitable preguntarse si entonces los jueces del *common law* no gozan de libertad de criterio e independencia judicial por el hecho de estar sujetos al precedente¹⁰⁶⁵ o si, cada vez que un tribunal superior resuelve una controversia y decide revocar la sentencia

¹⁰⁶² Cfr. Bravo Hurtado, Pablo, “Precedente vinculante versus independencia judicial en Chile”, diario *El Mercurio*, publicado el 22 de julio de 2014, disponible en https://www.academia.edu/7770387/Precedente_Vinculante_versus_Independencia_Judicial_en_Chile_Colomna, última visita el 17 de octubre de 2018. Bravo Hurtado da como ejemplo más concreto de la intervención directa el “telefonazo” de una instancia superior a una inferior, para indicarle cómo debe resolver un caso.

¹⁰⁶³ Cfr. sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-231 de 1994; T-123 de 1995; T-345 de 1996 y T-054 de 2003

¹⁰⁶⁴ Además, se ha entendido que es precisamente la adopción de la doctrina del precedente obligatorio es la que garantiza, a largo plazo, la independencia judicial. Cfr. Lewis F. Powell, Jr., “Stare Decisis and Judicial Restraint”, en *Washington & Lee Law Review*, vol. 47, n° 2, artículo 2, 1990, págs. 289-290.

¹⁰⁶⁵ Sobre esto, es preciso recordar que fue precisamente en Inglaterra donde nació la noción de independencia judicial, un país donde sin duda los precedentes son vinculantes. Cfr. Ferreres Comella, Víctor, “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en Ferreres, Víctor; Xiol, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pág. 48.

del inferior, imponiendo su criterio sobre el de este, se vulnera también la libertad de criterio¹⁰⁶⁶.

B. La división de poderes y el principio democrático

Quienes se oponen a la incorporación de precedentes obligatorios en sistemas de *civil law* también sostienen que ese tipo de asimilación de nuestro sistema con el del *common law* es imposible, pues pone en riesgo el sistema republicano de gobierno. Transferirles a los jueces la producción de leyes sin participación popular, se afirma, “conduce a una concepción elitista, aristocrática y autoritaria de la creación del derecho”¹⁰⁶⁷.

En el mismo sentido, se entiende que “... la sentencia no puede tener valor para otros casos futuros, por idénticos que sean con el que ella resolvió, porque el Poder Legislativo tiene el monopolio de la función de dictar normas generales y abstractas”¹⁰⁶⁸ y que el reconocimiento de fuerza obligatoria a la jurisprudencia plenaria significaría una delegación de las funciones del poder legislativo hacia el poder judicial¹⁰⁶⁹. Este argumento también fue recogido en sentencias judiciales¹⁰⁷⁰.

Así es que se predica la incompatibilidad de la adopción de un precedente obligatorio en un sistema de *civil law*, pues se cree que eso implicaría otorgarle a la decisión judicial la naturaleza jurídica de una ley¹⁰⁷¹.

Detrás de estos argumentos hay, en primer lugar, una confusión entre el otorgamiento de obligatoriedad al precedente, por un lado, y el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente generadora de normas jurídicas generales, por el otro. En el apartado IV de este capítulo se dejará en evidencia que ambas cuestiones pueden ser distintas: aceptar una doctrina del precedente que establezca su obligatoriedad no implica otorgar a los jueces la potestad de crear reglas generales de conducta en el sentido estricto con el que se definen las fuentes formales del derecho. En otras palabras, el debate sobre si los jueces crean, a través de sus sentencias, deberes jurídicos generales y exigibles en el ordenamiento jurídico, es independiente del reconocimiento de obligatoriedad al precedente en el seno del poder judicial; la esencia del *stare decisis* y del reconocimiento de la obligatoriedad al precedente es que los casos iguales sean tratados igualmente (*treat like cases alike*) y ello podrá ser exigido sea que además el precedente genere una obligación jurídica en la sociedad o no.

¹⁰⁶⁶ Ídem, págs. 484-485.

¹⁰⁶⁷ Arce, Enrique y Díaz Cantón, Fernando. “Obligatoriedad de los fallos plenarios”, págs. 189 y ss.

¹⁰⁶⁸ Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, 1ª reimpresión, Córdoba, 1982, Tomo II, pág. 74.

¹⁰⁶⁹ Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1980, t. 1, pág. 127. En el mismo sentido, Sartorio, en la obra citada, también hacía alusión a una delegación indebida de facultades legislativas. Amadeo, ya en 1918, afirmaba que, si la sentencia se convierte en norma general, el juez se convierte en legislador y se produce un desequilibrio de los poderes. (Comentario a sentencia, Cámara Civil 2ª de la Capital, “Tormey c. Banco Hipotecario Franco Argentino”, Jurisprudencia Argentina, t. II, pág. 62).

¹⁰⁷⁰ Cámara Nacional Criminal y Correccional, en pleno, “Costas, Héctor *et. al.*”, 15 de octubre de 1986, JA, n° 5494, 17 de diciembre de 1986, del voto del Dr. Tozzini.

¹⁰⁷¹ Calamandrei, Piero, “La Cassazione civil vol. II e altri studi sui vizi delle sentenze e sulle impugnazioni”, en Calamandrei, P., *Opere Giuridiche*, Cappelletti, M. (cur.), v. VII, Nápoles, 1976, pág. 92 y ss.

Quienes sostienen lo contrario confunden las implicancias del reconocimiento de fuerza al precedente por no saber aislar el fenómeno de su contexto: es cierto que en el sistema del *common law*, el precedente es considerado obligatorio y es, además, fuente formal del derecho en sentido estricto, pues se trata de ordenamientos jurídicos que, originariamente, se han construido, en ausencia de normas de carácter legislativo, a partir de decisiones judiciales que establecieron parámetros y reglas generales de conducta¹⁰⁷².

No obstante, eso no es lo que sucedería en un sistema de *civil law* que adoptase una doctrina del precedente obligatorio. Allí, donde es reconocida la primacía de la ley como fuente formal del derecho, el precedente podría ser dotado de obligatoriedad para la toma de decisiones judiciales sin que eso implique reconocer a los jueces la potestad irrestricta de crear normas de carácter general.

En un sistema de *civil law*, el precedente tendrá por objeto fijar la interpretación de normas preexistentes o llenar las lagunas que estas puedan haber dejado. El objetivo del reconocimiento de obligatoriedad del precedente en un sistema de estas características no es crear una conducta obligatoria que se inserte en el ordenamiento jurídico como una norma, sino dar uniforme solución a determinados casos o controversias que fueran presentados ante el poder judicial. Por lo tanto, es un error afirmar que el reconocimiento de obligatoriedad al precedente judicial implicaría que los jueces legislasen y ocasionaría, de tal modo, una vulneración a la división de poderes.

Existe, además, una diferencia ontológica entre la ley y la sentencia judicial, que impide que puedan ser equiparadas: “el parecido que podemos descubrir en los efectos generales de la ley y de la jurisprudencia obligatoria es solamente eso: una cuestión efectos, pero no de naturaleza en el acto legislativo y en el acto judicial (...) un acto gubernamental —en el caso, la ley y la sentencia— se define por lo que “es” y no por las consecuencias que produce (...) La sentencia crea derecho, pero no crea derecho ‘nuevo’, esto es, el derecho que crea siempre deriva de un marco que le traza el ordenamiento como subordinante, y dentro del cual el juez o tribunal debe moverse sin evadirlo¹⁰⁷³.”

Justamente, a diferencia de una norma, que por su generalidad contempla una multiplicidad de casos en una fórmula abstracta, el sistema del precedente, correctamente aplicado, se refiere a una plataforma fáctica específica.

Es cierto que el reconocimiento de obligatoriedad a precedentes en un sistema como el de las tesis jurisprudenciales de México o el de nuestros fallos plenarios —en donde el resultado es una doctrina abstracta, alejada de la plataforma fáctica concreta que ocasionó la controversia en un primer lugar— puede provocar confusión sobre la naturaleza ontológica de lo que emana de los tribunales. Sin embargo, la propuesta que esta tesis elabora no admite esa crítica, pues consiste precisamente en la adopción de una doctrina del precedente afín a la del *common law*, en la que la función principal de los sea la resolución de casos concretos, con una descripción fáctica puntualizada y precisa que permita que la vinculatoriedad se expanda únicamente a otros casos concretos con determinadas plataformas fácticas. La

¹⁰⁷² A pesar de esto, es sabido que esa característica típica se está perdiendo, por cuanto aumenta cada vez más la cantidad de *statutes* y cada vez más áreas del derecho se encuentran legisladas.

¹⁰⁷³ Bidart Campos, G., “La jurisprudencia obligatoria”, en *La Ley* 2001-F, pág. 1492.

propuesta se aleja, por ende, de un precedente abstracto y desligado de los hechos —que ha demostrado no ser adecuado ni útil¹⁰⁷⁴—.

Si bien lo hasta aquí analizado es suficiente para contrarrestar el argumento de que los jueces, con el reconocimiento de un precedente obligatorio, estarían legislando, es necesario atender una cuestión que surge a partir de la experiencia jurídica: en los sistemas de *civil law*, el rol de los jueces está atravesando grandes cambios. El dictado de sentencias manipulativas, aditivas y exhortativas¹⁰⁷⁵ ha colocado al poder judicial en un escenario que rompe los esquemas del tradicional ejercicio de la resolución de casos concretos o de la mera interpretación o integración de una norma legislativa. La constitucionalización y convencionalización de todo el derecho, a su vez, han implicado que los jueces adquieran, de facto, un poder inconmensurable en la delimitación del contenido de los derechos fundamentales y en la interpretación de los principios jurídicos abstractos (en especial, en sistemas como el argentino, en los que existe un control difuso de constitucionalidad)¹⁰⁷⁶.

El análisis del poder judicial actual demuestra que la concepción de la división de poderes de Montesquieu, en donde el juez era la boca inanimada de la ley, ha quedado muy lejana de la realidad. El paradigma tradicional del poder judicial que se opone a la actividad creativa de los jueces no se condice con lo que los jueces realmente hacen: hay “una verdadera brecha entre lo que se dice y lo que se hace”¹⁰⁷⁷.

El debate sobre la legitimidad democrática que los jueces ostentan para dictar esos tipos de sentencias aún se encuentra abierto. De cualquier modo, esta tesis postula que, incluso en aquel escenario de ascendente poder a cargo de los jueces, la doctrina del precedente se traduce justamente no en una ampliación de ese poder o como reconocimiento de la facultad creativa de normas generales, sino todo lo contrario: en tanto la obligatoriedad del precedente ordena la forma en que ese poder es utilizado, exige rendición de cuentas, mayor fundamentación (en el sentido de que requiere que los jueces piensen en su decisión no solo para el caso, sino como parámetro de solución para casos futuros), argumentación agravada

¹⁰⁷⁴ Sobre esto, véase la nota al pie n° 604 de esta tesis.

¹⁰⁷⁵ Cfr. Sagües, Néstor, “Las sentencias constitucionales exhortativas”, *Estudios Constitucionales. Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, n.° 2, Providencia, 2006, págs. 189-202.

¹⁰⁷⁶ Sobre esto es muy ilustrativo el trabajo de Marinoni, Luiz Guilherme, “El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del *civil law*: la contribución de Taruffo”, en *Debatiendo con Taruffo*, Ferrer Beltrán, Jordi; Vázquez, Carmen (coeds.), Marcial Pons, págs. 133-156, *passim*, disponible en https://www.academia.edu/12417542/EL_PRECEDENTE_INTERPRETATIVO_COMO_RESPUESTA_A_LA_TRANSFORMACION_DEL_CIVIL_LAW_LA_CONTRIBUCION_DE_TARUFFO.

¹⁰⁷⁷ “This is a real gap between what is said and what is done.” Bankowski, MacCormick, *et al* “Rationales for Precedent”, en MacCormick, N. D.; Summers, R. S., *Interpeting Precedents...*, pág. 496. En igual sentido, González Bertomeu: “Poco importa el mito de la tradición jurídica continental, según el cual el juez sólo aplica el derecho y no crea nuevas reglas. Esto no es así en la práctica, al menos en casos en que las normas no tienen un significado autoevidente para todos los supuestos que puedan plantearse bajo su amparo”. González Bertomeu, Juan F, “¡Sin precedentes!”, en *Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Abeledo Perrot, 27/5/2009. Disponible en <https://studylib.es/doc/3555463/gonzalez-bertomeu-%C2%A1sin-precedentes->, última visita el 9 de noviembre de 2018, pág. 26.

de los cambios y barreras frente a la subjetividad y las opiniones personales, esa obligatoriedad justamente constituye un límite a la discrecionalidad de los jueces¹⁰⁷⁸.

En este contexto, la doctrina del precedente aparece entonces como una herramienta eficaz para contener y demarcar el ejercicio de ese poder y evitar que quede sujeto al arbitrio de la subjetividad de cada juez. Esto puede comprenderse mejor con un ejemplo: Si la cámara debe resolver veinte casos análogos sin que exista un precedente obligatorio, su poder será el de resolver esos veinte casos. Si la cámara debe resolver —a través de alguna de sus salas— el primero de esos casos y el criterio de ese precedente se vuelve obligatorio para resolver los otros diecinueve, su poder seguirá siendo el de resolver esos veinte casos. La diferencia estará en que, en el primer caso, quizás esos veinte casos sean resueltos de manera diferente y hasta contradictoria. En el segundo escenario, las cuarenta partes involucradas en esos casos obtendrán, de la misma justicia, la misma respuesta.

Asimismo, ante una norma que contiene un término indeterminado respecto del que el legislador, *a priori*, no pudo dotar de una definición que abarcara los supuestos específicos a los que dicha norma se aplicaría, la actividad interpretativa del juez se vuelve ineludible. De este modo, se propone que, si los jueces tienen que interpretar qué se entiende por “arma” o por “obsceno”¹⁰⁷⁹, mejor es que las interpretaciones de estos términos sean coherentes y no que queden sujeta al libre arbitrio y criterio de cada juez que deba realizarla, pudiendo una persona ser condenada y la otra absuelta en similares circunstancias en virtud de ese libre criterio. En ninguno de los ejemplos propuestos el reconocimiento de obligatoriedad al precedente estaría otorgando facultades legislativas a los jueces, por el contrario, limitaría su poder interpretativo o integrador y facilitaría el control de las decisiones judiciales.

Llamativamente, aquellos que se pronuncian vehementemente contra la constitucionalidad de los fallos plenarios buscan evitar un poder judicial demasiado poderoso, y eso es precisamente lo que tiende a evitar la incorporación de la doctrina del precedente. Los amplios poderes que los jueces poseen en la actualidad y la primacía de su criterio personal han llevado la institucionalidad a un segundo plano, dando lugar a una justicia política y de preferencias. Frente a esta realidad, el precedente garantiza que la justicia no quede librada al azar de la individualidad de cada juez y, a su vez, facilita que el poder legislativo, en ejercicio de los *checks and balances*, supervise la actividad judicial y, en caso de considerarlo necesario, dicte, con toda la legitimidad democrática que le asiste, una regla de conducta precisa y obligatoria¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁸ “Si dotar de valor vinculante a la jurisprudencia es contrario a la democracia, ¿cuál es la alternativa? ¿Es más democrático que cada juez aplique el Derecho a su manera, sin sujetarse a un criterio común? Ferreres Comella, “Sobre la posible...”, pág. 48. El destacado pertenece al original. En igual sentido, se ha reconocido que adoptar una doctrina fuerte del precedente promueve el *judicial restraint* y que, cuanto más predecibles sean las decisiones judiciales, más se fortalecen las instituciones políticas, pues el cambio será buscado a través de ellas. Cfr. Merrill, Thomas W., “Originality, Stare Decisis and the Promotion of Judicial Restraint”, en *Constitutional Commentary*, vol. 22, 2005, pág. 273; 275, nota al pie n° 15, 276 y 283.

¹⁰⁷⁹ Ambos son casos reales que llegaron a la Corte y que exigían la interpretación de esos términos.

¹⁰⁸⁰ En esta línea de razonamiento, se ha sostenido incluso que es justamente el rechazo a la regla del *stare decisis* el que habilitaría la creación judicial *ex post facto* del derecho. Frickey, Philip P., “Stare Decisis in Constitutional Cases: Reconsidering National League of Cities”, en *Constitutional Commentary*, 1985, vol. 2, págs. 123, 127, 128, 140.

La reinscripción de principios y valores como parte del Derecho, desafortunadamente acompañada de una moral subjetivista que implica que los juicios de valor que se vuelcan en la interpretación de la norma también sean subjetivos, exige tomar medidas para que la ideología y la subjetividad del juez no puedan ser el principal parámetro de resolución de casos concretos. El lenguaje jurídico abstracto o de textura abierta —pasible de asumir diversos significados concretos en diversos casos y contextos¹⁰⁸¹— transforma un sistema jurídico sin precedente obligatorio en un sistema vulnerable a la discrecionalidad judicial absoluta.

En definitiva, lo que se quiere decir es que, sea que se adopte o no un precedente horizontal obligatorio, los jueces ejercerán el mismo poder que ya se encuentran ejerciendo. Pero, si se adopta, lo ejercerán protegiendo la igualdad de trato que nuestra Constitución garantiza y los valores necesarios para el buen funcionamiento, desarrollo y solidez de cualquier ordenamiento jurídico (orden, seguridad, previsibilidad y confianza), mientras que, si no se adopta, ese mismo poder será ejercido subjetiva e individualmente y la justicia será más autoritaria y aristocrática que nunca. En este sentido, se ha dicho que “los valores jurídicos que irradia la Constitución no se logran a costa de la seguridad y de la ley, sino a través de ellas”¹⁰⁸² y que “[n]o hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes haciendo de esa ley interpretaciones desiguales”¹⁰⁸³.

Por último, frente a la visión de que la adopción de una doctrina de obligatoriedad del precedente sería incompatible con un sistema jurídico de *civil law*, la experiencia jurídica latinoamericana da cuenta de la incorporación de una doctrina del precedente obligatorio en muchos países de *civil law*. En México, por ejemplo, la propia Corte Suprema ha definido incluso a la jurisprudencia como fuente formal del derecho (una fuente del derecho derivada de la interpretación constitucional y legal que, con fuerza obligatoria, crean determinados órganos jurisdiccionales al resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción, con el propósito de fijar el correcto sentido y alcance de las normas jurídicas y adecuar su contenido a la dinámica de la vida en sociedad, a fin de mantener la seguridad jurídica en las esferas pública y privada¹⁰⁸⁴), sin que ello haya significado que México renunciara a su tradición civilista o se hubiera transformado en un sistema jurídico de *common law*. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que las dos tradiciones jurídicas (*common law* y *civil law*) han dejado de ser contrapuestas, para dar paso a una innegable convergencia¹⁰⁸⁵.

En síntesis, queda claro que adoptar una doctrina del precedente no significa cambiar sustancialmente la tradición jurídica del *civil law* ni quitar prelación a la ley, sino que, en la práctica, implica reforzar, frente al protagonismo judicial, la defensa de la seguridad jurídica y de la igualdad. Siguiendo este razonamiento, se ha sostenido que ningún Estado contemporáneo puede privarse de precedentes sin renunciar a la coherencia del derecho y a

¹⁰⁸¹ Cfr. Bankowski, Z., “Rationale...”, en MacCormick, D. N.; Summers, R. S.; Goodhart, A. L., *Interpreting Precedents...*, pág. 492.

¹⁰⁸² Ib. Idem. No debemos olvidar que, desde *Fallos*, 242:501 nuestra Corte Suprema de Justicia ha venido repitiendo sistemáticamente que la seguridad jurídica tiene raigambre constitucional en el art. 17 de nuestra Constitución Nacional.

¹⁰⁸³ Bidart Campos, Germán J., “La jurisprudencia obligatoria”, en *La Ley* 2001-F, pág. 1492.

¹⁰⁸⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “La jurisprudencia. Su integración”, México, 2004, ppág. 19 y 20.

¹⁰⁸⁵ Taruffo, M., “Precedente y jurisprudencia”, pág. 85.

la protección de la igualdad y de la seguridad jurídica¹⁰⁸⁶. Es en este sentido también que la Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado que “la fidelidad del precedente es vital para el correcto ejercicio de la función judicial”¹⁰⁸⁷ y que el *stare decisis* constituye “la piedra fundante del rule of law, del Estado de Derecho”¹⁰⁸⁸.

En este sentido, el establecimiento de un precedente de aplicación obligatoria permite que tanto el poder legislativo como el pueblo por sí mismo puedan controlar la justicia de ese precedente —y accionar si consideran que falta a la verdad o a la justicia— mucho más efectivamente que si cada juez aplica su criterio¹⁰⁸⁹. Incluso, en casos complejos o de interpretación de derechos fundamentales, el establecimiento de un precedente con cierto valor podrá venir acompañado de instancias participativas, como los *amicus*¹⁰⁹⁰.

Al examinar la función de un juez, queda claro también que una interpretación estricta de la “igualdad ante la ley” —que concibe como única desigualdad aquella que emana de la propia norma— ha dejado de ser suficiente para garantizar una igualdad real y debe, entonces, ser reemplazada por el concepto de igualdad jurídica. En línea con esto, se ha interpretado que los mecanismos de uniformación de la jurisprudencia salvaguardan el principio de isonomía, “que presupone la igualdad de todos no sólo frente a la ley, sino, además, ante la justicia, de modo que no se diferencien los casos idénticos.”¹⁰⁹¹

Si lo afirmado muestra la importancia de la incorporación de cualquier tipo de precedente obligatorio que brinde estabilidad y certeza en el ordenamiento, piénsese cuánto más urgente es la adopción de un precedente en situaciones en las que la inestabilidad y la inseguridad jurídica se dan en el ámbito de un mismo tribunal y no por la consideración de un cambio de circunstancia o alguna otra causal que habilitara el cambio de jurisprudencia¹⁰⁹², sino por el simple hecho de que las personas físicas que integran las subdivisiones de ese único tribunal, que se expiden simultáneamente, no están de acuerdo entre sí.

C. La renuncia al control de constitucionalidad

En detrimento del reconocimiento de obligatoriedad al precedente judicial se argumenta, habitualmente, que ello significaría renunciar al deber de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que, por ser difuso en nuestro ordenamiento jurídico, está a cargo de todos los jueces. En ese sentido, se ha sostenido que los jueces deben aplicar el derecho, que comienza por la Carta Magna, y solo deben estar sometidos a la ley y “alzarse

¹⁰⁸⁶ Marinoni, L. G., “El precedente interpretativo como respuesta...”, §1, *in fine*.

¹⁰⁸⁷ *Citizens United*, 558 U.S. at 377 (del voto concurrente del *Chief Justice* Roberts).

¹⁰⁸⁸ *Michigan v. Bay Mills Indian Community*, 134 S.Ct. 2024, 2036 (2014).

¹⁰⁸⁹ Así es que, con un sistema vinculante del precedente, “el Parlamento puede ‘dialogar mejor’ con el poder judicial (...) está en mejor posición para decidir si es necesario introducir modificaciones legislativas (...) El Parlamento tiene un mayor incentivo institucional para hacer el seguimiento de la jurisprudencia si sabe que ésta es vinculante para todos los jueces, que si sabe que no lo es.” Ferreres Comella, V., “Sobre la posible fuerza vinculante...”, pág. 48.

¹⁰⁹⁰ Sobre el particular, véase Arday, Leandro A., Mosmann, María Victoria, “Algunas cuestiones acerca de la jurisprudencia uniforme y los *amicus curiae*”, en *Precedentes*, Editora Juspodivm, Salvador, Bahía, págs. 699-728.

¹⁰⁹¹ Berizonce, Roberto. “Los efectos vinculantes de las sentencias emanadas de los Superiores Tribunales. Tendencias en el derecho iberoamericano”, *La Ley* 2006-D, pág. 1077.

¹⁰⁹² Sobre las causas o factores que justifican un cambio de jurisprudencia, puede verse el capítulo VI.

contra ella, en la medida en que la consideren inconstitucional. De modo que si nuestro sistema, de fuente norteamericana, le reconoce semejante atribución a los jueces (caso *Marbury vs. Madison*), la ley que acota el poder del juez de interpretar la norma es indudablemente inconstitucional”¹⁰⁹³.

Si se analiza este argumento con precisión, se advertirá que en él se reconoce que el control difuso de constitucionalidad —cuyo ejercicio sería incompatible con el reconocimiento de obligatoriedad al precedente— es de fuente norteamericana. Sin embargo, es justamente en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos donde existe una sólida doctrina del precedente y allí, no solo no se plantea su inconstitucionalidad o su incompatibilidad con el control difuso de constitucionalidad¹⁰⁹⁴, sino que incluso algunos hacen derivar esa doctrina del precedente de la propia Constitución¹⁰⁹⁵.

En las cámaras federales de apelaciones de Estados Unidos —que es justamente la instancia de relevancia a los fines de esta tesis—, la obligatoriedad del precedente horizontal es clara e indiscutible. Como se vio oportunamente, se resume en la aplicación de la doctrina del “derecho del circuito”, según la cual cada panel que integra la cámara está obligado a seguir el precedente de los demás y, para el caso de que quisiera modificarlo, debe seguirse un procedimiento específico y agravado, que consistirá en la reunión de todos los jueces que integran la cámara¹⁰⁹⁶.

Consideraciones similares son aplicables a la idea de que los fallos plenarios tienen origen monárquico y que se derivan de la necesidad de que imperara el criterio del rey y todo se uniformase según ese criterio. En ese sentido, se ha afirmado que la mecánica de los fallos plenarios “resulta plausible en un sistema monárquico, que es el que rigió hasta antes de nuestra independencia [pero] no se condice con el sistema republicano decididamente establecido en la constitución de 1853”¹⁰⁹⁷.

La afirmación es, cuanto menos, curiosa pues, como se advirtió, es precisamente en Estados Unidos donde se reconoce plena obligatoriedad al precedente horizontal en las cámaras federales de apelaciones y es casualmente la Constitución de ese país la que inspiró nuestro sistema republicano y nuestra Constitución.

A su vez, sostener que el reconocimiento de obligatoriedad del precedente es una abdicación al control difuso de constitucionalidad y es, por tanto, inconstitucional, implicaría proclamar también la incompatibilidad con la Constitución Nacional de aquellas

¹⁰⁹³ Arce, E.; Díaz Cantón, F. “Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad”, en *Nuevo Derecho Penal* 1996/A, Editores del Puerto, 1997, págs. 189 y ss.

¹⁰⁹⁴ Sagües describe la consecuencia de la relación entre el establecimiento de un precedente obligatorio en materia constitucional y el control difuso de constitucionalidad como un sistema de control de constitucionalidad “básicamente difuso”, pero “simultáneamente jerarquizado”: “‘todos’ los jueces pueden controlar, pero ‘no todo’ (lo ya controlado por la Corte Suprema)”. Sagües, Néstor PÁG., “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina”, *Estudios Constitucionales*, Año 4, 2006, pág. 19, nota al pie n.º 1.

¹⁰⁹⁵ Garner, B. *et al*, *The Law of Judicial Precedent*, pág. 495.

¹⁰⁹⁶ El análisis profundizado de este mecanismo se ha efectuado en el capítulo III, §6 de esta tesis.

¹⁰⁹⁷ Pascariello, Rubén, “La inconstitucionalidad de los fallos plenarios”, en *Revista Aequitas*, nº 13, 2010, disponible en <http://ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=48841&print=1>, última visita el 18 de octubre de 2018, apartado I.

constituciones provinciales que consagran la obligatoriedad de ciertos precedentes de sus tribunales superiores¹⁰⁹⁸.

Queda claro, entonces, que el control de constitucionalidad podrá seguir siendo ejercido de modo difuso aun cuando existiera un precedente horizontal obligatorio en las cámaras de apelaciones. De ese modo, todos los jueces tendrían la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, pero, gracias a la obligatoriedad, se impediría que una misma norma fuera simultáneamente constitucional en una sala e inconstitucional en otra. En relación con esto, la importancia del precedente en materia constitucional ha sido precisamente la que ha dado lugar a la incorporación de precedentes obligatorios de cortes y tribunales constitucionales.

D. La cristalización del Derecho

El peligro de que se produzca la cristalización del derecho si se adoptara una doctrina de obligatoriedad del precedente es uno de los argumentos más difundidos¹⁰⁹⁹. En rigor de verdad, detrás de él se encuentra la tensión más relevante en la obligatoriedad del precedente: estabilidad versus cambio.

Si bien el tema será tratado en otra parte¹¹⁰⁰, cabe aquí adelantar que el reconocimiento de obligatoriedad al precedente no significa la adopción de un sistema de *stare decisis* estricto que no permita la modificación del precedente en absolutamente ningún caso. En efecto, desde la *Practice Statement* de la *House of Lords* del Reino Unido en 1966, ese sistema estricto ya no existe en ninguna parte del mundo.

Sobre este punto, se hace necesaria una distinción entre uniformidad sincrónica (que exige que todos los jueces que simultáneamente deban interpretar o aplicar una cierta norma lo hagan con el mismo criterio) y uniformidad diacrónica (que implica que ese criterio se mantenga a lo largo del tiempo)¹¹⁰¹. En el caso del precedente horizontal en las cámaras de apelaciones, el reconocimiento de su obligatoriedad tiene como objetivo principal alcanzar una absoluta uniformidad sincrónica (en este caso, como se vio, el riesgo de que la simultaneidad genere discrepancias se multiplica por la cantidad de subdivisiones actuando al mismo tiempo), pero no conlleva una diacronicidad absoluta, lo cual sí podría poner en riesgo la evolución del derecho y promover su cristalización. Por el contrario, al menos en la doctrina del precedente cuya incorporación aquí se propone, se trata de una obligatoriedad que admitiría modificaciones al precedente en casos específicos.

El sistema que se propone es el de reconocimiento, como principio general, de un precedente horizontal obligatorio y la exigencia, como excepción, de la convocatoria a un plenario en caso de que ese precedente quisiera modificarse.

¹⁰⁹⁸ Tales como la Constitución de San Juan y la de Formosa (artículos 209 y 174, respectivamente).

¹⁰⁹⁹ Arazi, Roland, "Fallos plenarios", en AAVV, *Temas de casación y recursos extraordinarios. En Honor al Dr. Augusto M. Morello*, Librería Editora Platense, La Plata. 1982, pág. 405; Arazi, Roland; Rojas, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado con los códigos provinciales*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2014, págs. 892-893.

¹¹⁰⁰ Véase el capítulo VII de la presente tesis.

¹¹⁰¹ Taruffo, M., *Cinco Lecciones Mexicanas*, pág. 40.

Cualquiera de las salas y, también las partes, podrían instar la convocatoria al pleno para definir o modificar el precedente horizontal y, llegado el caso, los jueces deberían estar atentos a las opiniones personales en contrario que los juzgados de instancias inferiores pudieran haber explicitado en sus sentencias, así como a las disidencias existentes dentro de la propia cámara, cuyos argumentos deberían atender y, eventualmente, refutar debidamente. Por otro lado, el poder legislativo siempre tendrá la oportunidad de mejorar o modificar el criterio que el precedente hubiera sentado¹¹⁰².

E. La consideración de las particularidades del caso

Por último, los opositores a la obligatoriedad del precedente entienden que aceptarla sería quitarle la debida atención a las particularidades de cada caso o desligar la justicia de la concreción. Sin embargo, esto implica un desconocimiento del mecanismo de aplicación del precedente en aquellos sistemas jurídicos que reconocen su obligatoriedad.

El precedente es aplicable siempre que los hechos relevantes del caso que debe resolverse tengan una similitud suficiente en relación a los hechos del caso anterior. En este sentido, siempre que hubiera una circunstancia determinada que habilite la distinción (*distinguishing*) entre el caso presente y el caso pasado, el precedente será dejado de lado con miras a alcanzar la justicia en el caso concreto.

Incluso, la determinación de la existencia de aquella similitud obligará al juez a realizar un análisis fáctico y una fundamentación de la solución aplicada al caso concreto mucho más profundos que los que los jueces realizan actualmente en los sistemas de *civil law*. Los magistrados deberán enfrentar una tensión planteada por una parte que afirma que el precedente “x” no debe aplicarse porque no es lo suficientemente análogo y otra que afirma que sí, y deberán dar respuesta a esa tensión justificando debidamente la aplicación de tal o cual precedente o la distinción correspondiente.

Como quedó de manifiesto en el capítulo referido al trabajo de campo, abundan los casos de imprecisión y desprolijidad en el uso del precedente. Es sabido también que muchas veces tanto las partes, al fundar sus escritos, como los jueces, al fundar sus sentencias, citan jurisprudencia que no afirma lo que se pretende afirmar o se aleja demasiado del caso concreto que deben resolver. La incorporación de un precedente obligatorio, con la técnica de aplicación adecuada, resolvería también estos problemas.

Por otro lado, si el juez que se ve obligado a aplicar el precedente de otra sala considera que la solución que él brinda es palmaria e insoportablemente injusta, podrá instar un procedimiento tendiente a modificarlo. El equilibrio entre la estabilidad del precedente y la solución justa deberá determinarse caso a caso, sin perjuicio de lo cual se volverá sobre este aspecto en la última sección de este capítulo.

Finalmente, así como la generalidad de la ley —que impone una cierta conducta para determinada categoría de supuestos— no implica renunciar a las particularidades de cada caso concreto ni desconocer la contingencia del obrar humano y la prudencia necesaria en la

¹¹⁰² Cfr. Arbey, L.; Mosmann, V., “Algunas cuestiones...”, pág. 18.

determinación de lo justo, el reconocimiento de fuerza vinculante a un precedente, que brinda una solución determinada a una categoría de casos, tampoco implica esa renuncia.

F. La jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a los precedentes contradictorios y la garantía de igualdad

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha desarrollado una jurisprudencia contraria a la concepción de igualdad jurídica y a la doctrina del precedente que esta tesis propone. Así, se ha negado a resolver contradicciones entre tribunales de jerarquía coordinada o entre precedentes de un mismo tribunal a partir de una doble argumentación: en primer lugar, que esos pleitos no son de su competencia y, en segundo lugar, que la igualdad ante la ley no se ve conculcada a partir de aquellas contradicciones¹¹⁰³.

En algunos casos aislados —que evidencian la habitualidad con la que la Corte modifica su precedente horizontal— decidió lo contrario e hizo lugar al recurso en defensa de la igualdad en la aplicación de la ley por parte de los tribunales, para luego retomar, en el caso siguiente, su postura restrictiva. En los últimos tiempos, la CSJN parece haber iniciado un camino de ampliación de su jurisprudencia en favor de la igualdad y extendiendo los supuestos en que ella podría conculcarse. Esto deja abierto el interrogante de si, en la actualidad, consideraría que la contradicción entre sentencias de un mismo tribunal vulnera la garantía de igualdad. A continuación, se mencionarán los precedentes en los que la Corte se ha referido a estas cuestiones.

El primer caso en el que la Corte debió resolver en torno a la posible conculcación de la igualdad a partir de sentencias contradictorias fue en *Fallos*, 187:330:

No procede el recurso extraordinario fundado en que la sentencia es violatoria del artículo 16 de la Constitución Nacional, si éste no guarda con la materia del litigio la relación directa e inmediata que exige el art. 15 de la ley N° 48, por ser ajena al mismo la situación que plantea la diversidad de jurisprudencia de los tribunales locales en cuestiones no vinculadas con el imperio o supremacía de la Constitución Nacional.

Años más tarde, en *Fallos*, 189:234 (1941) sostuvo que era ineficaz “el argumento de desigualdad —con invocación al art. 16 de la Constitución— fundado en la diversa interpretación que algunos tribunales de provincias y de la Capital Federal han dado a la ley en examen, en cuanto a la inclusión o no, en sus beneficios, de los empleados y obreros de la industria”. Ello, en razón de que se la Corte Suprema no tendría facultad de revisión o casación sobre el Código de Comercio, que debe ser aplicado por las provincias. (considerando 4°).

La primera vez que la Corte adoptaría un criterio distinto sería en relación con la desigualdad proveniente de la aplicación de una norma por parte de la autoridad administrativa. En *Fallos*, 196:337 (1943), acogió la violación de la garantía de igualdad por

¹¹⁰³ En rigor de verdad, si se estudia la jurisprudencia de la Corte en torno a la garantía de igualdad ante la ley se verá que, en contra de lo que podría imaginarse, cuanto menos un 90% de esa jurisprudencia, contiene una interpretación restrictiva en la aplicación de aquella garantía (o bien la Corte señala requisitos específicos para que se active esa garantía o desarrolla excepciones en las que, afirma, no se ve vulnerada). Si bien no es este asunto del que deba ocuparse esta tesis, podría ameritar futuras investigaciones.

discriminación ya no en el texto de la norma, sino en la resolución administrativa que la aplicaba Para ello, sostuvo “si bien la ley examinada no contiene en sí misma disposición alguna contraria a la Constitución Nacional, es visible, en cambio, que la resolución administrativa en cuya virtud se ha clasificado y gravado el negocio de la parte actora vulnera y viola el citado art. 16 de la Constitución” (considerando 5°).

En 1953, en *Fallos*, 227:413, la CSJN aplicaría el mismo criterio protectorio de la igualdad en un caso de contradicción entre sentencias de tribunales de distinta jurisdicción territorial. Afirmaría que la discordancia de criterios entre aquellos tribunales afectaba la igualdad ante la ley y era aún más grave que la contradicción en un mismo tribunal. La Corte repasó las normas que habían sido dictadas hasta entonces para alcanzar la uniformidad de la jurisprudencia y evitar la contradicción (ley 7055, 12330, 12948, 13998) y la obligación establecida en el artículo 113 del por entonces vigente Reglamento para la Justicia Nacional y, en referencia a esas disposiciones afirmó que:

...el recurso extraordinario interpuesto en el presente caso, contempla una situación de mayor gravedad aún que las examinadas precedentemente y resuelta por las disposiciones ya citadas, como es la creación por la existencia de resoluciones judiciales contemporáneas, que interpretando los mismos textos legales, llegan a conclusiones opuestas y deciden, por tanto, de manera diferente, según la jurisdicción territorial que en la República corresponde a los tribunales donde se suscitan, problemas que no sólo son idénticos, sino que afectan, con carácter general y uniforme a todos los integrantes de determinada actividad laboral (...) Evidentemente, en tal situación, la garantía de la igualdad consagrada por la Constitución Nacional y con el alcance asignado a ella por la invariable doctrina de esta Corte Suprema (*Fallos* 222:352), hállase gravemente comprometida, contrariándose además, el propósito de homogeneidad que en la aplicación de las leyes sustenta el 2° Plan Quinquenal de Gobierno, aprobado por la ley 14.184.¹¹⁰⁴”

En *Fallos*, 202:130 (1945) el criterio de los dos precedentes anteriores sería abandonado, para retomar el anterior: “Que la garantía de igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución es la de la igualdad ante la ley. Si la desigualdad no está en la ley sino en el hecho de que el poder administrador la aplica a unos y no a otros habría, en todo caso, arbitrariedad administrativa pero no materia para la declaración de inconstitucionalidad...”.

En *Fallos*, 228:125 (1954), en línea con el precedente anterior, se afirmó que la garantía de la igualdad no habilitaba “la revisión de lo resuelto en materia de derecho común, en razón de la simple discrepancia en la aplicación de normas no federales”. El cambio de criterio fue atribuido a “que la tesis contraria, adoptada en *Fallos* 227:413, no se concilia[ba] con la disposición constitucional citada.”

El precedente de *Fallos*, 233:173 (1955) es esclarecedor de la postura negatoria de la Corte. Allí, se rechazó el recurso extraordinario con dos argumentos: (i) la uniformidad jurisprudencial en la interpretación de la ley común, de parte de tribunales de diferentes jurisdicciones, sería materia del recurso de casación y no del recurso extraordinario —para ese entonces, el recurso de casación había sido instituido por el artículo 95 de la Constitución

¹¹⁰⁴ El precedente que la Corte cita (*Fallos* 222:352 (1952)) era un caso en el que se discutía la igualdad ante una norma, no ante la interpretación o aplicación de la norma por los tribunales u otras autoridades.

Nacional de 1949, pero no se había dictado la ley que reglamentase su funcionamiento; (ii) una interpretación restrictiva de la garantía de igualdad, en virtud de la cual

la igualdad asegurada por el art. 28 de la Constitución Nacional a los habitantes del país, es la igualdad ante la ley a fin de que ninguna norma legal pueda establecer entre ellos diferencias de trato en situaciones substancialmente idénticas. Siendo esto así, la desigualdad acusada en el caso y que se la hace derivar de la existencia de fallos contradictorios, no importa una violación de la garantía constitucional señalada, como quiera que, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, dicha garantía no obsta a la desigualdad de hecho que resulta de la interpretación de la ley en una similar situación jurídica, cuando es la consecuencia natural o inevitable del ejercicio de la potestad de juzgar que incumbe a los diversos tribunales de justicia, nacionales o provinciales, al aplicar la ley conforme a su propio criterio.

Este criterio fue repetido con exactitud en *Fallos*, 235:140 (1956). Como se ve, se trata de una concepción de igualdad que no se ve alterada por la contradicción en sentencias que resuelven casos similares. Esa contradicción es concebida como una “consecuencia natural o inevitable” de la libertad de criterio de cada juez. Es decir que, en estos primeros precedentes, la Corte desarrolló un concepto de igualdad que debía ceder frente a la libertad de criterio.

Aquella interpretación fue aplicada, en *Fallos*, 239:51 (1957) a un caso de contradicción entre sentencias de un mismo tribunal. En esa oportunidad la Corte, en una decisión confusa y contradictoria, afirmó primero que la contradicción entre el precedente invocado por la parte y el caso era “incuestionable”, sin perjuicio de lo cual, a renglón seguido, negó que la Corte tuviera la posibilidad de juzgar la existencia de esa contradicción y, por ende, no hizo lugar al agravio a la garantía de igualdad alegado por la parte:

Que en lo atinente a la existencia de fallos contradictorios sobre una misma materia, en casos idénticos, dictados por el mismo Tribunal, estima el recurrente que esa contradicción “crea un tratamiento diferencial que viola la garantía de igualdad prescripta por el artículo 16 de la Constitución Nacional”. Es incuestionable que la resolución condenatoria dictada por el Sr. Juez en esta causa resulta —como bien lo expresa el Sr. Procurador General (fs. 44 vta.)— contradictoria con la absolución dictada con anterioridad —el 19 de abril de 1954— (Exp. N° 10717, “Levioso & Castagnino – Ley n° 12830 Apelación), si se tiene en cuenta que la infracción imputada era similar en ambos juicios: venta de vino con recargo de \$0,04 por litro, en infracción al decreto provincial n° 11192/50.

Que esta Corte ha establecido en diversos pronunciamientos que la contradicción que pueden ofrecer las decisiones judiciales emanadas de los distintos tribunales, no compromete la garantía constitucional de la igualdad porque es la consecuencia natural e inevitable del ejercicio de juzgar conforme el propio criterio (*Fallos*: 233:173 y otros posteriores); y si bien en el caso de autos la arbitrariedad se encontraría en la circunstancia de que el mismo Juez habría dictado sentencias opuestas en situaciones iguales, no cabe —en base al contenido del recurso y a los textos constitucionales invocados— la posibilidad de juzgar por esta Corte si efectivamente existe la contradicción que el recurrente alega y que el Juez niega (fs. 19) y en su caso arbitrar un remedio que diera satisfacción a sus agravios.

Tal criterio sería mantenido a lo largo de los años, provocando la denegación de recursos extraordinarios que alegaban arbitrariedad de sentencia por encontrarse en contradicción con precedentes de la misma cámara, con excepciones en *Fallos*, 244:468 (1959) y 252:216 (1962). En ambos casos, tal vez por tratarse de dos causas iniciadas por grupos de obreros contra la misma empresa, la Corte entendió que “la prescindencia, no justificada, de la sentencia anterior, debidamente invocada, de otra Sala del mismo Tribunal de la causa, recaída en juicio seguido contra idéntico demandado, en circunstancias similares a las de los autos, destituye el fallo de fundamentos adecuados para sustentarlo por omisión de una cuestión conducente para la decisión del pleito” e hizo lugar al recurso extraordinario por arbitrariedad, aclarando que cabía hacer una excepción al principio general. Sin embargo, no se mencionó la igualdad. Algo similar había dicho en *Fallos*, 249:48 (1961), al indicar que, si bien la contradicción entre sentencias dictadas en casos análogos no era en principio materia de recurso extraordinario, cabía hacer excepción con el fallo que omitía toda mención del precedente contradictorio, pues adolece por ello de fundamento suficiente.

En *Fallos*, 254:466 (1962); 260:66 (1964); 260:159 (1964); 261:29 (1965); 261:141 (1965) y 262:36 (1965)¹¹⁰⁵, en cambio, la Corte señaló que la contradicción entre precedentes de un mismo tribunal no constituía “razón bastante para el otorgamiento de la apelación extraordinaria con base en la doctrina sobre arbitrariedad.”

Como se ve, el zigzag de la jurisprudencia de la Corte es atribuido a un presunto principio general desestimatorio del recurso extraordinario en caso de sentencias contradictorias, que encuentra excepciones en ciertos casos de confusa delimitación, pero que parecen configurarse cuando se prescinde por completo del precedente o se omite absolutamente su consideración.

En *Fallos*, 258:12 (1964) y 270:124 (1968), ratificó que la existencia de pronunciamiento contradictorios entre distintos tribunales no habilitaba el recurso extraordinario, sea que se fundara el planteamiento en la doctrina de la arbitrariedad o se invocase la garantía de igualdad.

A la libertad de criterio al juzgar como limitante de la garantía de igualdad, la Corte le agregó otro argumento restrictivo de la garantía de igualdad, según el cual la desigualdad únicamente puede provenir del texto de la norma y no de su aplicación o interpretación por parte de “la autoridad encargada de hacerla cumplir”, en referencia a autoridades u organismos administrativos (*Fallos*, 289:82 (1974); 292:289 (1975); 294:87 (1976); 297:480 (1977); 302:1564 (1980); 304:710 (1982) y 310:471 (1987) 316:1993 (1993).

En *Fallos*, 302:315 (1980) la Corte hizo lugar a un recurso extraordinario en un caso en que el cambio de criterio en la interpretación de una norma se había ocasionado en una misma causa, motivado por un cambio de composición del tribunal. Así es que los honorarios de los abogados de una de las partes habían sido liquidados con un criterio, mientras que los de la otra, cambio de composición mediante, con otro. La CSJN afirmó que esa sentencia debía ser revocada, pero no funda su decisión en la garantía de igualdad —a pesar de que las partes la habían invocado—, sino en la cosa juzgada:

¹¹⁰⁵ En este último caso, la Corte se refirió a los precedentes presuntamente contradictorios como “precedentes doctrinarios”, haciendo aún más evidente su desconsideración del valor del precedente.

según reiterada jurisprudencia de esta Corte, para que exista agravio constitucional, la desigualdad invocada debe surgir del texto mismo de la ley y no de la diversa inteligencia que pudieron haberle otorgado sucesivamente las autoridades encargadas de hacerla cumplir (...) También se ha dicho que no abre la instancia extraordinaria el hecho de que la solución acordada se encuentre en contradicción con precedentes emanados del mismo tribunal, aun dictados en la misma causa, pues las partes no pueden exigir so pretexto de que se violaría el art. 16 de la Constitución Nacional que el juzgador mantenga en forma invariable durante todo el curso del proceso la primera interpretación asignada a una norma, mientras no se demuestre que los jueces hayan actuado en forma irrazonable o discriminatoria (...) se configura en el caso un supuesto de excepción a tal doctrina, pues resulta irrazonable que las retribuciones (...) Si bien la sucesiva y diversa interpretación de la norma procesal local que funda el nuevo criterio adoptado en el segundo incidente es opinable, como lo era la anterior, la dualidad de criterios seguidos para reajustar los honorarios significa, en el *sub examine*, alterar la sustancia de la decisión principal, menoscabando la autoridad de la cosa juzgada y su justicia intrínseca.

En este caso, si bien se hizo lugar al recurso, la Corte se ocupó de mantener incólume la interpretación restrictiva de la garantía de igualdad.

En *Fallos*, 310:1909, la Corte haría un viraje confuso, admitiendo potencialmente la invocación de arbitrariedad por lesión de la garantía de igualdad, lo que hasta entonces venía negando:

Que, finalmente, no resulta admisible el agravio relativo a la violación de la igualdad ante la ley que garantiza el art. 16 de la Constitución Nacional, pues el desmedro de ese derecho fundamental se configuraría si emanase la desigualdad del texto mismo de la ley, y no, como lo plantea el recurrente, de la diversa interpretación que pudieran acordarle los jueces (*Fallos*...). Esta última cuestión, como quedó dicho supra, resulta ajena al art. 14 de la ley 48, y sólo sería susceptible de consideración por medio de la doctrina de la arbitrariedad, que no fue invocada.

En “Montalvo” (*Fallos*, 313:1333 (1990)), la Corte sostuvo que la variación jurisprudencial “no afecta la garantía de igualdad ante la ley” y no constituye cuestión federal, reiterando que esa garantía solo es aplicable a una ley que contempla situaciones iguales en forma distinta.

Del análisis de los precedentes mencionados surge que, en muchos de ellos, la divergencia o contradicción en la interpretación residía sobre normas de derecho común por parte de tribunales de diferentes jurisdicciones o, incluso, por parte de organismos administrativos, materia que la Corte consideró excluida de su competencia. El análisis de esta limitación constitucional en la competencia de la Corte en tensión con la garantía de igualdad amerita un adecuado estudio que proponga alternativas válidas, mas no es el objetivo de esta tesis. En efecto, los precedentes invocados que son de estricta aplicación al objeto de estudio son aquellos en los que la Corte hizo extensivos esos argumentos a contradicciones dentro de un mismo tribunal. Sin embargo, la consideración de todos esos precedentes es de utilidad para evidenciar la actitud reticente de la Corte hacia la uniformidad de criterios, así como la endeble concepción de la garantía de igualdad.

En relación con esto último, la interpretación restrictiva de la Corte de la garantía de igualdad, en el sentido de que solo comprende el distinto tratamiento que surge la norma y no de su aplicación y de que debe ceder frente a la libertad de criterio es, en cierto punto, contraria a la doctrina del precedente obligatorio que este estudio propone.

En definitiva, lo que la que Corte se negó a reconocer en estos precedentes es el desdoblamiento necesario que la garantía de igualdad ante la ley exige entre: la igualdad ante la ley *stricto sensu*, entendida como la garantía de que la norma no efectúe discriminaciones arbitrarias y la igualdad jurídica, entendida como la garantía de que las discriminaciones arbitrarias no se efectúen a partir de la aplicación de esa norma. La falta de reconocimiento de esta última variable diluye el reconocimiento de la primera, pues una norma podrá ser otorgar un trato absolutamente equitativo, pero si quienes tienen a cargo la aplicación de esa norma tratan a unos de un modo y a otros, de otro, no hay igualdad posible¹¹⁰⁶. Se volverá sobre esto en la siguiente sección, al analizar la igualdad jurídica como fundamento que justifica la incorporación de una doctrina del precedente obligatorio.

Es importante advertir que la CSJN ha dado algunos indicios de ampliación de la concepción de la igualdad. En un voto del doctor Munné, en *Fallos*, 322:2052 (1999) —si bien haciendo referencia a la estabilidad del precedente de la Corte Suprema— se indicó que la interrupción de la doctrina jurídica que venía aplicándose en casos precedentes provocada por un cambio meramente circunstancial de integración, podría significar “una decisión inequitativa, pues adoptaría sólo para un caso una solución distinta a la que se adoptó con respecto a los otros recurrentes de causas anteriores, los que habían interpuesto igual petición en base a las mismas argumentaciones.” El voto en cuestión citó al Tribunal Constitucional de Polonia afirmando que el Estado debe proteger no sólo la confianza de los ciudadanos en las disposiciones de la ley, sino su confianza en la manera en que éstas son interpretadas por los órganos competentes.

Asimismo, en *Fallos*, 329:743 (2006), la Corte sostuvo que

... el art. 441 del código adjetivo (...) es suficientemente claro al consagrar que, cuando en un proceso hubiera varios imputados, los recursos interpuestos por uno de ellos favorecerán a los demás, siempre que los motivos en que se basen no sean exclusivamente personales.

Tal precepto legal tiene como fundamento evitar la existencia de fallos contradictorios ante idénticas o análogas situaciones en aras de preservar la igualdad ante la ley y la buena administración de justicia.

Si bien, en rigor de verdad, se trataba de un caso de posible contradicción dentro de una misma causa, lo cierto es que aparece la vulneración de la garantía de igualdad frente a la

¹¹⁰⁶ “...cuando un mismo texto legal es objeto de dos interpretaciones contrapuestas, es como si se aplicaran a los casos considerados leyes distintas...”. Mendonça, Daniel, “Igualdad en la aplicación de la ley”, pág. 327. A su vez, es posible encontrar un detallado tratamiento de la jurisprudencia de la Corte en este asunto y una crítica fundada a la desprotección de la garantía de igualdad, que él llama “principio jurisprudencial restrictivo” en Garay, Alberto, *La igualdad ante la ley: decisiones administrativas contradictorias, decisiones judiciales contradictorias, desigualdad procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989.

contradicción entre fallos y no ya aplicable únicamente a la discriminación ínsita en el texto de la norma.

En *Fallos*, 330:3160 (2007), invocó la igualdad ante la ley para referirse al seguimiento de su propio precedente: “la decisión referida [...] no sólo es cosa juzgada en el caso, sino un precedente que debe ser respetado por la garantía de igualdad ante la ley, que obliga a dar igual solución a casos análogos, como la seguridad jurídica, que favorece la certeza y estabilidad del Derecho”¹¹⁰⁷.

Por último, en *Fallos*, 334:1387 (2011)¹¹⁰⁸ y *Fallos*, 337:611 (2014), la Corte habría desarrollado una protección más extensa de la garantía de igualdad, flexibilizando la carga probatoria de quien pudo haber sido tratado discriminatoriamente, y asumiendo la idea de que la vulneración de la igualdad no solo puede provenir del dictado de normas generales, sino también de prácticas discriminatorias. Esto podría abrir puertas a un cambio jurisprudencial¹¹⁰⁹.

Habría que ver cuál sería la postura de la Corte hoy en día en relación a la igualdad en casos de precedentes contradictorios, y si es coherente o no con el contexto latinoamericano de incorporación de precedentes con cierta obligatoriedad y con la concepción de igualdad jurídica —o conceptos afines— que es utilizada por diversos tribunales constitucionales y supremos.

3. FUNDAMENTOS DE LA EXISTENCIA DE UNA DOCTRINA DEL PRECEDENTE EN LAS CÁMARAS DE APELACIONES

Más arriba se desarrollaron los argumentos que esgrimen quienes se oponen al reconocimiento de obligatoriedad al precedente y se ofreció una respuesta a cada uno de ellos. En esta sección, se estudiarán las razones por las que la doctrina del precedente obligatorio debe ser incorporada en las cámaras de apelaciones y los valores que están en juego si ello no sucede. Se demostrará, así, que la existencia de una doctrina que otorgue fuerza al precedente en las cámaras de apelaciones no solo es conveniente —pues aporta múltiples beneficios al funcionamiento interno de los tribunales— sino que es jurídica y

¹¹⁰⁷ *Fallos*, 330:3160, “Bussi, Antonio Domingo c/Estado Nacional (Congreso de la Nación – Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados”, sentencia del 13-7-2007, consid. 4° del voto de mayoría.

¹¹⁰⁸ En efecto, como muestra de la relevancia que la Corte le otorga a la igualdad, se puede citar el siguiente párrafo de esa sentencia: “los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación (...) resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Constitución Nacional, art. 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2 y 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; PIDESC, arts. 2° y 3°, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, espág. arts. 2, 3 y 5 a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2°).”

¹¹⁰⁹ Cfr. Gullco, Hernán, “La igualdad en la aplicación de normas: una modificación sustancial en la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema”, JA 2014-III, pág. 419.

políticamente exigible, pues su inexistencia pone en juego elementos necesarios para que cualquier ordenamiento jurídico aspire como fin último al bien común.

(i) **IGUALDAD:** la fuerza del precedente en las cámaras de apelaciones se funda en la obligación de que un único tribunal trate de igual modo a los litigantes que están en igualdad de condiciones. Esto juega, en las cámaras de apelaciones, un papel aún más importante que en la Corte Suprema y en Estados Unidos lo tienen claro: en razón de la larga permanencia de sus jueces en el cargo, los máximos tribunales raramente cambian de parecer sobre una cuestión y, cuando lo hacen, ese cambio se produce gradual y lentamente¹¹¹⁰. Normalmente, un tribunal compuesto por los mismos —pocos— miembros decidirá un mismo asunto jurídico del mismo modo cada vez que se le presente. En cambio, en las cámaras de apelaciones, dos litigantes con casos idénticos podrán observar que sus casos son decididos en una misma semana y por una misma cámara con diferentes resultados, únicamente en razón de la opinión diferente de los jueces que integraron el panel o la sala que decidió¹¹¹¹.

Nuestra Constitución, en su artículo 16, garantiza la igualdad de trato en igualdad de condiciones¹¹¹². Además, la igualdad ante la ley está prevista también en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 7º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26), el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2º) y la Declaración Americana sobre los Derechos Humanos (artículo 24).

La igualdad ante la ley debe necesariamente comprender también la igualdad ante los tribunales, también llamada en algunos casos igualdad jurídica¹¹¹³ o principio de isonomía, que supone la igualdad de todos frente a la ley y frente a la justicia, de modo que no se diferencien los casos idénticos¹¹¹⁴. No solo se garantiza la igualdad prohibiendo que la norma realice discriminaciones arbitrarias, sino que la protección integral de la igualdad exige que tampoco se realicen discriminaciones arbitrarias en la aplicación e interpretación de la norma.

La igualdad jurídica no se respeta si un caso es resuelto en forma contraria o diferente a como ha sido resuelto un caso idéntico o similar el día anterior, en razón de que la decisión hubiera sido tomada por la Sala A y no la B. En palabras de Bidart Campos, “[n]o hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes haciendo de esa ley interpretaciones desiguales. Si la igualdad ante la ley no se completa con la igualdad ante la jurisdicción, yo podré decir: - si en mi caso ‘A’ la ley aplicable se interpretó por el tribunal

¹¹¹⁰ Lamentablemente, esta no ha sido la realidad de nuestro país, entre otras cuestiones, por la manipulación política de los miembros de la Corte, cuyo número y ministros han sido modificados por muchos gobiernos de turno. Sobre esto, puede verse, Gargarella, Roberto, “Inconsistencia y parcialidad. Un análisis histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV, fascículo 9, págs. 1175-1192, *passim*. Sin embargo, la larga permanencia en el cargo y la estabilidad de la jurisprudencia es lo esperable que suceda y lo que de hecho sucede en la mayoría de los tribunales de máxima instancia.

¹¹¹¹ Mead, J., “Stare Decisis in the Inferior Courts...”, pág. 812.

¹¹¹² En tal sentido, establece que todos los habitantes de la Nación Argentina son iguales ante la ley.

¹¹¹³ Cfr. STC 25/1987, de 26 de febrero, STC 49/1982, de 14 de julio, SSTC 103/1984, de 12 de noviembre; 49/1985, de 28 de marzo; 32/1986, de 30 de abril.

¹¹¹⁴ Berizonce, Roberto, “Los efectos vinculantes de las sentencias emanadas de los Superiores Tribunales. Tendencias en el derecho iberoamericano”, *La Ley* 2006-D, pág. 1077.

que dictó la sentencia con el resultado ‘A’, y si en otro caso igual al mío —‘B’— la misma ley se interpretó por el tribunal que dictó la sentencia con el resultado ‘B’ y no con el resultado ‘A’, la aplicación de la misma ley a casos análogos que obtuvieron resultados distintos (‘A’ y ‘B’) ha frustrado la igualdad ante la ley porque provocó desigualdad ante la jurisdicción”¹¹¹⁵.

La Sala D de la Cámara Nacional en lo Civil también ha reconocido la necesidad de evitar la “existencia de facto” de una desigualdad ante la ley de los destinatarios de las normas¹¹¹⁶.

Nuestra Corte Suprema se refirió a la garantía de igualdad ante la ley como mandato de seguimiento de su propio precedente. En ese sentido, sostuvo que “la decisión referida [...] no sólo es cosa juzgada en el caso, sino un precedente que debe ser respetado por la garantía de igualdad ante la ley, que obliga a dar igual solución a casos análogos, como la seguridad jurídica, que favorece la certeza y estabilidad del Derecho”¹¹¹⁷. No obstante, desafortunadamente, la vulneración de la igualdad frente a precedentes contradictorios en instancias inferiores no tuvo acogida en la jurisprudencia de la Corte hasta ahora, tal como quedó en evidencia en el inciso (f) de la sección anterior.

El Tribunal Constitucional Español utiliza la expresión “igualdad en la aplicación de la ley”, para referirse a la necesidad de que un mismo órgano judicial “no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales...”¹¹¹⁸.

Otros se refieren al principio de universalidad o universalización, descrito como la respuesta “a la exigencia ínsita en toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera aquello que es igual, y que acaso represente el mejor modo de garantizar la corrección de la decisión judicial cuando ésta se enfrenta a una pluralidad de soluciones viables”¹¹¹⁹. Esta es la concepción que adoptaron la Corte Constitucional de

¹¹¹⁵ Bidart Campos, Germán J., “La jurisprudencia obligatoria”, en *La Ley* 2001-F, pág. 1492. En igual sentido, Garay sostuvo que “la regla general debe ser la obligatoriedad de los precedentes, porque tratar los casos similares del mismo modo es respetar la igualdad y la justicia. Y un juez o una jueza debe sentir la fuerza de ambos valores, y debe bregar por su respeto. No pueden hacer su voluntad a su antojo. Debe sentirse obligado a contemporizar entre ellos y con el pasado de la misma Corte que integran.”. Garay, A., *La Doctrina del Precedente*, pág. 221.

¹¹¹⁶ CNCiv, Sala D, 24/08/79, *El Derecho*, t. 14, pág. 830.

¹¹¹⁷ *Fallos*, 330:3160, Bussi, Antonio Domingo c/Estado Nacional (Congreso de la Nación – Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados, sentencia del 13-7-2007, consid. 4° del voto de mayoría.

¹¹¹⁸ Sin embargo, Gascón afirma que el Tribunal modifica su precedente con cierta liviandad y cuestionable frecuencia, además de inadecuada justificación. Cfr. Gascón, Marina, “Rationality and (Self) Precedent: Brief Considerations Concerning the Grounding and Implications of the Rule of Self Precedent”, en *Archive für Rechts-und Sozial Philosophie*, n° 133, 2012, pág. 48. Iturralde explica, además, que el Tribunal ha sujetado esa noción de igualdad a determinadas condiciones y que, por ejemplo, no la aplica en el caso de que los precedentes provengan de órganos distintos. Cfr. Iturralde, Victoria, “Las decisiones judiciales como fuente del derecho en los sistemas del *civil law*: El caso español” en *Anuario de Filosofía del Derecho* XII, 1995, pág. 414.

¹¹¹⁹ Cfr. Gascón Abellán, Marina, “Igualdad y respeto al precedente”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 1, n° 2, 1993, pág. 214. La teoría del precedente como garantía de universalización ha surgido de la obra de Alexy. En ese sentido, véase Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Espejo y Atienza, Manuel (trads.), Madrid, C.E.C., 1989, pág. 262; MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 272.

Colombia, así como la Sección Segunda del Consejo de Estado de Colombia en defensa del precedente, al afirmar que “el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos”¹¹²⁰.

En rigor de verdad, anclar la razón de ser del precedente y de su vinculatoriedad únicamente en un requerimiento de la lógica y sobre la base de una concepción formal podría llevar a aceptar un formalismo kantiano desprendida de toda objetividad. Por ello es necesario que la igualdad a la que aspira el sistema de precedentes no se despoje de la justicia, sino que, por el contrario, la tenga como su faro y, a la vez, como válvula de escape que permita superar el puro formalismo y conecte el Derecho con una concepción moral objetiva. Se profundizará este aspecto en la última sección de este capítulo.

En el caso de Colombia, también la doctrina del precedente de la Corte Constitucional se construyó precisamente sobre el principio de igualdad, elevado incluso por la propia Corte al rango de derecho subjetivo público de rango constitucional en un inicio, para más tarde adquirir la categoría de derecho fundamental¹¹²¹. Este derecho fundamental consiste en que los tribunales resuelvan los casos “de manera normativamente coherente con las decisiones anteriores que los jueces hubiesen expedido con respecto a los mismos temas”¹¹²².

Entre las conclusiones del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en Jujuy en el año 2015, también se dejó en claro que la protección de la igualdad y de la seguridad jurídica exigen “un sistema de seguimiento y unidad de los precedentes”¹¹²³.

(ii) SEGURIDAD JURÍDICA: saber que lo que ha dicho una sala respecto de una cierta cuestión jurídica obligará, en un futuro, a las demás, cada vez que esa o una cuestión similar se presenten, otorga la previsibilidad necesaria en cualquier ordenamiento jurídico. La

¹¹²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001031500020130012800, ago. 30/13 Sentencia C-447 de 1997, Sentencia C-565/00, Sentencia T-766 de 2008 y Sentencia T-783 de 2010.

¹¹²¹ Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-113/93, C-131/93, C-083/95, la T-123/95, la C-037/96 y la SU-047/99. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-113 de 1993. M.PÁG. Jorge Arango Mejía; C-131 de 1993. M.PÁG. Alejandro Martínez Caballero; C-083 de 1995. M.PÁG. Carlos Gaviria; Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. T-123 de 1995. M.PÁG. Eduardo Cifuentes; Corte Constitucional, Sala Plena. C-037/96 M.PÁG. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-047/99. M.PÁG. Carlos Gaviria y Alejandro Martínez Caballero y C-836/01. En especial, en esta última decisión, se ha consagrado cierta obligatoriedad de la doctrina probable de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, con el siguiente fundamento: “La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley”.

¹¹²² López Medina, Diego, “Obediencia...” ps. 16 y 17.

¹¹²³ Las conclusiones generales podrán consultarse aquí: <https://www.procesal2015.org.ar/index.php/88-conclusiones1>, en la Comisión 3, de Derecho Procesal Constitucional, apartado “El valor del precedente y la seguridad jurídica”. Última visita el 30 de octubre de 2018.

seguridad, como elemento del orden jurídico, consiste precisamente en “saber a qué atenerse en el actuar social con implicancias jurídicas”¹¹²⁴. Se ha afirmado incluso que la previsibilidad de las decisiones es un valor moral imprescindible para que el ser humano pueda desarrollarse¹¹²⁵.

La seguridad jurídica contiene tres elementos: la certeza jurídica, la eficacia jurídica y la ausencia de arbitrariedad¹¹²⁶. A su vez, el primero de los elementos, la certeza jurídica, se presenta en cuatro manifestaciones: i) certeza en la orientación; ii) certeza en la existencia; iii) previsibilidad jurídica; iv) firmeza del Derecho. La certeza en la existencia es previa a la certeza en la orientación y tiene que ver con la conciencia de la existencia misma de la regla y de su validez, independientemente que se conozca su contenido¹¹²⁷. Este tipo de certeza demanda la concurrencia de ciertos indicios, tales como la necesaria publicación de la regla¹¹²⁸. La certeza en la orientación, en cambio, presupone la certeza en la existencia, pero exige aquello último, es decir, que se conozca el contenido jurídico de la norma de modo tal que el sujeto sepa qué es lo que está permitido y qué es lo que está prohibido. Ese conocimiento debe ser libre de dudas y requiere, para ello, de claridad en el lenguaje jurídico, entre otras cosas¹¹²⁹.

Ahora bien, si resultase que frente a una misma cuestión jurídica dos divisiones de un mismo tribunal diesen respuestas diferentes, incluso, contradictorias, ¿cómo podría un individuo saber a qué atenerse? ¿De dónde obtendría la pauta para ordenar su comportamiento de modo que no sufra por él consecuencias jurídicas? Y no solo el individuo se ve afectado ante la falta de seguridad, tampoco los grupos sociales que actúan dentro del Estado sabrían a qué atenerse —cómo redactar el contrato, cómo planificar su negocio jurídico y una larga lista de etcéteras—. A nivel internacional y económico, nadie confiaría en un Estado cuyo ordenamiento jurídico no garantice la seguridad jurídica¹¹³⁰. Frente a su ausencia, reina la incerteza, la imprevisibilidad y, consecuentemente, la desconfianza.

Si, en cambio, se garantizara que una misma cuestión jurídica será resuelta del mismo modo, independientemente de los individuos que integren el tribunal, los justiciables sabrán a qué atenerse y esto, además, disminuirá el índice de juicios, como se verá oportunamente, pues nadie iniciará una causa en la que sabe que perderá.

En Estados Unidos, se afirma que el “derecho del circuito” aporta la necesaria previsibilidad para todos aquellos casos en los que no hay precedente vertical que obligue a

¹¹²⁴ Montejano, Bernardino, *Los fines del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967, pág. 61. Para un estudio completo de la relación entre la seguridad jurídica y el precedente, véase Marinoni, Luiz G., “El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica”, *Revista Ius et Praxis*, año 18, n° 1, 2012, págs. 249-266.

¹¹²⁵ McCormick, Neil, “The ethics of legalism”, *Ratio Juris* vol. 2, 1989, págs. 184-193.

¹¹²⁶ Garrido Gómez, María Isabel, “La predecibilidad de las decisiones judiciales”, *Revista Ius et Praxis*, Año 15, n° 1, pág. 60.

¹¹²⁷ Garrido Gómez, “La predecibilidad...”, págs. 60-61.

¹¹²⁸ Sobre la importancia de la publicación de las decisiones judiciales como requisito necesario para la exitosa aplicación de una doctrina del precedente, se volverá más adelante en el capítulo IV, sección 4.B.

¹¹²⁹ Ídem.

¹¹³⁰ Cfr. Díaz García, Luis I., “Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, n° 2, 2015, pág. 150.

la cámara de apelaciones¹¹³¹. Piénsese, entonces, cuánto más necesaria es una doctrina del precedente que consagre la obligatoriedad horizontal en las cámaras de apelaciones en un sistema como el nuestro, en el que ni siquiera existe el reconocimiento de la obligatoriedad del precedente vertical de la Corte Suprema ni una doctrina clara respecto de su fuerza.

La importancia de la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico queda de manifiesto si se considera los múltiples antecedentes constitucionales en los que ese elemento aparece: el Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811, el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento Provisorio del Congreso Constituyente de Tucumán del 3 de diciembre de 1817, la Constitución de 1819 y la de 1826¹¹³².

(iii) LEGITIMIDAD: lo que en Estados Unidos denominan “appearance of justice” no es más que la legitimidad exigible a los miembros del poder judicial, que garantiza que es el tribunal el que está juzgando y decidiendo¹¹³³, independientemente de la opinión de los jueces que ocasionalmente lo integran¹¹³⁴.

Para garantizar la legitimidad, se debe preservar la idea de tribunal por encima de la de un juez o jueces individuales. Esto cobra también mayor importancia en las cámaras de apelaciones pues, a diferencia de la Corte Suprema, en la que todos los jueces intervienen en todas las causas, en las cámaras suelen ser solo tres jueces los que deciden en representación de todo el tribunal y, en tal razón, la decisión debe ser atribuida al tribunal, quien la respalda¹¹³⁵. En este sentido, se ha dicho que la doctrina del “derecho del circuito” ayuda a evitar la percepción de que el resultado del caso depende de la composición del panel —o de la sala— que ha tocado en suerte¹¹³⁶.

La legitimidad, en los términos en que ha sido definida aquí, también es identificada como integridad del poder judicial y tiene su correlato en la confianza en el poder judicial por parte de la sociedad. En tal sentido, cuando las personas físicas y jurídicas notan que un tribunal trata del mismo modo a las partes que les presentan casos similares, se desarrolla un nivel de confianza en el sistema que, de otro modo, no existiría. Por el contrario, cuando las reglas de juego se reformulan constante y azorosamente, lo que se desarrolla es una concepción de arbitrariedad e inestabilidad¹¹³⁷.

¹¹³¹ Mead, J., “Stare Decisis in the Inferior Courts...”, pág. 811.

¹¹³² Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 8va edición, t. VI, pág. 26 apág. 4607.

¹¹³³ Mead, J., “Stare Decisis in the Inferior Courts...”, pág. 813.

¹¹³⁴ En este sentido, la Suprema Corte de Estados Unidos ha afirmado que la doctrina del *stare decisis* permite a la sociedad presumir que los principios fundamentales se sustentan el derecho mismo, y no en las inclinaciones de los individuos que integran los tribunales y, por tal razón, ello contribuye a la integridad del sistema constitucional de gobierno, tanto en apariencia como en la realidad. Cfr. Vasquez v. Hillery, 474 U.S. 254, 265–66 (1986).

¹¹³⁵ Sobre esto, y sobre la naturaleza jurídica de las salas, ver capítulo ..., sección ...

¹¹³⁶ Cfr. White, Rebecca H., “Time for a New Approach: Why the Judiciary Should Disregard the “Law of the Circuit” When Confronting Nonacquiescence by the National Labor Relations Board”, en *North Carolina Law Review*, vol. 69, n° 2, 1991, pág. 673.

¹¹³⁷ Cfr. Kozel, Randy J., “Stare Decisis as Judicial Doctrine”, en *Washington & Lee Law Review*, vol. 67, 2010, págs. 412-13; Shapiro, Martin, “Toward a Theory of Stare Decisis”, en *Journal of Legal Studies*, n° 1, 1972, pág. 125.

(iv) **COLEGIALIDAD**¹¹³⁸: se ha dicho que el beneficio que aporta la doctrina del derecho del circuito respecto de la colegialidad necesaria en las cámaras de apelaciones es algo que no tiene comparación en otras instancias¹¹³⁹.

Por colegialidad debe entenderse la circunstancia de que todos los jueces tienen un interés en común, como miembros del poder judicial, de encontrar la solución justa y que, como resultado de ello, están dispuestos a escuchar, persuadir y ser persuadidos, en una atmósfera civilizada y de respeto¹¹⁴⁰. En un tribunal en el que los jueces se ven obligados a decidir tal como lo han hecho sus colegas en casos anteriores o, en caso contrario, a reunirse en pleno para debatir, deben necesariamente tomarse en serio sus argumentos y esforzarse por encontrar algo en común con los propios¹¹⁴¹.

La colegialidad, además, les proporciona una red segura para corregir errores, nutrirse del conocimiento o especialización de otros jueces —incluso de aquellos que no formen parte del panel o de la sala— y enriquecerse con el intercambio¹¹⁴². Por el contrario, la posibilidad de que los paneles puedan constantemente desoír y contradecir lo que otros colegas han dicho allana el camino para contradicciones innecesarias y posturas extremistas e inflexibles, que no son receptivas de sugerencias o ideas que podrían dar lugar a una mejor o más justa decisión y que diluyen tanto la idea de tribunal como el sentimiento genuino de formar parte de un objetivo institucional, reafirman el individualismo de cada juez, dan lugar a la intromisión de la ideología dentro de la decisión judicial y, en definitiva, provocan el absurdo intolerable de que de un mismo tribunal se deriven decisiones diferentes y, en algunos casos, absolutamente contradictorias.

En suma, si un panel o sala ha tomado una decisión fundada, deliberada, que cree justa, la colegialidad sin duda se ve dañada cuando otro panel u otra sala simplemente la ignora¹¹⁴³.

(v) **ECONOMÍA JUDICIAL**: el establecimiento de una doctrina clara del precedente aporta incuestionables beneficios al funcionamiento interno del tribunal y a una pronta administración de justicia.

¹¹³⁸ Kozel utiliza la expresión “limitaciones individuales y sabiduría colectiva” para referirse a este beneficio que aquí es descrito bajo el rótulo de “colegialidad”. Kozel, R., *Settled versus Right*, pág. 38.

¹¹³⁹ Mead, J., “Stare Decisis in the Inferior Courts...”, pág. 816.

¹¹⁴⁰ Cfr. Edwards, Harry T., “The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, n° 5, 2003, pág. 1645.

¹¹⁴¹ Cfr. Edwards, H., “The Effects...”, pág. 1645. Edwards da un ejemplo concreto que ilustra acabadamente lo que se está tratando de decir, en una causa en la que el circuito de D.C. se reunió *en banc* y decidió por unanimidad un difícil caso que todos apostaban quedaría resuelto por azar en virtud de la ideología de los jueces que tocara en suerte en el panel (*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) (en banc) (per curiam). Para un relato detallado de esta anécdota —contada ni más ni menos que por un juez de cámara de larga data, como Edwards—, que refleja todo lo que esta tesis está intentando evidenciar, véase Edwards, H., “The Effects...”, págs. 1650-1651. Todo su artículo es interesante, pues testimonia también cómo la justicia se ve en peligro cuando en un tribunal colegiado no existe la colegialidad, lo que sucedió en su circuito, según él, en los años 80. Habla, como quien dice, con conocimiento de causa.

¹¹⁴² Cfr. Edwards, H., “The Effects...”, pág. 1650.

¹¹⁴³ Mead, J., “Stare Decisis in the Inferior Courts...”, pág. 817.

En primer lugar, la seguridad de saber cómo será decidido un caso en una cierta cámara desalentará el número de litigios, no solo porque ningún abogado aconsejará a su cliente iniciar un pleito que sabe que perderá, sino porque ya desde la etapa de contratación o de preparación de cualquier acto jurídico, las reglas claras establecidas por el tribunal permitirán anticipar lo necesario para evitar que se desencadene una controversia. De este modo, se desarrollará una serie de mecanismos y estrategias prejudiciales capaces de evitar una innumerable cantidad de pleitos. Asimismo, la previsibilidad en la resolución de las controversias alentará a la resolución extrajudicial de muchas cuestiones.

Por otro lado, los jueces se verán exentos de tener que estudiar una misma cuestión una y otra vez, incluso de dedicarle amplias fundamentaciones a cada uno de los casos que tienen ante sí o de copiar y pegar fundamentos a partir de plantillas previamente elaboradas y guardadas. El tiempo que se tardaría si los jueces tuvieran que analizar cada cuestión jurídica que se les presenta como si fuera la primera vez, sería muchísimo y, en consecuencia, ningún sistema legal podría responder a las necesidades de la sociedad¹¹⁴⁴.

Además, los jueces de primera instancia también sabrán a qué atenerse. De tal modo, si conocen con certeza cuál es la postura de la cámara respecto de determinada cuestión, se cuidarán de no contradecirla livianamente, pues no harán más que ocasionarle al particular un grave perjuicio y someterlo a una instancia donde seguramente esa sentencia sea revocada.

En suma, el establecimiento de un precedente vinculante, a largo plazo, se traduce en criterios de eficiencia y utilidad, cuanto menos, en los siguientes tres aspectos:

1. Eficiencia en el manejo de recursos y esfuerzo judicial, por cuanto el mismo argumento jurídico no deberá ser debatido o argumentado *ad infinitum*
2. Eficiencia en interés de los particulares y consecuente disminución del litigio, puesto que los particulares alcanzarán acuerdos extrajudiciales más fiables si consideran que el derecho está establecido en los precedentes y que no es probable que sea modificado
3. Disminución de recursos procesales, pues las instancias inferiores no irían en contra de la jurisprudencia estable de las superiores¹¹⁴⁵

(vi) LÍMITE A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL: la función judicial en los países pertenecientes a la tradición jurídica del *civil law* (en líneas generales, en Europa continental y América Latina), ha ido transformándose a lo largo del último siglo, recorriendo caminos impensados, que fueron convirtiendo al más débil de los tres poderes en el actual e indiscutible protagonista¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁴ Cfr. Cardozo, Benjamin N., *The Nature of Judicial Process*, pág. 149, 1921.

¹¹⁴⁵ Cfr. Bankowski, Zenon; McCormick, D., Neil; Morawski, Lech, Ruiz Miguel, Alfonso, “Rationales for Precedent”, en McCormick, D. N., *Interpreting...*, pág. 490.

¹¹⁴⁶ Para un adecuado análisis de la transformación del poder judicial a lo largo del siglo XX, puede consultarse: Gallo, Orlando, “¿Activismo o metamorfosis de la función judicial?”, en Palazzo, Eugenio L., *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 414-437; Portela, Jorge (2011). “El neoconstitucionalismo ¿es realmente neo?”. En *Gaceta Constitucional*, T. 48, 271-286;

No es aquí donde corresponde reflexionar acerca de la función judicial y su visiblemente ilimitado ejercicio, sino simplemente asumir que los jueces poseen hoy en día, incluso en los sistemas legales encuadrados dentro de la tradición del *civil law*, un gran poder y que, en ese contexto, la doctrina del precedente funcionaría como límite a la discrecionalidad judicial, en tanto sujeta a los magistrados a decisiones pasadas y los aleja de la tentadora individualidad o ideología personal como fuente de la decisión judicial. Desde los albores de la doctrina de la obligatoriedad del precedente, o *stare decisis*, en el *common law*, se reconoció que aquella obligatoriedad funcionaba como límite a la discrecionalidad judicial —evitando que el juez tomase las decisiones “de acuerdo a sus propios sentimientos”¹¹⁴⁷— y como antídoto frente a la arbitrariedad¹¹⁴⁸.

(vii) *INQUANTUM TOLLITUR CONSUEUDO*: Santo Tomás de Aquino indicaba que la modificación de una ley era una empresa que debía llevarse a cabo únicamente en casos excepcionales, pues ella misma ocasionaba un daño cuya justificación requería, como mínimo, que la nueva ley fuese muchísimo mejor que la vieja, de modo que sus beneficios compensen el daño causado por el solo hecho de modificar la ley¹¹⁴⁹. Esto, por cuanto la modificación de la ley trae aparejada la eliminación de una costumbre¹¹⁵⁰: aquella que pudo haber inspirado la ley y aquella que el cumplimiento de la ley pudo haber originado. Este razonamiento es aplicable analógicamente a lo que sucede con el precedente. La modificación de un precedente constituye un disvalor en sí misma y, por ende, debe ser evitada siempre que sea posible o bien fundamentada cuando sea necesaria.

Como se vio, son múltiples los argumentos que avalan la implementación de una doctrina del precedente aun en sistemas de *civil law*, incluido el de nuestro país, con todas sus peculiaridades. Muchos países latinoamericanos ya se han hecho eco de esto y están en camino de instaurar un precedente obligatorio o ya lo han hecho. En este sentido, la modificación del *Código do Processo* de Brasil ha significado un gran paso en la incorporación de la doctrina del precedente en un sistema de *civil law* (o híbrido, como sostienen algunos).

De este modo, queda de manifiesto que no solo no existe razón jurídica que impida el reconocimiento de cierto valor al precedente judicial, sino que la garantía de los derechos de los justiciables y la supervivencia del ordenamiento jurídico así lo exigen.

4. PRECEDENTE Y FUENTES DEL DERECHO

La discusión sobre si la jurisprudencia es o puede ser fuente formal de Derecho en sistemas de *civil law* ha dado lugar a grandes intercambios doctrinarios que siguen aún sin resolverse.

Santiago, Alfonso (h). “Neoconstitucionalismo”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, Volumen XXXV-II, 241-264.

¹¹⁴⁷ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, 1765, pág. 69 (“according to his private sentiments”).

¹¹⁴⁸ Hamilton, Alexander, *The Federalist*, n° 78.

¹¹⁴⁹ Véase, al respecto, Vandrunen, David, *Law & Custom. The Thought of Thomas Aquinas and the Future of the Common Law*, Peter Lang Publishing, Germany, 2003, ps. 42 y ss., especialmente, pág. 43.

¹¹⁵⁰ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 1ª2ae, cuestión 97, artículo 2.

Muchos postulan, incluso, que es un debate que debe abandonarse, puesto que no ha llevado a ningún lado¹¹⁵¹.

No existen dudas de que, en muchos casos, las discusiones generadas han sido terminológicas y se deben a que el vocablo “fuente” es multívoco¹¹⁵². Así, si se define “fuentes del Derecho”, desde una perspectiva amplia, como “los criterios de objetividad a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo”¹¹⁵³, sin duda la decisión judicial será considerada una fuente de Derecho. Sin embargo, la discusión central se ha dado en torno a si la jurisprudencia es o no una fuente *formal* del Derecho, lo cual supone una clasificación previa de fuentes en fuentes formales y materiales.

Fuentes formales serían, en ese contexto “las normas jurídicas generales mediante las que se establecen obligaciones emanadas de autoridad competente”¹¹⁵⁴, mientras que las fuentes materiales se reducirían a aquellos factores que influyen en el contenido de las normas jurídicas¹¹⁵⁵, pero que no constituyen normas jurídicas en sí mismos. Predicar de la jurisprudencia su carácter de fuente formal implicaría, en los términos de este debate, reconocer su potencialidad creadora de normas o reglas jurídicas con carácter general y reconocer, a su vez, la potestad normativa en cabeza de los jueces.

Más allá de que es evidente que la discusión sobre las fuentes no ha logrado resolver el desafío que constituye la relevancia que la jurisprudencia ha adquirido en los últimos tiempos, lo cierto es que es un asunto que es posible desligar del caso central de esta tesis. En efecto, se puede reconocer fuerza vinculante al precedente sin necesidad de dotar a la jurisprudencia del carácter de fuente creadora de normas jurídicas generales y abstractas. Aquel reconocimiento de fuerza vinculante al precedente no implica por sí mismo que la jurisprudencia sea fuente formal del derecho en los términos definidos: la doctrina del precedente obligatorio no se orienta a la creación de reglas generales de conducta o de coordinación para la vida social, sino a la ordenación en la toma de decisiones judiciales¹¹⁵⁶.

La consagración de la jurisprudencia como fuente formal de derecho tiene lugar siempre que se reconozca a una sentencia —o a un conjunto de sentencias— fuerza *erga omnes*, es

¹¹⁵¹ Núñez Vaquero, “Precedente en materia de hechos”, *Revista de Derecho*, vol. XXXI, n° 1, 2018, pág. 59; Ferreres Comella, V., “Sobre la posible...”, pág. 49; Gascón, Marina, “Rationality and (Self) Precedent: Brief Considerations Concerning the Grounding and Implications of the Rule of Self Precedent” pág. 38, nota al pie n° 10.

¹¹⁵² Cueto Rúa, Julio, *Fuentes del Derecho*, pág. 13; Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976 (2. ed.), págs. 110-111. Legaz y Lacambra identificó siete significados que le asignan a la expresión “fuente del derecho”: i) fuente del conocimiento de lo que es o ha sido el Derecho; ii) fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social; iii) autoridad creadora del Derecho; iv) acto concreto creador del Derecho; v) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho; vi) forma de manifestarse la norma jurídica; vii) fundamento de la validez de un Derecho subjetivo. Cfr. Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, 1979, 5ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, pág. 509.

¹¹⁵³ Cueto Rúa, J., *Fuentes del Derecho*, pág. 24.

¹¹⁵⁴ Cueto Rúa, J., *Fuentes del Derecho*, pág. 25.

¹¹⁵⁵ Cueto Rúa, *Fuentes del Derecho*, pág. 26.

¹¹⁵⁶ “...the point of precedent is to facilitate convergence in decisions, not to make law” (la razón de ser del precedente es facilitar la convergencia en las decisiones, no crear derecho). Lamond, G., “Do Precedents Create Rules?”, pág. 26.

decir, para todos. Solo así se estaría creando una norma jurídica general con fuerza de obligatoriedad. El reconocimiento de obligatoriedad del precedente no implica, sin embargo, el otorgamiento de fuerza *erga omnes*, sino que significa que casos posteriores deben resolverse del mismo modo: la decisión sigue siendo válida y aplicable únicamente a las partes del pleito, es decir, sigue siendo una regla jurídica individual, pero, simultáneamente, esa regla adquiere determinada fuerza (con distintos grados) para (ciertos) jueces que deben resolver casos posteriores.

La diferencia estriba en el establecimiento o no de una regla jurídica general de conducta para la sociedad con autoridad y el reconocimiento de poder normativo para hacerlo: en el caso de efectos *erga omnes* de una sentencia, esa regla jurídica es creada y el precedente judicial se transforma así en una fuente formal del derecho; en el caso de reconocimiento de obligatoriedad al precedente, esto no sucede¹¹⁵⁷.

La distinción se manifiesta también al analizar el fundamento del reconocimiento de obligatoriedad: la igualdad, la uniformidad y la seguridad jurídica, en primer lugar, la economía judicial y colegialidad, en segundo lugar. La doctrina del precedente se orienta, entonces, al modo en que las decisiones judiciales deben ser tomadas, a la organización de la resolución de controversias en un ordenamiento determinado.

El corazón mismo del *stare decisis et quieta non movere* (estar a lo decidido y no alterar lo ya resuelto)¹¹⁵⁸ tiene que ver con la fórmula según la cual los casos iguales deben ser resueltos de igual modo (“*treat like cases alike*”), y no con la creación de reglas o normas de conducta; esto, sin perjuicio de que el hecho real de que exista un precedente determinado pueda, como consecuencia indirecta, modelar la conducta de la sociedad, lo que no significa reconocer poder normativo a los jueces. Incluso, la repetición del modelo de conducta definido a partir del precedente podrá convertirse en costumbre jurídica y generar, como tal, una regla general¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷ En Lamond, Grant, “Do Precedents Create Rules?” (*Legal Theory*, n° 11, 2005, págs. 1-26) esta diferencia es presentada como dos modelos contrapuestos para explicar la naturaleza del *common law*, el modelo de reglas y el modelo de razones. Mientras que, de acuerdo con el primero, la función del precedente sería fijar el derecho con miras a guiar a los particulares y a los tribunales, el segundo sugiere que la función del precedente es ser un punto de partida para la decisión judicial, sin que implique otorgar a los jueces el poder de crear derecho.

¹¹⁵⁸ “to stand by things decided, and not to disturb settled points. The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation”. *Black’s Law Dictionary*, Seventh Edition. Bryan A. Garner, Editor in Chief, West Group, St. Paul, Minn, 1999; Cueto Rúa, J., *El “Common Law”. Su estructura normativa. Su enseñanza*, pág. 121; Legarre, Santiago, “Stare decisis y derecho judicial : a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos”, *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, pág.. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/stare-decisis-derecho-judicial-ensenanzas.pdf>, última visita el 9 de noviembre de 2018, pág. 1.

¹¹⁵⁹ En este sentido, es importante tener en cuenta que “hay una diferencia crucial entre una acción que tiene efectos normativos y una acción que tiene efectos normativos porque uno posee el poder normativo para crearlos” (“there is a crucial difference between one’s actions having a normative effect and one’s actions having that effect *because* one possesses the normative power to bring it about”). Lamond, G., “Do Precedents Create Rules?”, pág. 25; Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, 1990, págs. 98–104. Asimismo, queda claro entonces que “La intención de un modelo de precedente no es la proliferación del número de normas en el ordenamiento jurídico, pues no se busca introducir en el sistema normas generales y abstractas equivalentes a la ley, sino que se busca, por una cuestión de racionalidad, vincular la solución jurídica de

Otra manifestación de la razón de ser de la doctrina del precedente viene dada por la naturaleza misma de la actividad que realizan los jueces, en especial, en los sistemas en que el precedente es reconocido: los jueces resuelven casos o controversias específicas con dedicada atención y consideración de las circunstancias fácticas de cada caso concreto. Esto no se parece en nada al proceso de sanción de una ley, que consiste precisamente en alcanzar un parámetro abstracto que contemple un abanico de conductas —parámetro que no admite distinción fundada en una determinada circunstancia fáctica que justifique su inaplicación— y regule sus efectos. Parece que conviene abandonar, entonces, la pretensión de querer explicar la obligatoriedad del precedente desde la doctrina de las fuentes del derecho¹¹⁶⁰.

En el derecho anglosajón, el precedente adquirió carácter de fuente formal, por la inexistencia de normas de carácter legislativo (o por su poca cantidad)¹¹⁶¹. Pero esto no ha significado que siempre se haya reconocido obligatoriedad a ese precedente: de hecho, no fue hasta entrado el siglo XIX que eso sucedió¹¹⁶². Lo cual prueba la escindibilidad entre consagrar la jurisprudencia como fuente formal y adoptar una doctrina del precedente obligatorio.

En conclusión, el precedente puede, en un ordenamiento jurídico determinado, ser obligatorio, conforme una doctrina del precedente que así lo disponga, sin que por ello se convierta en una fuente formal del derecho, al no establecer una norma jurídica general que genere derechos y obligaciones en la comunidad. Mientras que, en otro ordenamiento jurídico, se puede reconocer obligatoriedad al precedente y, a la vez, dotar de eficacia *erga omnes* a esa sentencia, y así el precedente adquiriría carácter de fuente formal¹¹⁶³.

determinados jueces y tribunales a las circunstancias fácticas del caso concreto.” Zanetti Jr., Hermes, “Por que o poder judiciário nao legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015”, Revista de Processo, vol. 257, 2016, pág. 5, disponible en https://www.academia.edu/28271350/Por_que_o_Poder_Judici%C3%A1rio_n%C3%A3o_legisla_no_modelo_de_precedentes_do_C%C3%B3digo_de_Propocesso_Civil_de_2015, última visita el 6 de noviembre de 2018. En igual sentido, véase Austin, John, “Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law”, 5a ed., John Murrat, London, 1885, vol. II, págs. 621-622: “a law made judicially is made on the occasion of a judicial decision. The direct or proper purpose of its immediate author is the decision of the specific case to which the rule is applied, and not the establishment of the rule. (...) He knows that similar cases may be decided in a similar manner; and that the principles or grounds of his decision may therefore be a law by which the members of the community may be bound to guide their conduct. But, this notwithstanding, his direct and proper purpose is not the establishment of the rule, but the decision of the specific case to which he applies it” y Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, pág. 150: “The primary objective of the court which produced the precedent was to decide a dispute, not issue an edict which later courts can readily identify and accept.”

¹¹⁶⁰ “La obligatoriedad es una cualidad o carácter de alguna fuente, pero no es de ningún modo algo que la haga ser o no ser fuente del Derecho”. Aftalión, E. R.; Vilanova, J.; Raffo, J., *Introducción al Derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pág. 677, pág. 570.

¹¹⁶¹ Esto explica que exista toda un área jurídica denominada “*judge-made law*” (cfr. González Bertomeu, “Sin precedentes”) o “*unwritten law*” o, estrictamente, “*common law*” (cfr. Cueto Rúa, J., *El Common Law...*, pág. 29).

¹¹⁶² Cfr. Cross, R.; Harris, J. W., *Precedent...*, pág. 7; Plucknett, T. F. T., *A Concise History of the Common Law*, pág. 308.

¹¹⁶³ En este sentido, Aftalión, Vilanova y Raffo entendían que la categorización de la jurisprudencia como fuente formal y el carácter obligatorio que se le atribuyera a ciertos precedentes eran dos cuestiones independientes, de modo que de la obligatoriedad de los fallos plenarios que reconocía la ley no podía extraerse el carácter de fuente formal de la jurisprudencia, pero eso no implicaba que la jurisprudencia no fuera realmente fuente formal

Esta diferencia se acentúa más aún en el precedente horizontal en las cámaras de apelaciones, pues es la simultaneidad la que ocasiona la obligatoriedad y no la pretensión de consagrar al precedente como generador de normas. Esto ha sido advertido por el legislador, quien, a pesar de encontrarse en un sistema donde se desconocía el valor de la legislación como fuente del derecho, ha entendido que la contradicción entre salas era un asunto serio y decidió otorgar fuerza obligatoria al plenario. De este modo, reconocer fuerza al precedente horizontal no significaría romper absolutamente con el esquema que hasta ahora existe, sino que significaría extender esa obligatoriedad que ya se reconoce al plenario al precedente de las salas, pues esa será la forma más efectiva de proteger los intereses y valores que están en riesgo.

El cruce entre uno y otro asunto se produce en aquel ordenamiento jurídico que reconoce eficacia *erga omnes* a las sentencias judiciales; en ese escenario, la obligatoriedad del precedente debería ser una consecuencia lógica de la normatividad general de las sentencias: si la decisión judicial se transforma en regla de conducta para la comunidad, se debería reconocer a esa decisión judicial fuerza obligatoria para los jueces que debiesen resolver casos análogos posteriores.

El otorgamiento de eficacia *erga omnes* a una sentencia es una decisión política que debe evaluarse en cada ordenamiento jurídico, que depende de cómo cada sociedad organiza la creación y determinación de sus normas¹¹⁶⁴. Sin embargo, el análisis de su conveniencia en el ordenamiento jurídico argentino no es asunto de esta tesis.

5. PRECEDENTE Y DERECHO

Otra de las cuestiones que siempre ha ocasionado debates ha sido la relativa a si la sentencia judicial crea la decisión justa o simplemente la declara. Se ha preferido aludir aquí a la “decisión justa” y no a la creación de “derecho”, pues esto último puede generar confusión con lo analizado en el apartado anterior, en referencia a la creación de reglas jurídicas por parte del poder judicial, cuya relación con la obligatoriedad del precedente ya ha sido descartada.

Así es que este debate se desarrolla en torno a la naturaleza creativa o declarativa de la regla jurídica que contiene una decisión judicial, con independencia de si esa regla es individual (fuente material) o general (fuente formal). Tanto si la decisión judicial tiene efectos *inter partes* como si se le atribuyera efectos *erga omnes*, es igualmente válido hacerse las siguientes preguntas: ¿el juez está creando esa regla o está declarando una regla preexistente? ¿La sentencia crea el derecho o es una mera evidencia de él?

o en qué medida lo fuera (“es un tema previo que debe elucidarse independientemente de aquel”). Aftalión, Enrique R.; Vilanova, José; Raffo, Julio, *Introducción al Derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pág. 677, nota al pie n° 92.

¹¹⁶⁴ Cfr. Finnis. Esa decisión involucrará indudablemente consideraciones de diversa índole, tales como el esquema constitucional de cada ordenamiento jurídico, la actuación y evaluación del rol del poder legislativo y también del rol de facto que cumple el poder judicial y la conveniencia de otorgar a uno u otro el poder exclusivo o compartido de crear normas jurídicas en términos de legitimidad, eficacia y representatividad.

La respuesta a ese interrogante ha suscitado brillantes reflexiones de los más prestigiosos juristas a lo largo de varios siglos¹¹⁶⁵. Aquí se esbozará un intento de respuesta muy breve.

La creación o declaración de reglas jurídicas por parte de los jueces está íntimamente conectada con la teoría de la derivación de la ley positiva a partir de la ley natural que ha desarrollado Santo Tomás, de modo que un repaso de su doctrina debería bastar para responder, aunque fuera de modo genérico, esta cuestión. Para ello, será necesario aplicar al precedente todo lo que Santo Tomás explica de la derivación de la ley.

La materia contenida en el precedente judicial es la que determinará si el juez está creando derecho o declarando derecho preexistente. En efecto, si la solución a la controversia es la aplicación de un primer principio de la ley natural, sin duda esa sentencia será meramente declarativa. Por ejemplo, será declarativa la sentencia judicial que resolviera que la realización de una práctica abortiva constituye un delito contra la vida y debe, por ende, penalizarse: esa sentencia recibe su contenido por conclusión directamente de la ley natural y, por ende, no implica una actividad creativa de parte del juez en el sentido de la determinación del patrón de conducta, sino que él simplemente reconoce una regla de conducta ya existente.

En cambio, si la solución a la controversia exigiera la selección de una entre varias alternativas igualmente válidas —y suponiendo que esa elección no fue realizada, como debería haber sido cuanto menos en un sistema civilista, por el poder legislativo—, el juez al sentenciar está efectivamente creando algo que no existía antes, en tanto está fijando (para las partes o para la comunidad entera, según el efecto que se atribuyese a su sentencia) una nueva regla de conducta que no existía anteriormente. Por ejemplo, aquella sentencia que decide cuál debe ser la tasa de interés para determinada transacción (y elige, así, entre diversas opciones, como pueden ser tasa pasiva o tasa activa o el modo de computarla), sí está creando una regla jurídica. Otro ejemplo podría ser una controversia que implique dar solución a un problema ambiental concreto: una exigencia del derecho natural sería, en ese caso, que el juez adopte alguna medida que lo resuelva, pero el derecho natural no prescribiría concretamente ningún modelo de solución entre las diversas posibilidades razonables de resolverlo¹¹⁶⁶.

En aquellos casos, la derivación de esas reglas procede por determinación, de modo que en principio no importaría si fuera una solución u otra (siempre que estuvieran dentro de los parámetros de razonabilidad práctica, claro está), pero, una vez que el juez así lo ha establecido (“creado”) a través de su sentencia, es ella la que debe aplicarse¹¹⁶⁷.

Para ponerlo en términos generales, aquellas materias en las cuales el juez podrá estar creando “algo” serán las que “no requieren una decisión en algún sentido determinado, sino

¹¹⁶⁵ Blackstone, Holmes, Cardozo,

¹¹⁶⁶ El ejemplo es tomado de Contreras Aguirre, Sebastián, “La derivación del derecho positivo desde el derecho natural en Tomás de Aquino. Un estudio a partir de *Summa Theologiae* y *Sententia Libri Ethicorum*”, *Teología y Vida*, Vol. LIV, 2013, pág. 692.

¹¹⁶⁷ Se trata de la aplicación al precedente de la definición aristotélica de “justo legal”. Cfr. *Ethica Nicomachea* V 10, 1134b18–1135a5.

simplemente una decisión que excluya otras posibles”¹¹⁶⁸. Esta concepción implica, obviamente, asumir la contingencia de lo jurídico en tanto obrar humano y descartar la idea de que es posible encontrar una única respuesta correcta para cualquier controversia jurídica¹¹⁶⁹.

Desde ya que el poder creativo del juez dependerá también de cuán específica y precisa sea la norma. El juez solo creará, en un sistema codificado, en aquellos espacios que la norma deje libre¹¹⁷⁰.

En definitiva, cuanto más cerca de los principios de la ley natural se encuentre la resolución de la controversia, menos poder creativo tendrá el juez para encontrar la regla de solución y viceversa. En otras palabras, la creatividad del juez es inversamente proporcional al involucramiento de la ley natural en la resolución de la controversia.

Y esto, a su vez, está directamente relacionado con la posibilidad de modificar el precedente y los casos en que esta modificación debe proceder, lo cual lleva a analizar la tensión entre estabilidad y justicia que será abordada en el apartado siguiente¹¹⁷¹.

7. PRECEDENTE: ESTABILIDAD Y JUSTICIA

La tensión entre la estabilidad jurídica y la justicia es uno de los aspectos más difíciles de resolver al analizar la conveniencia de la adopción de una doctrina del precedente¹¹⁷². Más allá de que esta cuestión roza los campos aledaños del núcleo de la tesis, en cierta forma ningún postulado aquí planteado puede ser correctamente interpretado sin abordarlo.

En este sentido, debe advertirse que la regla general es que el precedente no debe modificarse. Esa regla admite algunas excepciones, la mayoría de las cuales serán analizadas en el capítulo VI. Una de esas excepciones, que es la que aquí se abordará, tiene que ver con el precedente injusto: ¿Debe ser seguido un precedente injusto? ¿Se puede plantear una defensa absoluta de la estabilidad o del precedente por encima de la justicia de ese precedente en cuestión? ¿En qué casos la justicia justifica el cambio?

Estas preguntas se relacionan también con la acusación de formalismo de la que una doctrina del precedente completamente desentendida del contenido de ese precedente puede ser objeto, con justa razón.

¹¹⁶⁸ Contreras Aguirre, Sebastián, “La derivación del derecho positivo desde el derecho natural en Tomás de Aquino. Un estudio a partir de *Summa Theologiae* y *Sententia Libri Ethicorum*”, *Teología y Vida*, Vol. LIV, 2013, pág. 688.

¹¹⁶⁹ La teoría de la respuesta correcta (*one-right-answer*) pertenece a Dworkin. Cfr. Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pág. 119; *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pág. 88 y ss.

¹¹⁷⁰ Sobre la relación ente la parálisis legislativa y el rol de los jueces, véase Bankowski, Z., *et al*, “Rationales for Precedent”, en McCormick, D. N., *et al*, *Interpreting Precedents*, pág. 492.

¹¹⁷¹ En efecto, la variabilidad de las leyes positivas —que aquí se extiende a los precedentes judiciales— se debe a que las determinaciones no tienen una relación directa e inmediata con los principios naturales. Cfr. Finnis, John, “The Truth in Legal Positivism”, *Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág. 177.

¹¹⁷² Un análisis detallado de este asunto puede hallarse en Kozer, Randy J., *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, 2017, *passim*.

También este asunto debe ser resuelto —aunque más no sea con cierta generalidad, pues la verdadera respuesta solo podrá hallarse en cada caso concreto— mediante el análisis de la doctrina tomista sobre ley natural y ley injusta, aplicando al precedente lo que tradicionalmente se aplica a la ley injusta.

La excepción que habilita el cambio de precedente por su “injusticia” debe ser, entonces, interpretada restrictivamente. Esto quiere decir que, de llano, no podrá ser aplicada respecto de aquellos precedentes cuyo contenido no deriva de la ley natural sino por determinación. Es decir, no podrá alegarse de “injusta” aquel precedente judicial en el que un juez hubiera elegido una de las tantas alternativas posibles: en todo caso, podrá considerárselo erróneo o podrá argumentarse que la alternativa elegida no era la mejor o la más conveniente, pero no procede la excepción de injusticia a un precedente para dejar sin efecto o reemplazar un precedente que no estuviera íntimamente ligado con la ley natural o con la aplicación de un primer principio de la razón práctica.

En cambio, sí podría alegarse la injusticia de un precedente que fuera contrario a un principio de la ley natural y dar inicio al mecanismo para dejarlo sin efecto. No obstante, en aplicación de la doctrina tomista de la ley injusta, se debería demostrar argumentativamente que dejar sin efecto ese precedente no generaría más injusticia que dejarlo en vigencia. En este sentido, debe tenerse presente la idea de que es mejor que algo esté establecido, aunque con cierta injusticia, a que no lo esté.

De este modo, la propuesta no es una doctrina del precedente obligatorio extremadamente formalista o que renuncie por completo a la idea de justicia en aras de la estabilidad. Se entiende que deberá haber una válvula de escape, aunque interpretada restrictivamente, para sortear aquellas situaciones que algunos han calificado de insoportablemente injustas¹¹⁷³. En este sentido, la propuesta concreta de doctrina del precedente que esta tesis sugiere habilita una modificación del precedente mediante un procedimiento agravado, lo cual también promueve que sea una verdadera injusticia la que justifique el *overruling* y no el criterio personal de los jueces.

¹¹⁷³ Cfr. Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pág. 76.

CAPÍTULO VI

LOS CAMBIOS DE JURISPRUDENCIA

1. INTRODUCCIÓN

Existió una época en que, en ciertos sistemas pertenecientes a la tradición jurídica del *common law*, el precedente judicial no podía dejarse sin efecto: su obligatoriedad era absoluta y no admitía excepciones de ningún tipo. Así fue aplicada la doctrina del *stare decisis* en el Reino Unido durante gran parte del siglo pasado¹¹⁷⁴.

El *Practice Statement*¹¹⁷⁵ de la House of Lords de 1966 flexibilizaría aquella práctica. En ese documento, los Lores afirmaron que si bien el precedente constituía una base indispensable para decidir qué es el Derecho y cómo debe ser aplicado a los casos individuales, una adhesión demasiado rígida podría ocasionar injusticia en un caso particular o restringir la evolución del derecho. A raíz de eso, propusieron modificar la práctica hasta entonces vigente y dotar de obligatoriedad al precedente, pero admitir que pudiera ser dejado de lado (*overruled*) cuando pareciera correcto hacerlo¹¹⁷⁶.

Estados Unidos, en cambio, jamás adhirió a una versión tan estricta del *stare decisis*¹¹⁷⁷, sin perjuicio de lo cual a través de su jurisprudencia la estabilidad del precedente iría haciéndose considerablemente fuerte en algunos casos —como los precedentes que interpretan *statutes*— y flexibilizándose en otros —como los casos de interpretación constitucional—.

Lo cierto es que, hoy en día, ni siquiera en los sistemas legales que reconocen una fuerte obligatoriedad del precedente se niega la posibilidad de que se lleve a cabo un cambio, de

¹¹⁷⁴See Cross, Rupert; Harris, W.J, *Precedent...*, pág. 5.

¹¹⁷⁵ Practice Statement, [1966] 3 All E.R. 77 (H.L.) (U.K.).

¹¹⁷⁶ “Their lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating formal decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so”.

¹¹⁷⁷ Cfr. Healy, T., “Stare Decisis as a Constitutional Requirement”, pág. 52.

que el derecho mute, varíe, se transforme¹¹⁷⁸. No obstante, esta posibilidad de que el precedente sea derogado viene acompañada, al menos en los sistemas de *common law*, por el reconocimiento de algunos parámetros generales acerca de cómo, a través de quién y en qué circunstancias es posible que la jurisprudencia sea modificada. De modo que, allí donde cierta obligatoriedad del precedente es reconocida, se admite la posibilidad de que aquel sea dejado sin efecto (*overruled*), siempre y cuando se configuren ciertas condiciones.

La dicotomía entre *stare decisis* —en el sentido de “respeto por lo ya resuelto”— y cambio jurisprudencial lleva ínsita otras tensiones más profundas e importantes que son, en su mayoría, de imposible resolución en abstracto: se trata del equilibrio entre la estabilidad y la adaptación a las circunstancias cambiantes, entre previsibilidad y justicia material o entre seguridad jurídica y reparación de los errores. En definitiva, se trata del equilibrio adecuado entre estabilidad y cambio.

Este es el mayor desafío que enfrenta el establecimiento de una doctrina que le reconozca cierta fuerza al precedente; sin duda la idea de que los casos similares deben ser resueltos de igual modo recibirá el apoyo de todos siempre que esa resolución sea considerada “buena” o “justa”, pero las críticas no tardarán en aparecer cuando se considere que la solución a la controversia —cuya repetición *in eternum* impone el precedente— es errónea o injusta. Y sin embargo, ninguna doctrina seria de precedente obligatorio podría reconocer el mero error o injusticia como excepción a esa obligatoriedad, pues eso implicaría una ilimitada —y, muchas veces, subjetiva— autorización para dejar sin efecto el precedente, que, en la práctica, podría derivar en una constante modificación de la jurisprudencia a criterio de cada juez o cada nueva integración del tribunal.

Si bien, como se mencionó, no hay una fórmula que permita superar la tensión de forma general y para todos los casos, algunos parámetros que han ido delineándose en la jurisprudencia de los Estados Unidos —un sistema, en líneas generales, respetuoso del precedente horizontal— sirven de faro no solo para esta tesis, sino para cualquier intento de implementación de una doctrina del precedente horizontal.

A continuación, se analizarán entonces cuáles son los lineamientos que deben ser tenidos en cuenta al evaluar un cambio de precedente en un sistema donde su obligatoriedad es reconocida. Finalmente, se realizarán algunas consideraciones específicas del cambio de jurisprudencia en las cámaras de apelaciones.

Ante todo, es preciso realizar algunas aclaraciones terminológicas. Frente a la imposibilidad de encontrar un término concreto que refleje en idioma español lo que significa en el *common law* el vocablo *overruling*, se vuelve necesario encontrar expresiones que se acerquen al concepto. Es por eso que, siempre que se haga referencia a “dejar sin efecto”, “dejar de lado”, “cambiar”, “apartarse” o “modificar” el precedente o la jurisprudencia, en realidad, se estará haciendo alusión a aquella noción de *overruling*, que se aplica a los precedentes en el *common law* y que fue examinada con detalle en el capítulo I, §3.B de esta tesis.

¹¹⁷⁸ “Si la primera regla del precedente es que las decisiones pasadas merecen respeto, la segunda es que ninguna decisión es intocable”. Cfr. Kozel, R., *Settled versus Right...*, pág. 60. La traducción me pertenece.

A su vez, los términos “precedente” y “jurisprudencia” deberán ser tomados aquí como sinónimos, pues las consideraciones que se realizarán se aplican tanto al cambio de un solo precedente, como al cambio de una línea jurisprudencial. En tanto en los sistemas de *civil law* es común que se utilice la expresión “cambio de jurisprudencia” en alusión a la problemática a la que se refiere este capítulo, esta expresión será utilizada en varias ocasiones.

2. LINEAMIENTOS PARA EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

A. *El cambio jurisprudencial es una excepción*

Lo primero a tener en cuenta en relación al cambio jurisprudencial es que el principio general indica que aquel no debe prosperar: el curso preferido de acción es el mantenimiento del precedente y el respeto por lo ya decidido¹¹⁷⁹.

La existencia de cambios frecuentes en el derecho no es buena para la sociedad política¹¹⁸⁰ y es contraria al Estado de Derecho¹¹⁸¹. Por otra parte, en aquellos casos en los que la implementación de un cambio se vuelve ineludible, el principio general es que ese cambio debería tener lugar por medio de normas y no de precedentes: “Si los poderes constituidos desean que cambie “la regla del juego”, la ley es la que debe ser alterada, nunca el entendimiento jurisprudencial a respecto de ella, que tiene que ser el mismo, en un sólo momento histórico y no modificarse más. Admitir decisiones diferentes concomitantes o, los llamados grandes vuelcos, es negar el Estado de Derecho, es estimular la proposición de acciones y el acto de recurrir”¹¹⁸².

¹¹⁷⁹ Tal como ha afirmado la Suprema Corte de Estados Unidos en *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827 (1991): “[s]tare decisis es el curso de acción preferido, en tanto promueve el desarrollo imparcial, predecible y consistente de los principios de derecho, fomenta la confianza en las decisiones judiciales y contribuye a la actual y valorada integridad del proceso judicial” ([s]tare decisis is the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process”).

¹¹⁸⁰ Aristóteles lo afirmaba al considerar que los cambios en las leyes solo incentivarán la desobediencia, pues dañaría el hábito creado por la antigua ley, que solo se alcanza con el paso del tiempo. Cfr. Aristóteles, *Política*, García Valdés, Manuela (trad.), Biblioteca Clásica Gredos, libro II, pág. 122. Véase, en el mismo sentido,

¹¹⁸¹ Cfr. Waldron, Jeremy, “Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach”, *Michigan Law Review*, vol. 111, is. 1, 2012, pág. 26.

¹¹⁸² Cfr. Alvim Wambier, Teresa Arruda, “La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el estado de derecho. Civil law y common law”, *Themis*, n.º 58, pág. 80. El nuevo Presidente de la Corte Suprema, Carlos Rosenkrantz, adhirió a esta concepción en una nota periodística en la que afirmó: “Hay dos tipos de jueces. Los que quieren determinados estados de cosas para los que el derecho y sus tradiciones de interpretación son obstáculos que hay que salvar. Y los que solo creen que deben juzgar a la luz del derecho y las tradiciones de interpretación. Estos últimos, entre los que me incluyo, creen que la responsabilidad de cambiar el estado de cosas es de los órganos representativos de la voluntad popular.” *La Nación*, <https://www.lanacion.com.ar/2190572-carlos-rosenkrantz-el-tema-del-impuesto-a-las-ganancias-no-es-la-consagracion>, del 11 de noviembre de 2018. Con esta idea en miras, llama la atención que el Ministro de la Corte haya afirmado, en esa misma entrevista, que los jueces en Argentina no están constreñidos por el precedente, puesto que precisamente es la adopción de una teoría del precedente la que favorece el *judicial restraint* que él propone: “...adopting a strong theory of precedent in constitutional law would have at least one consequence that I regard as desirable: it would promote judicial restraint (...) “the more predictable judicial

Son, entonces, los poderes representativos de la voluntad popular los que tienen a su cargo, en primer lugar, la introducción de modificaciones sustanciales al ordenamiento jurídico. Esto ha sido afirmado tanto en el *civil law* como en el *common law*¹¹⁸³.

Es por eso que el apartamiento de los precedentes debe ser visto como la última ratio¹¹⁸⁴, una excepción habilitada únicamente frente a determinados factores o circunstancias, que deben ser delineados con la mayor precisión posible y minuciosamente evaluados en el caso concreto, siempre con una presunción en contra del cambio.

La implementación de esta concepción exige un cambio de cosmovisión en sistemas jurídicos como el nuestro en el que el activismo judicial es evidente¹¹⁸⁵ y ciertos cambios de jurisprudencia, como los cambios en función de una nueva integración, son normalizados.

Pero la libertad con la que se conciben los cambios de jurisprudencia no solo es producto de la práctica tribunalicia, sino que también se refleja en el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de esto lo constituye la previsión del artículo 73 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en referencia a las costas en casos de jurisprudencia contradictoria. Allí se establece que, en los casos en que el desestimiento se debiere a cambios de legislación o jurisprudencia, las costas, en lugar de ser impuestas a cargo de quien desiste, podrán ser impuestas por su orden.

Eso demuestra que la única medida que el legislador ha decidido tomar para regular los cambios de jurisprudencia ha sido eximir de costas a quien se pudiera haber visto afectado por ellos. Además, esta excepción procesal en la imposición de costas es interpretada restrictivamente, en el sentido de que solo procede si se demostrase efectivamente que el

decisions become, the more this tends to enhance the power of other political institutions, because parties seeking change will have to turn to other institutions to obtain it. In this sense, judicial predictability may be the best guarantor that courts remain subordinate to other political institutions” (“la adopción de una fuerte doctrina del precedente en derecho constitucional tendría al menos una consecuencia deseable: promovería la contención judicial (...) cuanto más predecibles sean las decisiones judiciales, más se fortalece el poder de otras instituciones políticas, porque las partes que busquen el cambio deberán acudir a ellas para obtenerlo. En este sentido, la previsibilidad judicial podría ser la mejor garantía de que los tribunales se mantendrán subordinados a otras instituciones políticas” (Merril, T. W., “Originality, Stare Decisis...”, pág. 273 y pág. 275, nota al pie n.º 15). Indudablemente, la afirmación que el Presidente de la Corte realizó en torno al precedente abre más interrogantes de los que responde: cabe preguntarse si se estaba refiriendo solo a la Corte o a todos los jueces del país o cómo debe interpretarse entonces la referencia al *stare decisis* que la Corte ha hecho en fallos no tan lejanos, como Arte Radiotelevisivo (*Fallos*, 337:47 (2014)). De cualquier modo, ojalá aquella afirmación tenga un carácter crítico (tal como parece desprenderse del contexto) y motive un cambio al respecto.

¹¹⁸³ “In a democracy, innovation in law and policy is supposed to come from officials elected by the People, not from unelected judges” (En una democracia, la innovación en las leyes y en el poder de policía debería provenir de funcionarios electos por el Pueblo, no de jueces que no han sido elegidos). Merrill, T. W., “Originality, Stare Decisis...”, pág. 275.

¹¹⁸⁴ Cfr. Soderó, Eduardo, “Sobre el cambio de los precedentes”, en *Revista Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, n.º 21, 2004, pág. 230.

¹¹⁸⁵ Sobre activismo judicial y sus riesgos, véase Tozzi, Piero A., Marcilese, Sebastián y Muga González, Rossana, “El activismo judicial en Latinoamérica. Análisis a raíz de la reciente jurisprudencia argentina proaborto”, en *El Derecho*, 251, 2013, págs. 726-744; Santiago, Alfonso, “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo”, *Dikaion*, año 22, núm. 17, 2008, págs. 132-155 y Torres, Luis Fernando, “El Activismo Judicial en la era Neconstitucional”, en *Iuris Dictio*, año 13, vol. 5, 2013, págs. 55-80.

cambio “afecta la previsibilidad o la seguridad jurídica, en relación a los criterios jurídicos (jurisprudenciales) que se tuvieron en miras al momento de iniciarse el planteo”¹¹⁸⁶.

Se torna evidente entonces que la consagración de una doctrina seria del precedente exige un cierto cambio de perspectiva en lo referido a la estabilidad del precedente y el reconocimiento de su fuerza. Está claro que ese cambio no se alcanzará únicamente con la incorporación formal de una doctrina del precedente obligatorio; será necesario reflexionar sobre la ineficacia de los poderes representativos para resolver con solvencia los problemas jurídicos que agobian a la sociedad y la incapacidad (o el desinterés) de reflejar el mandato que el pueblo les otorgó al elegirlos. Todo esto ha ido desfigurando el verdadero rol del poder judicial y exigiendo de él más de lo que correspondería, de modo que el activismo no es algo que solo pueda ser imputado a los jueces.

B. Las circunstancias que podrían dar lugar a un cambio deben ser analizadas en cada caso concreto

A lo largo de este capítulo se mencionará una serie de factores que resultan de consideración relevante al momento de evaluar la necesidad de llevar a cabo un cambio en el precedente. Sin embargo, es fundamental tener en cuenta que ninguno de estos factores puede ser tomado, en abstracto, como una causal justificatoria de *overruling*, sino que su configuración y su relevancia deberán ser evaluadas en el caso concreto y sopesadas con las desventajas que conlleva el dejar sin efecto un precedente.

Así es que, el segundo lineamiento a tener en cuenta al momento de evaluar los méritos para dejar sin efecto el precedente, es que se trata de un análisis caso por caso¹¹⁸⁷, de modo que aquella razón que pudo haber justificado, en el pasado, el *overruling* de un precedente, puede no configurarse en el presente o no tener la entidad suficiente para dejar de lado el principio general de que el precedente no puede modificarse.

El estudio caso por caso se fundamenta también en que la materia sobre la que versa el precedente es esencial para determinar la procedencia de su *overruling*. Así, por ejemplo, aquellos precedentes que se limitan a interpretar el sentido de una norma exigen la mayor deferencia y deben, por ende, gozar de mayor estabilidad¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁶ Sedlacek, Federico, “Bases para la aplicación para la aplicación de la teoría del precedente de la República Argentina”, ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, 2015, disponible en

https://www.academia.edu/13396049/Bases_para_la_aplicaci%C3%B3n_de_la_teor%C3%ADa_del_precedente_en_la_Rep%C3%BAblica_Argentina, pág. 3.

¹¹⁸⁷ Cfr. Walker, John M., Jr., “The Role of Precedent in the United States: How do Precedents Lose Their Binding Effect?”, China Guiding Cases Project, 2016, disponible en

<https://cgc.law.stanford.edu/commentaries/15-john-walker/>, última visita el 12 de noviembre de 2018.

¹¹⁸⁸ Cfr. *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 172-73 (1989); Barrett, Amy, “Statutory Stare Decisis in courts of appeals”, en *George Washington Law Review*, vol. 73, 2004-2005, págs. 317-352. La estabilidad del precedente que interpreta un *statute* es también reconocida en la mayoría de los circuitos de las cámaras de apelaciones de Estados Unidos: *Zurko*, 142 F.3d 1447, 1457-58 (Fed. Cir. 1998) (en banc), *Bath Iron Works Corpág. v. Dir., Office of Workers' Compág. Programs*, 136 F.3d 34, 42 (1st Cir. 1998); *Chi. Truck Drivers v. Steinberg*, 32 F.3d 269, 272 (7th Cir. 1994); *Critical Mass Energy Project v. Nuclear Regulatory Comm'n*, 975 F.2d 871, 875-76 (D.C. Cir. 1992) (en banc); *Owen v. Comm'r*, No. 78-1341, 1981.

Hay distintas razones para explicar esta mayor fuerza de los precedentes interpretativos. En primer lugar, se aduce que en los casos en que un precedente interpreta una norma, el Congreso siempre tiene la potestad de modificarla si no estuviera de acuerdo con esa interpretación. De allí que, si el Congreso no la hubiere modificado, se presume que está de acuerdo con la doctrina que surge del precedente y este, por ende, adquiere mayor fuerza y estabilidad. En segundo lugar, se argumenta que, en esos casos, no corresponde modificar el derecho a través de un cambio en el precedente, sino que, por respeto al principio de división de poderes, si el cambio es necesario, debe operar por intermedio del Congreso. En este sentido, subyace en la estabilidad que se le reconoce a estos precedentes la idea de supremacía legislativa, que reconoce al Congreso la competencia y responsabilidad primaria de moldear el derecho a través de las leyes¹¹⁸⁹.

A su vez, es sabido que los precedentes constitucionales gozan de menor estabilidad¹¹⁹⁰ y dejan más lugar a cambios, aunque no por ello el *overruling* deja de ser una excepción de interpretación restrictiva. Esto se ha justificado bajo el argumento de que la única forma de operar el cambio necesario sería, si no se admitiera el *overruling* en estos casos, la modificación de la Constitución misma¹¹⁹¹. Así lo tiene entendido también la Corte Suprema argentina¹¹⁹².

Por último, en algunos casos se ha hablado de “*superprecedents*”¹¹⁹³, es decir, superprecedentes, que gozarían aun de mayor estabilidad. Se trataría de aquellos precedentes constitucionales que constituyen decisiones fundacionales amplia y uniformemente aceptadas por la sociedad y por las autoridades públicas (la Corte, el Presidente y el Congreso¹¹⁹⁴) durante un periodo de tiempo significativo¹¹⁹⁵. Ejemplos concretos de “*superprecedent*” son *Marbury v. Madison*¹¹⁹⁶ y *Brown v. Board of Education*¹¹⁹⁷.

¹¹⁸⁹ Cfr. Barrett, A., “Statutory Stare Decisis...”, pág. 319, última visita el 16-3-2018

¹¹⁹⁰ *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 407 (1932); *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44, 63 (1996); *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 965 (1991); *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827-30 (1991). Para un análisis en detalle sobre este asunto, puede consultarse la Sección 2 del capítulo de Santiago Legarre, “*Stare decisis* horizontal y obligatoriedad atenuada”, en *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2016, §2.

¹¹⁹¹ Cfr. *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 235 (1997), *Justice O'Connor*; *Mitchell v. W.T. Grant Co.* 416 U.S. 600 (1974), *Justice Powell*; *Burnet v. Colorado Oil and Gas Co.*, 285 U.S. 393, del voto en disidencia de *Justice Brandeis*.

¹¹⁹² *Fallos*, 337:47, “Arte Radiotelevisivo Argentina SA c/EN – JGM – SMC s/amparo ley 16986”, sentencia del 11 de febrero de 2014.

¹¹⁹³ También denominados “super-duper precedents”. El término tomó estado público en una pregunta formulada por el Senador Specter de Pennsylvania, durante los *hearings* del Justice Roberts, aunque se le atribuye su primer uso al Judge Luttig, que pertenece a la Court of Appeals del cuarto circuito.

¹¹⁹⁴ Gerhardt, Michael J., “The Irrepressibility of Precedent”, en *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2008, pág. 1293.

¹¹⁹⁵ Gerhardt, Michael J., “Super Precedent”, *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, pág. 1206. Hay otros factores a tener en cuenta para la categorización de un *superprecedent*, como por ejemplo la dificultad de que un precedente entre en esa categoría si es constantemente desafiado y cuyo *overruling* se solicita repetidas veces a lo largo del tiempo. Ídem, pág. 1222.

¹¹⁹⁶ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Cfr. Gerhardt, M. J., “Super Precedent”, pág. 1209.

¹¹⁹⁷ 347 U.S. 483 (1954). Ídem. En la definición que propone Gerhardt, *Roe v. Wade* no debería ser considerado un “*superprecedent*” (cfr. pág. 1220).

Todas estas categorías también son parte de la consideración caso por caso que debe efectuarse cuando se debe resolver si mantener o no un precedente. Se pueden distinguir, en base a lo mencionado, una jerarquía de precedentes¹¹⁹⁸ en base a la deferencia que inspiran y la estabilidad de la que gozan: en la cima, estarían los superprecedentes; luego, los precedentes interpretativos de normas; en tercer lugar, los precedentes “de *common law*”, que son aquellos que versan sobre una materia en la que no existe una norma y, finalmente, los de interpretación constitucional, que gozan de una estabilidad más debilitada¹¹⁹⁹.

No obstante, es preciso reiterar que esta categorización no habilita un *overruling* en términos abstractos de aquellos precedentes que se encuentran en la base: es preciso que se den, en el caso concreto, algunas de las razones que justificarían el cambio y que se fundamente adecuadamente su procedencia.

C. El cambio de jurisprudencia solo puede ser llevado a cabo por quienes están habilitados para ello

Una vez que la obligatoriedad del precedente es reconocida en un sistema jurídico, esta viene ligada a una regla según la cual el *overruling* (o dejar sin efecto el precedente) solo puede ser realizado por el tribunal legitimado. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, solo la Suprema Corte puede dejar sin efecto su precedente, jamás podrán hacerlo los tribunales inferiores¹²⁰⁰.

En las cámaras de apelaciones, donde se acepta la obligatoriedad del precedente del circuito para todos los paneles que lo integran, únicamente el tribunal *en banc* puede dejar sin efecto el precedente de un panel¹²⁰¹. Del mismo modo, desde la perspectiva vertical del precedente de las cámaras, el tribunal de primera instancia (district court) no podrá dejar sin efecto el precedente de su superior.

D. La justificación del cambio exige una carga argumentativa mayor

¹¹⁹⁸ La jerarquía fue esbozada en Eskridge, William N. Jr., “Overruling Statutory Precedents”, en *Georgetown Law Journal*, vol. 76, 1988, pág. 1362, aunque no incluye la categoría de “superprecedents”, que, como se aprecia, surge con posterioridad a la publicación del artículo.

¹¹⁹⁹ Esta categorización (sin mención de los “superprecedents”) también es utilizada por Amy Barrett. Barrett, Amy, “Statutory Stare Decisis...”, pág. 321.

¹²⁰⁰ “La obligación a cargo de un tribunal inferior de seguir el precedente de la Suprema Corte es absoluta” (“A lower court’s obligation to follow Supreme Court precedent is absolute”), *Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc.*, 490 U.S. 477, 484 (1989) y los tribunales inferiores deben aplicar el precedente de la Suprema Corte como obligatorio hasta tanto la propia Corte instruya en sentido contrario. Cfr. *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 20 (1997). En igual sentido, se afirma que las cortes inferiores nunca deben rechazar un precedente de la Suprema Corte, incluso si esa decisión fuera manifiestamente errónea, se hubiera visto erosionada por el paso del tiempo o hubiese sido cuestionada por los mismos ministros de la Corte. Cfr. Kozel, Randy J., *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pág. 7.

¹²⁰¹ Con la excepción, no exenta de críticas, del informal en banc, donde se circula el proyecto de sentencia que deja sin efecto el precedente en busca de objeciones y si estas no se producen, el panel dicta esa sentencia. Véase, sobre el particular, el capítulo 3, sección 6.F.

El abandono discrecional de los precedentes es inadmisibile¹²⁰², por cuanto vulnera la seguridad jurídica, la igualdad y la previsibilidad. Es por eso que el cambio de jurisprudencia requiere una mayor fundamentación¹²⁰³, justificación especial¹²⁰⁴ o el desarrollo de razones suficientes¹²⁰⁵, que suelen identificarse con una carga argumentativa exigible a quien promueve el cambio.

La fundamentación supone no solo una simple explicación de las nuevas razones que justifican la decisión, sino una justificación suplementaria que evidencie: (i) la imposibilidad de mantener el precedente y la necesidad de dejarlo sin efecto¹²⁰⁶. Esto último es muy importante, pues pueden existir múltiples y válidas razones para adoptar una cierta solución, pero si existe ya un precedente que adopta otra, esas razones ya no bastan: es necesario que existan razones precisas que demuestren que es preciso dejar de lado la solución anterior. Se sobreentiende que la justificación especial no puede fundarse en que el precedente es considerado erróneo; (ii) la capacidad de universalización de la nueva solución y de su adopción como pauta para resolver las más variadas situaciones concretas que pudieran darse en el futuro¹²⁰⁷. Esto último abarca también la demostración de que la nueva solución propuesta es la que mejor se adecúa al bien común, que es definitiva el fin al que tiende el Derecho.

La carga argumentativa pesa, en primer lugar, sobre la parte que pretende que el tribunal deje sin efecto el precedente¹²⁰⁸. En este sentido, no es la parte que quiere preservarlo la que tiene la carga de demostrar por qué el precedente debería ser preservado¹²⁰⁹.

Esto va en línea con el primer lineamiento que se desarrolló aquí: el *overruling* es una excepción y tiene una presunción en su contra. En segundo lugar, pesará sobre el propio tribunal, si es que decide finalmente dejar sin efecto el precedente. Algunos ven en estas afirmaciones una aplicación del principio de inercia desarrollado por Perelman, conforme con el cual resulta irrazonable abandonar sin fundamento una concepción ya aceptada¹²¹⁰.

La “carga argumentativa calificada” en cabeza de quien pretende modificar un precedente fue reconocida en materia de precedentes constitucionales por la Corte Suprema de Justicia

¹²⁰² Citar Alexy. En igual sentido, véase Sodero, “Sobre el cambio de precedentes”, pág. 229.

¹²⁰³ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*, 3a. ed., Astrea, Bs. As., 1992, t. I, pág. 204/5.

¹²⁰⁴ Cfr. *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 443-44 (2000); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577-78 (2003); *Arizona v. Gant*, 556 U.S. 332, 348-51 (2009).

¹²⁰⁵ Aunque la expresión fue criticada por su amplitud: “La noción de “razón suficiente”, sin embargo, puede abarcar cualquier tipo de situación y, por eso mismo, no es digna de confianza. Sólo se puede superar esta desconfianza aclarando cuáles son razones suficientes para excepcionar el estándar y por qué lo son.” Cfr. Mendonça, Daniel, “Igualdad en la aplicación de la ley”, pág. 325

¹²⁰⁶ Gascón, Marina, “Rationality and (Self) Precedent: Brief Considerations Concerning the Grounding and Implications of the Rule of Self Precedent” págs. 41 y 42.

¹²⁰⁷ Marinoni, Luiz Guilherme, “El precedente interpretativo como respuesta...”, nota al pie n° 45 y texto que la acompaña.

¹²⁰⁸ Esto fue expresamente mencionado por la Corte Suprema argentina en “Arte Radiotelevisivo” (Fallos 337:47, con una curiosidad adicional: la Corte entendió que esa carga se profundiza cuando la parte es la misma que ha intervenido en el caso anterior análogo.

¹²⁰⁹ Cfr. Barak, Aharon, *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1989, pág. 241.

¹²¹⁰ Cfr. Sodero, Eduardo, “Sobre el cambio de los precedentes”, pág. 226.

de la Nación en el fallo *Arte Radiotelevisivo*¹²¹¹. Por su parte, la Suprema Corte de Estados Unidos, también ha requerido una justificación especial incluso en el apartamiento de precedentes constitucionales que, como se ha visto, suelen inspirar una deferencia menor¹²¹².

3. FACTORES QUE PUEDEN INCIDIR EN EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

En esta sección se analizarán determinados factores que deben ser tomados en consideración por los jueces al momento de evaluar si mantener o no un precedente y que podrán servirles de guía para fundamentar su decisión y cumplir con la carga argumentativa. Muchos de estos factores fueron enumerados por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Planned Parenthood v. Casey*¹²¹³ (en adelante, *Casey*) (aunque, como se indicará en algunas ocasiones a lo largo de esta sección, no fueron bien aplicados).

A. Principios de la ley natural

Queda claro que aquel precedente que vulnere los primeros principios de la ley natural o se oponga a ellos, debe ser dejado sin efecto. Esto fue abordado oportunamente en el capítulo V, sección 7 de esta tesis, donde corresponde remitirse.

B. Viabilidad (workability)

Este factor es tan amplio que podría dar lugar a que se inmiscuyera la ideología del juez con el objetivo de dejar sin efecto el precedente. Bastaría con alegar la inviabilidad de aquel precedente con el que no estoy de acuerdo.

Por ello, es necesario determinar estrictamente su aplicación y circunscribirla a una cuestión de procedimiento: el factor de viabilidad responde a la pregunta de si los tribunales, los justiciables y otros interesados han podido o no extraer una regla de esa decisión y obrar conforme a ella sin dificultades¹²¹⁴. En este sentido, se ha dejado sin efecto el precedente que hubiera resultado de confusa y dificultosa aplicación¹²¹⁵.

La Suprema Corte de Estados Unidos hizo alusión a este factor en *Casey*, al evaluar la viabilidad de la regla que surgía de *Roe v. Wade*, citando el caso *Garcia v. San Antonio*

¹²¹¹ “quien pretenda del Tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata deberá 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.” CSJN, *Fallos*, 337:47 (2014), “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/EN – JGM – SMC s/amparo ley 16986”, sentencia del 11 de febrero de 2014, considerando 7°.

¹²¹² *United States v. International Business Machines Corp*, 517 U. S. 843, 856” (“Dickerson v. United States”, 530 U. S. 428, 429 [2000]).

¹²¹³ 505 U.S. 833, 854 (1992).

¹²¹⁴ Kozel, R., *Settled versus Right*, págs. 109 y 110.

¹²¹⁵ *Nichols v. United States*, 511 U.S. 738, 746 (1994).

*Metropolitan Transit Authority*¹²¹⁶. En este último caso, la Suprema Corte evaluaba si determinado estándar para delimitar las funciones gubernamentales que gozan de inmunidad era o no viable (*workable*), en función de si había permitido al gobierno y a los particulares reconocer un parámetro de distinción.

C. *Confianza (reliance)*

La consideración de este asunto se orienta a identificar cómo quedaría afectada la sociedad si el precedente fuera dejado sin efecto, apuntando concretamente a evaluar la confianza que las personas pudieran haber depositado en él y las probabilidades de que hubieran fundado sus actos, contratos o decisiones a partir de lo que el precedente establecía¹²¹⁷.

Si se encontrase que el precedente habría influido en el desenvolvimiento de ciertas decisiones, negocios o acciones de la sociedad, el precedente debería mantenerse. Si, en cambio, se encontrase que el precedente no tuvo entidad tal o no era idóneo para generar determinadas expectativas, y esto pudiera justificarse adecuadamente, el cambio en el precedente podría ocurrir. En otras palabras, se trata de evaluar el grado de confianza que se desprende del precedente y que podría haber inspirado a las partes a extraer de él una regla de conducta y comportarse de acuerdo con ella.

Por ejemplo, se ha entendido que el precedente genera menor confianza en los casos en que hay fuertes disidencias o una votación muy pareja¹²¹⁸ y se ha demostrado, también, que esos precedentes son los más propensos a ser dejados sin efecto¹²¹⁹. Ese podría ser uno de los argumentos para demostrar que los intereses afectados no ameritan el mantenimiento del precedente.

El factor “confianza” fue mencionado en la *Practice Statement* de la House of Lords, en la que manifestaron que, si bien el precedente podría ser modificado de allí en más, los lores tendrían en cuenta el peligro de afectar retrospectivamente las bases en las que los contratos, acuerdos fiscales u otro tipo de negocios pudieran haber sido realizados¹²²⁰. El mecanismo con el que este factor debe ser ponderado es a partir de un balance entre la ganancia esperada y la pérdida esperada, en el que se sopesa “qué tan importante es la previsibilidad para aquellos que se verán afectados por la decisión, y si vale la pena pagar el precio por esa previsibilidad. El precio a pagar estará dado por la frecuencia con que se continuarán repitiendo los resultados subóptimos, multiplicada por los costos que esos resultados subóptimos generan”¹²²¹. Queda claro que es imposible fijar una fórmula matemática exacta para resolver estas cuestiones; sin embargo, la fórmula propuesta permite identificar, al menos, cuáles son los factores que deberán ponderarse.

¹²¹⁶ 469 U.S. 528, 546 (1985).

¹²¹⁷ Para un análisis detallado de este factor en particular, puede consultarse Kozel, Randy J., “Precedent and Reliance”, en *Emory Law Journal*, vol. 62, 2013, págs. 1459-1507.

¹²¹⁸ Payne, 501 U.S. at 829.

¹²¹⁹ Cfr. LeRoy, Michael H., “Death of a precedent: Should Justices Rethink Their Consensus Norms?”, en *Hofstra Law Review*, vol. 43, n° 2, 2014, pág. 378.

¹²²⁰ Practice Statement, [1966] 3 All E.R. at 77 (U.K.).

¹²²¹ Schauer, F., *Precedent*, pág. 598.

En general, se trata de un parámetro que es mayormente aplicado para asuntos comerciales¹²²². No obstante, este factor fue aplicado en *Casey*, donde la Suprema Corte consideró que debía evaluar si la limitación de la regla de *Roe* al poder del estado podía ser dejada sin efecto sin una seria inequidad para aquellos que habían confiado en ella¹²²³. La evaluación de este factor en un asunto como el aborto fue muy controversial, pues el tribunal interpretó que “por dos décadas, la gente había organizado sus relaciones íntimas y hecho elecciones que definieron su visión de sí mismos y de su lugar en la sociedad basados en la confianza de la disponibilidad de la práctica del aborto en el caso que la contracepción hubiera fallado.”¹²²⁴

D. Crítica severa, disconformidad social e impugnación judicial del precedente

No es este —al igual que ninguno de los factores mencionados— un factor que conduzca por sí solo al *overruling* de un precedente. Es sabido que la verdad no es producto del consenso y que no siempre el consenso social refleja lo justo. Sin embargo, la incorporación de este factor como parámetro de evaluación al momento de decidir si mantener o no un precedente tiene como fin que los jueces presten atención a si el precedente fue severamente criticado por la sociedad o por la doctrina especializada y por qué (por ejemplo, la crítica podría reflejar la configuración de otro de los factores mencionados: la inviabilidad del precedente). Este factor también abarca las opiniones personales disidentes que otros jueces pudieran explicitar en sus sentencias. En definitiva, se trata de apreciar el diálogo que puede surgir entre la sociedad o los receptores del precedente, por un lado, y el poder judicial, por el otro. Ese diálogo será valioso para evaluar si el precedente es útil o no para alcanzar el bien común o si se dan las condiciones suficientes que justifiquen un cambio.

Si el precedente encuentra una gran resistencia y es constantemente desafiado en los tribunales, eso también será un factor a ser tenido en cuenta¹²²⁵.

E. Circunstancias sociales, políticas o económicas

Esta cuestión es generalmente mencionada y ha originado importantes cambios jurisprudenciales en nuestro país. Sin embargo, es necesario considerarla con mucha cautela.

Primero y principal porque, en general, en caso de que determinadas circunstancias específicas (como una emergencia económica o una crisis política) realmente exigieran un cambio, esas nuevas circunstancias podrían dar lugar a un legítimo *distinguishing* por medio del cual se diferencien los hechos actuales de la plataforma fáctica del precedente, sin que sea necesario dejar sin efecto este último.

¹²²² *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828 (1991) (“Considerations in favor of stare decisis are at their acme in cases involving property and contract rights, where reliance interests are involved...”).

¹²²³ 505 U.S. 833, 856 (1992).

¹²²⁴ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 856 (1992).

¹²²⁵ *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991) pág. 729.

Segundo, porque la amplitud y abstracción de los factores que se ven involucrados los deja expuestos a interpretaciones subjetivas que podrían ser convertirlos en objetos de manipulación con el fin de desterrar precedentes con los que no se estuviera de acuerdo. En este sentido, deberá evaluarse cuidadosamente la verdadera existencia de un cambio social, para lo cual podría justificarse la apelación a mecanismos que ayuden a los jueces a formar su juicio acerca del sentir social, tales como los *amicus* o las audiencias públicas.

Para evitar que esto último suceda, el cambio de circunstancias como motivador de un cambio en la jurisprudencia debe ser delimitado en su aplicación en los siguientes términos: sería posible sopesarlo al momento de resolver un cambio de criterio, siempre que sea indispensable ajustar las decisiones de la autoridad a los cambios históricos y culturales de las comunidades, pero únicamente en aquello que es materia de determinación y, por ende, de elección entre dos o más alternativas igualmente razonables. Con esto no quiere decirse que se puede dejar sin efecto un precedente simplemente porque otra de las alternativas se presente como mejor o más idónea a las nuevas circunstancias; no basta proponer una simple mejora para modificar lo establecido ni para justificar que los jueces realicen una modificación que, en principio, correspondería al poder legislativo.

Para argumentar el cambio se deberá demostrar entonces que la alternativa que propone el precedente es insostenible o genera graves perjuicios, es decir, que ha dejado de ser una alternativa válida y que el poder legislativo no cumple su rol en el reemplazo de esa alternativa por otra. Cueto Rúa se refiere a estos supuestos como aquellos en los que existe “una alteración sustancial de la situación social de tal naturaleza que, a su luz, las sentencias precedentes hayan perdido sentido como expresión de justicia, transformándose en un factor de iniquidad y atentatorio contra el bienestar social”¹²²⁶.

La Suprema Corte de Estados Unidos ha hecho aplicación de este factor¹²²⁷. También lo ha hecho el Tribunal Constitucional de Colombia, en casos en que la jurisprudencia que ha sido “adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior”. No obstante, equivocadamente ha sostenido que en estos casos el juez posterior debe considerar que la jurisprudencia es errónea cuando, en realidad, no es el error el que justifica el cambio.

4. FACTORES QUE NO PUEDEN INCIDIR EN EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

A. Cambio de integración

Así como es ilegítimo dar una solución determinada a una controversia exclusivamente en razón de que quien acciona (o aquel contra quien se acciona) es una persona y no otra, también es ilegítimo dar una determinada solución y no otra exclusivamente en razón de que el juez que salió sorteado para decidir es uno y no otro.

¹²²⁶ Cueto Rúa, J. *El Common Law...*, pág. 142.

¹²²⁷ *Puryear v. State*, 810 So. 2d 901, 905 (Fla. 2002).

La justicia debe ser impersonal. El Derecho no puede quedar sujeto a tantas modificaciones como cambios en las personas físicas a quienes se les encarga la función de “decirlo”.

Incluso en aquellos sistemas en los que rige la doctrina del precedente obligatorio, la necesidad de evitar que el cambio de composición de un tribunal ocasione per sé un cambio en la jurisprudencia es motivo de preocupación. Eso explica que en las *hearings* en las que el Senado de los Estados Unidos interroga a los candidatos para ocupar el cargo de juez vacante la pregunta sobre la postura del candidato en relación al *stare decisis* sea recurrente. A su vez, la relación de los cambios de precedente y los cambios de composición también fue motivo de preocupación para la House of Lords al momento de interpretar la *Practice Statement* que pondría fin a la prohibición de *overruling*. En este sentido, la House of Lords afirmó que nada podría ser más indeseable que permitir a los litigantes, una vez que la House hubiera dictado un precedente, el retornar a ella con la esperanza de que un comité con diferente constitución modificase ese precedente y que ese, sin duda, no había sido el objetivo de la *Practice Statement*¹²²⁸.

Es posible afirmar entonces que el *stare decisis* no es compatible con que el cambio en la identidad de las personas físicas que suscribieron el precedente sea motivo para dejarlo sin efecto¹²²⁹. Esto quizás sería factible en un sistema que únicamente le otorgase al precedente un valor persuasivo o meramente ilustrativo, aunque igualmente genera dudas sobre la legitimidad de un cambio que se inspire únicamente en el factor humano y la opinión personal.

Se presenta como más sincero un cambio de jurisprudencia que suceda durante una misma integración, que aquel que tiene lugar luego de un cambio de integración: es muy posible que el primero sea producto, seguramente, de una nueva, reflexionada y justificada revisión del asunto, mientras que hay grandes chances de que el segundo sea producto de diferentes opiniones personales.

A pesar de todo, en la práctica, muchos cambios de precedentes se producen a raíz de un cambio en la composición del tribunal. Como decía Justice Scalia “raramente ocurre un *overruling* sin un cambio en el personal de la Corte” (“*overruling of precedent rarely occur without a change in the Court’s personnel*”)¹²³⁰. También se encuentran ejemplos en las *courts of appeals*¹²³¹.

¹²²⁸ “Nothing could be more undesirable, in fact, than to permit litigants, after a decision has been given by this House with all appearance of finality, to return to this House in the hope that a differently constituted committee might be persuaded to take the view which its predecessors rejected.” *Chancery Lane Safe Deposit and Offices Co. Ltd. v. Inland Revenue Commissioners* (1966) AC 85.

¹²²⁹ Tribe, Laurence H., *The Invisible Constitution*, 2008, pág. 208; Frickey, Philip P., “Stare Decisis in Constitutional Cases: Reconsidering National League of Cities”, en *Constitutional Commentary*, 1985, vol. 2, págs. 123, 127, 128, 140; Israel, Jerold H., “Gideon v. Wainwright: The ‘Art’ of Overruling”, en *The Supreme Court Review*, 1963, pág. 217 (“Decisions can hardly gain acceptance as based upon the enduring principles of the Constitution without the prospect that they will live an ‘indefinite while,’ at least beyond the life expectancy of the Justices deciding”).

¹²³⁰ “*South Carolina v. Gathers*”, 490 U.S.805 (1989).

¹²³¹ En *Hodge v Evans Financial Corp* pág., 823 F2d 559, 571 (DC Cir 1987), la disidencia del *judge* MacKinnon da cuenta de cómo se produce un cambio de criterio luego de que un miembro del panel muere y es reemplazado

En nuestro país el cambio de precedente en función del cambio de personal es habitual, como ha quedado en evidencia en el análisis del trabajo de campo¹²³². Es innegable que la historia de la Corte Suprema argentina da cuenta de muchas situaciones de manipulación del precedente judicial a partir de los cambios en la composición del tribunal (no solo a partir de “la variación en la composición de los nombres de sus ministros, sino también por el cambio de composición en la cantidad de los ministros”¹²³³).

Por otra parte, un ejemplo concreto de esto en instancias inferiores —más allá de todos los señalados en el trabajo de campo— es el plenario de la CNACAF “Transportes de Caudales Zubdesa S.A.C.I. c/Ferrocarriles Argentinos s/amparo por mora”, del 5 de febrero de 1985. Se trataba de interpretar si era posible apelar la decisión final del juez en el amparo por mora. La CNACAF había dictado un plenario en 1981 en el que se había fijado, como doctrina plenaria, que esa decisión era inapelable. No obstante, en 1985 se convoca nuevamente al pleno y se decide modificar esa doctrina plenaria con el fundamento de que la Cámara tenía una nueva estructura y composición: “Ante la nueva estructura y composición de esta Cámara corresponde fijar la doctrina respecto al tema que nos convoca y en relación con él cabe reiterar las posiciones ya fijadas por la que fue minoría en dicho plenario...”. De este modo, el nuevo plenario resolvió que la decisión final del juez en el amparo por mora sería apelable.

Esta situación configura un claro ejemplo de aquello un cambio ilegítimo en el precedente, no solo por estar fundado únicamente en el cambio de personal de un tribunal, sino porque no se había configurado ninguno de los factores mencionados supra que justifican evaluar el cambio. Si bien la cámara es libre de modificar una doctrina plenaria a través de otro plenario, la circunstancia de que esa modificación se haya inspirado y justificado en el cambio de composición es de dudosa legitimidad.

El cambio de jurisprudencia originado en un cambio de las personas físicas que integran el tribunal ha sido aceptado desde siempre en nuestro ordenamiento jurídico, sin ningún cuestionamiento. Al comentar la ley 7055, que introdujo por primera vez el plenario entre las dos cámaras civiles de la Capital Federal, se admitía el cambio de esa doctrina, entre otras razones, a partir de un cambio de composición¹²³⁴. En el mismo sentido, se sostenía que “la

por otro. Wald, jueza de circuito, también da testimonio de eso: “It is clear that important aspects of our circuit jurisprudence are changing with our changing membership” (Es claro que muchas cuestiones importantes de la jurisprudencia de nuestro circuito están cambiando a medida que cambian sus miembros”). Wald, Patricia M., “The Changing Course: The Use of Precedent in the District of Columbia Circuit”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 34, 1985-1986, pág. 479.

¹²³² Dan cuenta de esto todos los precedentes en los que se destaca explícitamente si el precedente invocado fue dictado con la actual o con una anterior integración, así como aquellas en las que se utiliza el verbo “compartir” para adherir o no a lo que hubieran dicho otros miembros del tribunal.

¹²³³ Cfr. Oteiza, Eduardo, *La Corte Suprema – Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, Platense, La Plata, 1994. En el mismo sentido, véase Sedlacek, F., “Bases para la aplicación...”, pág. 2. El destacado no pertenece al original.

¹²³⁴ “la [jurisprudencia] fijada por las dos Cámaras no tiene el valor de un imperativo categórico ineludible, para los jueces inferiores y no importa tampoco impedir que las mismas Cámaras, sea por un cambio en su composición, sea por una nueva orientación en la evolución social y jurídica, atenúen, modifiquen o abandonen completamente la jurisprudencia anterior, estableciendo una nueva.” Garmendia, Miguel Ángel, *Derecho civil*

jurisprudencia de los tribunales, para que tenga fuerza, necesita de los elementos del tiempo, *del cambio de personal*, de la semejanza de los casos y de su número (...) solo cuando hay uniformidad en un lapso más o menos largo, que permita el cambio en el personal de los tribunales, se les debe considerar como una interpretación semejante a la doctrinal”¹²³⁵. Actualmente, la aceptación de esta suerte de “cambio jurisprudencial personalizado” sigue estando vigente y da lugar a afirmaciones tales como que un inferior debe mantener el criterio del superior *mientras no se altere la integración de su revisor*¹²³⁶.

También se encuentran ejemplos de esto en el Derecho Comparado: se ha dicho que es usual que los nuevos integrantes de órganos jurisdiccionales de México “utilicen expresiones como ‘ustedes sostuvieron’ o ‘a mí no me obliga la jurisprudencia sustentada cuando no formaba parte de este tribunal’, tras lo cual exponen su propio criterio”¹²³⁷.

La incorporación de un precedente obligatorio exige que se abandone esta práctica de modificar el precedente a partir de un cambio de composición del tribunal. El reconocimiento de obligatoriedad requiere la aceptación de una estabilidad tal que no autoriza que la mera opinión personal pueda ser un factor de cambio, pero mucho menos que ese factor sea el único fundamento a partir del cual se deja sin efecto un precedente.

B. Error

La doctrina del precedente se sustenta, precisamente, en este pilar: no basta que el o los jueces que deben resolver un caso entiendan que el precedente fue resuelto erróneamente para apartarse de él. Justamente, la obligatoriedad de un precedente se manifiesta en aquellos casos en los que el juez posterior está en desacuerdo con él y no en aquellos con los que concuerda¹²³⁸; no se necesita una doctrina de *stare decisis* para explicar la decisión de un tribunal de adherir a un precedente que considera correcto.

y procesal. Fallos dictados por las Cámaras de Apelaciones constituidas en tribunal pleno desde la sanción de la ley n.º 7055 sobre reorganización de la justicia ordinaria de la Capital, Buenos Aires, Librería Nacional, 1915, pág. 13.

¹²³⁵ Machado, José O., *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. I, Buenos Aires, 1898, págs. 50-51. El destacado no pertenece al original. “la [jurisprudencia] fijada por las dos Cámaras no tiene el valor de un imperativo categórico ineludible, para los jueces inferiores y no importa tampoco impedir que las mismas Cámaras, sea por un cambio en su composición, sea por una nueva orientación en la evolución social y jurídica, atenúen, modifiquen o abandonen completamente la jurisprudencia anterior, estableciendo una nueva.” Garmendia, Miguel Ángel, *Derecho civil y procesal. Fallos dictados por las Cámaras de Apelaciones constituidas en tribunal pleno desde la sanción de la ley n.º 7055 sobre reorganización de la justicia ordinaria de la Capital*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1915, pág. 13.

¹²³⁶ Mossman, Victoria, “El precedente judicial en Argentina”, pág. 21 (última visita el 14 de noviembre de 2018).

¹²³⁷ Soberanes Diez, José María, “La igualdad ante la jurisprudencia”, *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n.º 29, México, 2013, pág. 343.

¹²³⁸ Garay, A., *La Doctrina del Precedente...*, pág. 203 (“debemos tener presente que una de las características de la remanida “obligatoriedad” consiste en que ella sólo es tal cuando quien debe resolver un nuevo caso análogo quiere hacerlo de otra manera a como lo fue en el precedente. Pues un juez que considere que el caso presente merece la misma solución que la del o los anteriores, no sentirá que esa obligación es algo que se le impone a su voluntad: Es él mismo quien así lo juzga.”); Chiarloni, Sergio, “Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza”, pág. 6 (“Scopriamo cioè che efficacia o vincolo hanno modo di esprimersi ad una condizione: che il giudice, se non fosse per quell'efficacia o per quel vincolo, deciderebbe la

La adhesión al precedente incluso en casos en que la decisión parezca equivocada a la mayoría del tribunal actual contribuye a la noción de que la ley es de carácter impersonal¹²³⁹. Es así que la fuerza del precedente no se deriva de que sea correcto, sino del mero hecho de que haya sido dictado¹²⁴⁰.

Es famosa la expresión del *Justice Brandeis* en relación a que “en la mayoría de las cuestiones, es más importante que la regla aplicable esté determinada que que esté determinada correctamente.¹²⁴¹”. En el mismo sentido se manifestó, en su momento, la House of Lords: “se requiere mucho más que dudas sobre el acierto de un precedente para justificar el apartamiento”¹²⁴². En rigor de verdad, permitir que un juez o un tribunal dejen sin efecto un precedente sobre la base únicamente de considerarlo erróneo es no reconocer su obligatoriedad, sino atribuirle meramente una fuerza persuasiva¹²⁴³. Este criterio también ha recibido adhesión doctrinaria: “Siempre es preferible que exista un criterio definido, aunque criticable, a que no exista criterio alguno. Los miembros de la comunidad buscan certeza, seguridad. La incertidumbre paraliza y fomenta la anarquía.¹²⁴⁴”

Por eso es que admitir la invocación del error como motivo para dejar sin efecto un precedente no es compatible con el reconocimiento de obligatoriedad al precedente: la esencia del *stare decisis* “es la adhesión a decisiones anteriores lisa y llanamente porque alguna vez han sido decididos de ese modo, aunque el tribunal en el caso posterior ese sintiera

causa in modo diverso, e magari migliore. Tutte le volte che, invece, il giudice, per sua autonome valutazioni, avrebbe risolto la fattispecie oggetto del giudizio in maniera identica a come è stata precedentemente risolta da altri giudici, non sussiste, evidentemente, alcuna operatività del precedente: quando decido che due più due fanno quattro, non arrivo al risultato grazie all'autorità di chi ha fatto lo stesso calcolo ed è pervenuto allo stesso risultato prima di me”); Schauer, Frederick, “Precedent”, *Stanford Law Review*, vol. 39, n° 3, pág. 576 (“If precedent matters, a prior decision now believed erroneous still affects the current decision simply because it is prior. Only if a rule makes relevant the result of a previous decision regardless of a decisionmaker's current belief about the correctness of that decision do we have the kind of argument from precedent routinely made in law and elsewhere”).

¹²³⁹ En referencia al precedente constitucional, pero aplicable a todos los casos: Monaghan, Henry Paul, “Stare Decis and Constitutional Adjudication”, en *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, pág. 757.

¹²⁴⁰ Gray, John Chipman, “Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence”, en *Harvard Law Review*, vol. 9, n° 1, 1895, págs. 27-28.

¹²⁴¹ *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissenting). La excepción a esa “mayoría” la encuentra el *Justice* en casos en los que la Constitución fuera malinterpretada. A los efectos de evaluar cuándo un precedente constitucional que se considera erróneo debe ser reexaminado y, eventualmente, modificado, se ha afirmado la necesidad de ponderar la necesidad de que los interrogantes constitucionales sean decididos frente a la importancia de que sean decididos correctamente. *Citizens United v. FEC*, 130 S. Ct. 876, 920 (2010), del voto concurrente del *Chief Justice* Roberts (“When considering whether to reexamine a prior erroneous holding, we must balance the importance of having constitutional questions decided against the importance of having them decided right.”).

¹²⁴² *Chancery Lane Safe Deposit and Offices Co. Ltd. v. Inland Revenue Commissioners* (1966) AC 85.

¹²⁴³ Hellman, Deborah, “The Importance of Appearing Principled”, en *Arizona Law Review*, vol. 37, 1995, pág. 1120, nota al pie n° 75.

¹²⁴⁴ Cueto Rúa, *Fuentes del Derecho*, pág. 145.

preparado para decir, sobre la base de otro criterio interpretativo, que la interpretación que brinda el precedente es errónea.¹²⁴⁵”

En otras palabras, esa obligatoriedad no puede ceder frente al mero reconocimiento de un error. Tal como afirmaba Aristóteles: “Cuando la mejora sea pequeña y, en cambio, sea malo el acostumbrar a abrogar con facilidad las leyes, es evidente que hay que permitir algunos errores de los legisladores y de los gobernantes.”¹²⁴⁶”

La Suprema Corte de Estados Unidos. *Justice* Scalia ha sostenido en reiteradas ocasiones que el verdadero punto del *stare decisis* es que la justificación especial necesaria para derogar un precedente debe ir más allá de demostrar que el precedente era errado¹²⁴⁷. *Justice* Kagan hizo suyo el argumento años más tarde¹²⁴⁸. *Justice* Sotomayor, por su parte, entendió que “establecer que un precedente es erróneo no justifica, sin más, su derogación”¹²⁴⁹.

Ese entendimiento fue el que prevaleció en *Casey*, donde la mayoría sostuvo que “la decisión de derogar [el precedente] debe fundarse en alguna razón especial por encima de la creencia de que el caso anterior fue decidido erróneamente”¹²⁵⁰ y que *Roe v. Wade* debía mantenerse “más allá del grado de renuencia que alguno de nosotros pudiera tener”¹²⁵¹ — aunque en *Casey*, por estar en juego un principio de ley natural, *Roe v. Wade* sí debió haber sido dejado sin efecto¹²⁵²— y en *Kimble v. Marvel*, donde la Suprema Corte afirmó: “el argumento de que hay un error —incluso un buen argumento al respecto— no puede justificar dejar de lado el precedente (...) no es suficiente [para derogar un precedente] el que nosotros hubiéramos decidido el caso de un modo diferente”¹²⁵³. Algo similar sucedió en *Patteron v. McLean Credit Union*¹²⁵⁴ y en *Dickerson v. United States*¹²⁵⁵, donde se invocaron los principios del *stare decisis* como impedimento para dejar sin efecto el precedente, más allá de si estaban de acuerdo o no con él o si hubieran decidido la cuestión del mismo modo si lo hubiesen tenido que resolver la primera vez.

Nuestra Corte Suprema, en cambio, ha admitido el error como factor del cambio de criterio en la sentencia *Arte Radiotelevisivo* en donde, con referencia al valor de los precedentes constitucionales, afirmó que el principio de *stare decisis* debía aplicarse con reservas, de modo que la solución debe buscarse en los precedentes siempre que no resulte “de manera

¹²⁴⁵ Paulsen, Michael S., “Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of *Roe* and *Casey*?”, en *Yale Law Journal*, vol. 109, n° 7, 2000 pág. 1538, nota al pie n° 8. En el mismo sentido, véase Schauer, Frederick, “Precedent”, en *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, pág. 571.

¹²⁴⁶ Aristóteles, *La Política*, 1269a-23.

¹²⁴⁷ *Hubbard v. United States*, 514 U.S. 695, 716 (1995) (Scalia, J., concurring).

¹²⁴⁸ Cfr. *Harris v. Quinn*, 134 S.Ct. 2618, 2652 (2014) (disidencia de J. Kagan).

¹²⁴⁹ *Alleyne v. United States*, 133 S.Ct. 2151, 2164 (2013) (voto concurrente de J. Sotomayor).

¹²⁵⁰ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 864 (1992). En el mismo sentido, “Stare decisis” may be defined, crudely but not inaccurately, as the policy of adhering to precedent “whether or not mistaken.” 505 U.S., pág. 857; Monaghan, H. P., “Stare Decisis and Constitutional Adjudication”, pág. 755.

¹²⁵¹ 505 U.S. 833, 861 (1992).

¹²⁵² En igual sentido, Paulsen, M., “Abrogating Stare Decisis by Statute”, pág. 1539.

¹²⁵³ *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 135 S.Ct. 2401, 2409 (2015).

¹²⁵⁴ 491 U.S. 164, pág. 175 (1989).

¹²⁵⁵ 530 U.S. 428, pág. 429 (2000).

clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito”¹²⁵⁶.

En rigor de verdad, el asunto no es si es deseable o conveniente que sea mantenido un precedente que es considerado erróneo o si, por el contrario, debe preferirse que ese precedente sea reemplazado por otro mejor. Todos estarían de acuerdo en esto último. El verdadero problema de admitir un *overruling* a partir del mero reconocimiento del error reside en que, una vez que esto sucede, podrá volver a suceder indefinidamente. Así, si un tribunal dejarse sin precedente por considerarlo errado, podría suceder luego que otro hiciera lo mismo con ese segundo precedente, y así hacia el infinito. En la práctica, el precedente perdería toda su fuerza y la estabilidad desaparecería.

Por lo demás, el principio que debe primar siempre que se reconoce la obligatoriedad de un precedente es que aquel debe ser mantenido. Por ende, la mera alegación de su error no podría justificar su derogación, a menos que ese error diera lugar a la configuración de alguno de los factores que fueron analizados en la sección anterior.

C. Una nueva reflexión

Resulta evidente que la mera invocación de “una nueva reflexión” no basta como justificativo para dejar sin efecto un precedente. Esto, que es sin embargo común entre nuestros tribunales¹²⁵⁷, no alcanza a satisfacer la carga argumentativa calificada que tiene quien pretenda cambiar de criterio. Para ello, será preciso justificar verdaderamente por qué es necesario dejar de lado el principio general, que es mantener el precedente tal como está. Esa nueva reflexión podrá reflejar otro de los factores que aquí se analizaron (y, verbigracia, demostrar que el precedente es inviable o que vulnera un principio de la ley natural). Pero, en todo caso, sería ese factor el que gravitará a favor del cambio y no la “nueva reflexión”.

En general, cuando se utiliza esta expresión, se está queriendo decir que los jueces entendieron que habían cometido un error en el pasado. No obstante, como ya se vió, tampoco el error por sí mismo justifica el apartamiento del precedente.

D. Precedente erosionado (abandonment)

La invocación de este factor es confusa, pues el abandono de un precedente significaría que este fue dejado sin efecto ya, en una suerte de *overruling* ilegítimo¹²⁵⁸. La única forma de que pueda convertirse en doctrina abandona es el ejercicio ilegítimo de un *distinguishing* que reduzca la aplicación de la *ratio* a una plataforma fáctica mínima e irrepetible. Pero, en ese caso, lo que hubiera correspondido era el *overruling* y admitir en estos casos el abandono del precedente significaría legitimar el *overruling* anterior ilegítimo.

¹²⁵⁶ CSJN, *Fallos*, 337:47 (2014), “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/EN – JGM – SMC s/amparo ley 16986”, sentencia del 11 de febrero de 2014, considerando 6°.

¹²⁵⁷ Pueden verse algunos ejemplos en el capítulo de esta tesis referido al trabajo de campo.

¹²⁵⁸ Véase, al respecto, Paulsen, M. S., “Abrogating Stare Decisis...” pág. 1561, en especial, nota al pie n° 74.

5. FACTORES QUE DEBEN OCASIONAR UN CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

La tensión entre estabilidad y evolución es una cuestión nuclear en cualquier doctrina del precedente que pretenda reconocer a este algún tipo de fuerza o vinculatoriedad. Sin embargo, con el fin de adecuar aquellas reflexiones generales a la propuesta de incorporación de una doctrina del precedente obligatorio que se desarrolla en esta tesis, corresponde analizar cuáles son las hipótesis concretas en las que, en las cámaras de apelaciones, debería habilitado el cambio de jurisprudencia, más allá de la concurrencia o no de los factores mencionados en la sección III.1.

Estas hipótesis son:

A. El cambio en la legislación

Ya se ha explicado en otro lado que el reconocimiento de obligatoriedad al precedente no implica quitarle prelación a la ley como fuente del derecho ni desconocer que, por principio, la labor de determinación de normas debe ser el resultado del proceso deliberativo del órgano legislativo. Es por eso que, aun cuando se entienda que el precedente horizontal debe ser respetado y seguido en las cámaras de apelaciones, ese precedente deberá ser dejado de lado si se dicta una norma que lo contraría o lo modifica, y deberá reemplazarse, por ende, por un nuevo precedente acorde y coherente con esa nueva norma.

Durante el trabajo de campo se han encontrado casos en los que esto ha sucedido: las salas ajustaban sus precedentes a la sanción de una nueva ley o la modificación de una ley ya vigente¹²⁵⁹.

B. El precedente de la Corte Suprema

Es claro que aun cuando se aceptase que el precedente horizontal en las cámaras de apelaciones fuera obligatorio, este quedaría siempre sujeto a su concordancia con el precedente de la Corte Suprema de Justicia, que se encuentra en una escala superior en jerarquía y cuyo precedente, por ende, debe ser seguido. De este modo, siempre que la Corte Suprema dictase un precedente contrario al precedente horizontal vigente en las cámaras de apelaciones, este debería modificarse para adecuarse correctamente al precedente de la Corte Suprema.

Esta práctica ya existe en la CNACAF. En efecto, durante el trabajo de campo, se ha encontrado un gran número de casos en los que los jueces modificaron sus criterios para armonizarlo con un nuevo precedente de la Corte Suprema¹²⁶⁰.

¹²⁵⁹ CNACAF, Sala V, “Rearte Ruben Horacio y otros c/EN – M° Justicia – Dto. 1770/91 s/empleo público”, Expediente N° 24358/1997, sentencia del 19 de marzo de 2009.

¹²⁶⁰ CNACAF, Sala IV, “Los Eolios SA c/DGI s/Dirección General”, Expediente N° 42525/1995, sentencia del 30 de agosto de 2001; Sala IV, “Inversora Cortines SA”, sentencia del 11 de abril de 2001; Sala V, “SIRT SA c/EN – PEN – Dto. 673/02 y otro s/proceso de conocimiento”, Expediente N° 157035/2002, sentencia del 17

6. EL CONFLICTO SINCRÓNICO NO ES ESTRICTAMENTE UN CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

La contradicción entre precedentes en un tribunal colegiado que sesiona a partir de subdivisiones puede ser de dos tipos: (a) la contradicción de una sala con su propio precedente; (b) la contradicción del precedente de una sala con el precedente de otra sala¹²⁶¹.

En el primer caso, es decir, cuando una sala dicta un precedente en contradicción con otro precedente que esa misma sala ha dictado antes, se trata de un conflicto diacrónico. En el segundo caso, es decir, cuando una sala dicta un precedente en contradicción con el precedente de otra sala, se configura un conflicto sincrónico. Este último caso es el que adiciona una particularidad especial al uso del precedente en las cámaras de apelaciones, pues no se trata únicamente de la preocupación por los cambios de jurisprudencia y la afectación de la igualdad que pudiera darse cuando los mismos jueces cambian su criterio, sino que se trata además de la preocupación por evitar que los jueces que integran las diferentes subdivisiones de un mismo tribunal no se contradigan entre sí.

La distinción entre conflictos diacrónicos y conflictos sincrónicos se manifestará más claramente con un ejemplo¹²⁶². Supongase que la Suprema Corte de Estados Unidos afirmara en un precedente que el testamento ológrafo es inválido. Tiempo después, en otro precedente, derogando el primero manifiesta que el testamento ológrafo es absolutamente válido. No quedan dudas de que el primer precedente —aquel que invalidaba ese tipo de testamentos— ha quedado fuera del Derecho. La Suprema Corte así lo ha querido, ha cambiado su opinión y la regla jurídica a partir del segundo precedente es clara: el testamento ológrafo es válido como acto de última voluntad. Los Estados tendrán esa regla como directiva necesaria para adecuar sus normas estatales a la Constitución, las personas sabrán a qué atenerse si realizan un testamento de ese tipo (sabrán que, eventualmente, ese testamento será el acto por el cual se distribuyan sus bienes cuando se produzca su fallecimiento).

Veamos, en cambio, el mismo ejemplo en las cámaras de apelaciones: supongamos que la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil decide que testamento ológrafo es inválido. Tiempo más tarde —o, incluso, podría ser el mismo día, la misma semana, el mismo mes—, la Sala B de la misma Cámara se pronuncia, en otro caso similar, a favor de la validez del testamento

de julio de 2008; Sala V, “Molinari Mónica c/PEN – M° E y OSP – Dto. 290/95 y otro s/empleo público”, Expediente N° 10665/1998, sentencia del 17 de agosto de 2004; Sala V, “González Amanda Natalia y otro c/EN – Dto. 1517/98 s/Amparo Ley 16.986”, Expediente N° 3514/99, sentencia del 25 de octubre de 1999; Sala V, “Villagra de Rodríguez Sofía y otros c/Consejo Nacional de Educación Técnica s/empleo público”, Expediente N° 21435/94, sentencia del 6 de noviembre de 1997.

¹²⁶¹ En sentido estricto, solo hay contradicción en el último caso, pues la idea de simultaneidad que viene implícita con el término contradicción lleva a visualizar el primer caso como un cambio de criterio o modificación del precedente, pero no una contradicción entre dos precedentes con igual vigencia y validez.

¹²⁶² El ejemplo será lo más sencillo y burdo posible, para simplificar el entendimiento de la cuestión y es meramente ilustrativo. En consecuencia, se dejan de lado cuestiones fácticas como si la Suprema Corte tiene o no competencia para decidir ese tipo de cuestiones.

ológrafo. En ese caso, ¿qué interpretación es la que rige, la de la Sala A o la de la Sala B? ¿Es válido o inválido el testamento ológrafo? ¿Y dónde queda, en ese caso, la seguridad jurídica? ¿Cómo debe guiar el justiciable su conducta? ¿Se arriesgará, amparado por la regla jurídica desarrollada por la Sala B a realizar un testamento ológrafo? ¿Y los herederos en virtud de un testamento ológrafo, cómo podrán saber si al final del día les corresponderá o no algún bien? Este tipo de conflictos es el que tiende a evitar una doctrina del precedente en tribunales que operan divididos en grupos simultáneos: la obligatoriedad del precedente implica que uno de esos grupos no pueda desconocer, se vea obligado a seguir, el precedente de los demás. Esto es lo que, en Estados Unidos, funciona como “law of the circuit”¹²⁶³.

Los conflictos sincrónicos no constituyen un cambio de jurisprudencia *stricto sensu*, sino que dan lugar a una situación diversa y algo más complicada: el cambio jurisprudencial se produce cuando un tribunal considera su propio precedente y decide que, por algún motivo “x”, el criterio que él desarrolla debe ser dejado sin efecto y reemplazado por otro. A partir de que se dicta ese precedente que deja sin efecto el anterior, el nuevo criterio será aplicado a todos los casos similares que se presenten. Por el contrario, el conflicto sincrónico implica que, por ejemplo, una sala dicta un precedente con la solución “a” y otra —tomando en cuenta o no ese precedente y justificando o no el apartamiento de la solución “a”— dicta otro precedente con la solución “b”. Esa contradicción puede darse —como de hecho se da, si se analiza el trabajo de campo— aun sin siquiera considerar mínimamente si la solución “a” es o no razonable y si debe o no mantenerse.

A diferencia de un cambio de jurisprudencia, que normalmente inspira una justificación del cambio, aquí la contradicción puede operar ignorando completamente el precedente anterior. Pero, además, lo que sucederá luego es que no se adoptará la solución “b” como el criterio que debe imperar de allí en más para todos los casos análogos, sino que lo más probable es que la primera sala continúe aplicando la solución “a” y la segunda, la solución “b” y así se decidan simultáneamente de modo contradictorio casos similares de acuerdo con la sala del tribunal que haya salido sorteada (o que estuviera de turno). Este último efecto es el que impide equiparar la situación a un cambio de jurisprudencia por cambio de integración, porque si bien la contradicción se funda en que son distintas personas físicas las que resuelven el caso, la diferencia estriba en que esas personas físicas ocupan el cargo simultáneamente y seguirán contradiciéndose en el futuro.

En definitiva, la contradicción entre salas genera una autocontradicción: el tribunal —que es la cámara— estaría afirmando “a” y “b” (que son soluciones contradictorias) al mismo tiempo. Para figurar el escándalo jurídico que esto implica, es como si la Corte Suprema decidiera alternar sus decisiones entre “a” y “b” y fundase esa alternación en un criterio azaroso. Esto no es de menor gravedad por el hecho de que la contradicción provenga de distintas salas, pues al tratarse de un mismo tribunal, el efecto antijurídico que se produce es el mismo.

La diferenciación entre la contradicción entre precedentes de distintas salas y los cambios de criterios sirve, de cualquier modo, para descartar que la primera pueda ser visualizada —y justificada— como un cambio de jurisprudencia, cuando no lo es. Por ello es que queda claro que, cada vez que una sala decide apartarse de lo decidido por otra, lo que se produce

¹²⁶³ Para un análisis detallado de esta doctrina, véase la sección 6 del capítulo III.

no es un cambio en la jurisprudencia, sino un desconocimiento de la obligatoriedad del precedente horizontal que trae aparejada la coexistencia de precedentes contradictorios, con los riesgos que ello conlleva.

Esa diferencia de conflictos¹²⁶⁴ fue utilizada por la CNACAF para justificar la improcedencia del recurso de inaplicabilidad en los casos en que la contradicción se producía entre precedentes de una misma sala, alegando que ello constituía un simple cambio de criterio (conflicto diacrónico) y no una contradicción entre precedentes (conflicto sincrónico). Esta interpretación, por su parte, constituye una prueba adicional de que el precedente horizontal no es concebido como obligatorio, pues de serlo, no cabría distinción entre el precedente de la propia sala o de otras distintas y, siempre que se produjera el conflicto, hubiera sido admitida la convocatoria al pleno.

El reconocimiento de obligatoriedad al precedente horizontal en las cámaras de apelaciones implicaría, por una parte, que la contradicción sincrónica no pudiera existir, pues, en principio, los jueces no tendrían siquiera la potestad de apartarse o cuestionar el precedente y, si excepcionalmente consideraran que es necesario hacerlo, deberían anticiparse a la configuración del conflicto sincrónico y convocar al pleno para que decida si el criterio del precedente existente debe ser mantenido o no. Pero también quedarían limitados los conflictos diacrónicos, por cuanto sería el pleno el que decidiría si el cambio de criterio debe tener o no lugar.

7. CONCLUSIONES PARCIALES

De este modo, la doctrina del precedente que esta tesis plantea proyecta sus efectos no solo en la contradicción simultánea que pudiera originarse entre precedentes de dos salas distintas, sino también en la regulación de los cambios de jurisprudencia, pues exige también para estos supuestos una reunión plenaria. Esta exigencia se justifica, por un lado, en la presunción de que si se trata de un asunto al que la sala le ha dado una determinada solución y que ahora inspira a esa sala a reemplazar esa solución por otra, el asunto es lo suficientemente complejo como para ser considerado por todos los jueces que integran la cámara, lo que enriquecerá el debate, fomentaría el intercambio de opiniones y fortalecería la colegialidad, además de favorecer la adopción de una solución que goce de mayor estabilidad. Esto, a su vez, servirá para evitar la posibilidad de que el nuevo precedente genere una contradicción, en el caso de que el anterior precedente de la sala —que ahora pretende reemplazarse— hubiera sido seguido (por la obligatoriedad del precedente que imperaría) por otras salas. Finalmente, la reunión plenaria como requisito para el cambio de jurisprudencia de las salas, resultaría también un mecanismo eficaz como garantía frente a los cambios de precedentes únicamente motivados en un cambio de composición de la sala.

¹²⁶⁴ Vale aclarar que la terminología (diacrónico, sincrónico) no fue receptada por el tribunal, pero la esencia de la categorización sí se ve reflejada en las sentencias.

CAPÍTULO VII

LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE HORIZONTAL EN LAS CÁMARAS DE APELACIONES: PROPUESTA

Tanto quienes se oponen al otorgamiento de obligatoriedad al precedente como quienes lo apoyan reconocen, en sus posturas, un punto en común: el precedente es efectiva y asiduamente utilizado por los jueces para delinear o fundar sus decisiones judiciales. Esta realidad pragmática no puede ser desconocida y, por el contrario, debe ser el punto de partida necesario para cualquier reflexión sobre el precedente que pretenda superar los límites de una mera teorización.

A lo largo de esta tesis, ha quedado en evidencia que en aquellas cámaras federales de apelaciones argentinas que se encuentran divididas en salas, el uso del precedente horizontal es caótico, en términos empleados por Taruffo¹²⁶⁵. En ese caos, en el que el precedente horizontal es utilizado a discreción de la sala que ha sido sorteada y, dentro de ella, a discreción de cada juez que la integra para cada caso concreto, se delinea, no obstante, una tendencia a negar obligatoriedad al precedente horizontal.

Ni el caos ni el desconocimiento de obligatoriedad al precedente horizontal garantizan adecuadamente el respeto de la igualdad jurídica, la seguridad jurídica, la integridad y legitimidad del poder judicial, la previsibilidad, la colegialidad y la economía judicial¹²⁶⁶. Por el contrario, convierten la posibilidad de un litigante de ser vencedor o ganador en un pleito en una cuestión no de argumentos jurídicos, sino de dar con la puerta correcta¹²⁶⁷.

¹²⁶⁵ En el caos “la referencia al precedente se reduce a un artificio retórico que viene siendo empleado ex post, con el único propósito de hacer aparecer plausible una decisión fundada en criterios privados de efectiva conexión con el precedente...”. Taruffo, Michele, “Dimensiones...”, pág. 18.

¹²⁶⁶ “Cuando el *stare decisis* se aplica inconsistentemente, no prove seguridad alguna al litigante. Una regla clara y pública de *stare decisis* sería beneficiosa tanto para los jueces como para los litigantes.” Cfr. Mead, J., “Stare Decisis in the Inferior Courts...”, pág. 811.

¹²⁶⁷ Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Sentís Melendo, S. (ed.), 1956, pág. 159.

Está claro, por ende, que el *status quo* no puede ser sostenido¹²⁶⁸. Los mecanismos hasta hoy previstos para evitar contradicciones entre las salas de cada cámara han demostrado, por su parte, ser ineficaces.

Frente a este escenario, es necesario buscar una alternativa. La propuesta que en este capítulo se desarrolla ha sido anticipada en reiteradas ocasiones a lo largo de esta tesis, no obstante lo cual se intentará aquí esquematizarla ordenadamente.

El punto de partida y objetivo inicial de esta tesis no era, como surge de la introducción, la formulación de un proyecto por medio del cual se regulasen mecanismos de uniformidad de la jurisprudencia, sino más bien el análisis de la situación del precedente horizontal en las cámaras de apelaciones y su problematización. Es por eso que esta propuesta es un colorario de la tesis y no su núcleo. Como tal, ha surgido a partir de la observación de grandes deficiencias que existen en los mecanismos actuales y es producto de la voluntad de dejarlas expuestas para evidenciar la necesidad de una reforma y contribuir a su consecución. En tal sentido, el camino sugerido es tan solo uno de los que esa reforma podría tomar, aunque hacia el final se fundamentará por qué se considera que sería el más conveniente.

En líneas generales, la solución propuesta consiste complementar nuestro procedimiento plenario —muy similar, de por sí, al procedimiento *en banc*— con una doctrina del precedente horizontal según la cual las salas de una cámara estén obligadas a informarse de la jurisprudencia de las demás y a seguirla¹²⁶⁹. Para el caso de que tuvieran razones suficientes para no hacerlo, deberán convocar un plenario y decidir, en pleno, si conviene mantener el precedente o apartarse de él. Esto no constituiría la traspolación de una doctrina exógena del precedente al ordenamiento jurídico argentino¹²⁷⁰: esa doctrina del precedente horizontal que se propone ya existió en Argentina alguna vez, consagrada en los artículos

¹²⁶⁸ “... a pesar de que en las facultades de Derecho nos enseñaron que la teoría del precedente no se aplica (o no existe directamente) en nuestro sistema de administración de justicia, lo cierto es que, en realidad, es un fenómeno asimilable a un puñado de arena en la mano, que inevitablemente, y dependiendo de diversos factores, se va a filtrar entre los dedos. Lo que tenemos que hacer es entender ese fenómeno, para ver como lo interpretamos y regulamos hacia una teoría que lo articule adecuada y razonadamente en nuestro sistema, para la obtención de decisiones judiciales que aprovechen su aplicación de acuerdo a parámetros, estándares o principios.” Sedlacek, F., “Bases para la aplicación...”, pág. 3.

¹²⁶⁹ Sobre la necesaria complementariedad entre una doctrina estricta del precedente y el procedimiento plenario o *en banc*, A natural complement to a strong stare decisis policy is an *en banc* procedure that would allow all judges of the court to announce the entire court’s position on an issue, Mead, J., “Stare Decisis in the Inferior Courts...”, pág. 809.

¹²⁷⁰ La aclaración es necesaria, pues hay quienes critican la migración del uso del precedente en el *common law* hacia el *civil law*, por considerar que aquel uso no se adapta del todo a las características del sistema continental. Por ejemplo, en relación con el uso del precedente en torno al control abstracto de constitucionalidad, véase Camarena González, Rodrigo, “From *jurisprudence constante* to *stare decisis*: the migration of the doctrine of precedent to civil law constitutionalism” en *Transnational Legal Theory*, vol. 7, n° 2, 2016, pág. 269.

112 y 113 del Reglamento para la Justicia Nacional¹²⁷¹, y obtuvo resultados durante su vigencia.

Se propone, entonces, la consagración de una doctrina del precedente horizontal que establezca la obligatoriedad del precedente de una sala para ella misma y para las demás salas que integran la cámara, con las siguientes características:

(a) Esa doctrina del precedente deberá ser incorporada al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹²⁷². El cuerpo de la doctrina deberá comprender: el deber expreso de que las salas se informen de la jurisprudencia de las demás y que, en caso de que no coincidieran con el criterio de los precedentes y tuvieran razones fundadas para sostener que es necesario dejarlos de lado, convoquen al pleno. El apartamiento del precedente requerirá una mayoría agravada.

(b) La convocatoria al pleno dejará de ser una facultad y pasará a ser un deber en dos casos puntuales: (i) cuando una sala no está de acuerdo con el precedente de otra u otras salas; (ii) cuando una sala quisiera modificar su propio precedente. Se propiciará, asimismo, la reunión plenaria antes de dar solución a un caso que (i) exija la creación de una nueva regla o la resolución de una cuestión jurídica nueva que presumiblemente se repetirá en casos posteriores; (ii) se trate de una cuestión jurídica compleja; (iii) se trate de una cuestión que podría proyectar sus efectos sobre múltiples casos o potenciales litigantes¹²⁷³.

(c) Una vez dictado el fallo plenario, será obligatorio para todas las salas que integren la cámara y para los tribunales inferiores. Se establecerá la nulidad de la sentencia que contradijese el plenario, la cual podrá ser solicitada por la parte ante cualquiera de las otras salas, que deberán convocar al pleno. La cámara en pleno determinará si la sentencia contradijo o no el plenario.

(d) La reglamentación del recurso de inaplicabilidad de ley deberá ser modificada. El recurso debe ser despojado de los requisitos formales de invocación previa del precedente, el que podrá ser invocado conjuntamente con la interposición del recurso. Procederá también en los casos en que la contradicción tenga lugar entre la sentencia de una sala y el precedente de esa misma sala. En ese caso, en el que la sala habría ocasionado un cambio en la jurisprudencia sin convocar al pleno, será este el que deberá evaluar ese cambio de criterio y resolver si se dan o no las circunstancias excepcionales que lo ameritan o si corresponde mantener el precedente que fue abandonado.

¹²⁷¹Acordada de la CSJN del 17-12-1952. El texto se encuentra disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_arg_jn_sp.pdf, última visita el 15 de noviembre de 2018.

¹²⁷² El proceso reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que se ha iniciado sería una buena oportunidad para introducir modificaciones en este sentido.

¹²⁷³ Estos supuestos constituyen una adaptación de los desarrollados en Garner, B. *et al*, *The Law of Judicial Precedent*, pág. 498 bajo el título “Eight categories of en banc worthiness”.

(e) Mientras se dicta sentencia en el tribunal pleno, se paralizarán todos los demás expedientes en los que se plantee la misma cuestión jurídica. Los camaristas deberán dar preferencia inmediata y absoluta en el despacho al expediente que hubiera motivado la convocatoria¹²⁷⁴.

(f) El fallo plenario dejará de ser la respuesta a un interrogante abstracto, para convertirse en una solución concreta que contenga el análisis de la plataforma fáctica que hubiera dado lugar a la contradicción.

(g) Se deberá garantizar la publicidad de las sentencias en formato digital, con buscador a través de palabras clave y formato que permita la búsqueda de palabras dentro del texto de la sentencia. A su vez, se deberá realizar un fichero de jurisprudencia organizado con un índice temático que se encuentre a préstamo y disposición.

(h) La obligatoriedad horizontal reconocerá excepciones que deberán ser evaluadas caso por caso por la cámara en pleno, pero no podrán sustentarse en el cambio de composición del tribunal ni en el error del precedente. En el caso de que la mayoría de los jueces que integran la cámara considerasen que el precedente debe ser abandonado, pesará sobre ellos una carga argumentativa calificada que así lo justifique.

(i) Si dos o más casos similares son radicados en la cámara simultáneamente, se podrá disponer que sean resueltos por la misma sala, para evitar duplicación de esfuerzos y minimizar las posibilidades de contradicción¹²⁷⁵.

(j) En el caso de que hubiera contradicción entre sentencias de las salas que integran una cámara y estas se negaren a convocar al pleno, deberá quedar habilitado el recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia.

(k) La adopción de una doctrina del precedente deberá estar acompañada de un cambio en la enseñanza universitaria y en la formación para la carrera judicial que introduzca capacitación en la técnica del uso del precedente, en la identificación de su *ratio*, en el análisis de la plataforma fáctica, en el señalamiento de los hechos relevantes y en el examen de la cuestión planteada¹²⁷⁶.

Se entiende que la adopción de esta doctrina del precedente horizontal es más conveniente que la instauración de un nuevo mecanismo de unificación de jurisprudencia, como podría

¹²⁷⁴ Esta previsión se encontraba ya en la ley 11924.

¹²⁷⁵ En esto consiste el “Issue Classification System” que se aplica en la cámara del noveno circuito de Estados Unidos.

¹²⁷⁶ En este sentido, una de las conclusiones del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en Jujuy en el año 2015 ha sido que: “Dada la cultura jurídica local, la aplicación del precedente requiere de una internalización en los hábitos jurídicos de los operadores del derecho, lo que debe alcanzarse a través de una adecuada formación y entrenamiento, brindado por las universidades, colegios profesionales, centros de capacitación, etc.”.

ser la casación. Primero, pues esto último significaría adicionar un tribunal más al organigrama judicial, con los recursos, personal y organización que requiere. Segundo, se considera que los mecanismos ya existentes, con los que los jueces están ya familiarizados y que gozan de antigua trayectoria en el ordenamiento jurídico argentino, podrían alcanzar sus objetivos si son complementados con una doctrina del precedente que ya existió anteriormente en el ordenamiento, sin necesidad de crear un nuevo mecanismo de cero, ponerlo a prueba y esperar su asentamiento en el funcionamiento de los tribunales. Tercero, la creación de un único tribunal que tuviera en sus manos la uniformidad de toda la jurisprudencia lo haría más vulnerable a presiones, coacciones y control por parte del poder de turno, mientras que mantener la unificación en manos de los jueces de cada cámara y desconcentrar ese poder, evitaría en gran medida ese riesgo. Por último, se cree que son estos últimos jueces quienes están en mejores condiciones de alcanzar armonía en la jurisprudencia de su propia cámara, quienes mejor sabrán velar por el bien del órgano judicial al que pertenecen, quienes más conocen y están familiarizados con los precedentes con los que trabajan hace años. Asimismo, la reunión habitual entre ellos traerá como resultado no solo un fructífero intercambio de opiniones jurídicas, que dotará a los precedentes de mayor prestigio y solidez, sino también el enriquecimiento de la colegialidad en el órgano. Ello daría lugar a sentencias con mejores fundamentos, a una mejora de la opinión pública sobre la integridad y la imparcialidad del poder judicial y, a largo plazo, significaría una reducción del tiempo y del trabajo, pues una vez que quedase claro el pensamiento de la cámara como institución respecto de los asuntos más controversiales que tienen en sus manos, se evitarían muchos recursos que son estimulados por la propia contradicción entre las salas.

En concreto, la regulación que ha hecho de la casación la ley 26853, como se ha hecho notar oportunamente, posee muchos defectos que impedirían la consecución del objetivo para el que la casación fue creada.

CONCLUSIÓN

A lo largo de esta tesis ha quedado claro que el precedente horizontal, que merece atención en cualquier instancia judicial, tiene particularidades propias en las cámaras de apelaciones, que se derivan del hecho de que distintas divisiones, denominadas salas, dictan sentencias judiciales simultáneamente a nombre y en representación de un único órgano judicial. Este tipo de colegialidad exige que se analice el precedente horizontal en la cámara de apelaciones no solo desde la perspectiva del cambio de jurisprudencia (conflicto diacrónico), sino desde la contradicción simultánea entre salas (conflicto sincrónico). Exige, asimismo, una regulación específica del precedente y de mecanismos para evitar esa contradicción que podría no ser tan necesaria en otras instancias.

Hace más de dos siglos, Lord Tennyson advertía sobre la miríada de precedentes judiciales que podría constituir una jungla de instancias singulares, a partir de la cual quien tuviera ingenio o suerte podría hacerse un camino hacia la fama o la riqueza¹²⁷⁷. No existe escenario que refleje con más precisión esa jungla que la coexistencia de precedentes contradictorios en un mismo tribunal. Ningún ordenamiento jurídico que pretenda enmarcarse en un Estado de Derecho puede tolerarla y el ordenamiento jurídico argentino no es la excepción. Eso fue, en efecto, lo que inspiró al legislador a prever determinados mecanismos de unificación de la jurisprudencia que, por primera vez en el sistema judicial argentino, implicaron el reconocimiento de obligatoriedad a un precedente: el fallo plenario.

Sin embargo, a lo largo de esta investigación ha quedado en evidencia que esos mecanismos no son idóneos, por sí solos, para alcanzar el objetivo planteado. Su aplicación en la práctica no ha logrado erradicar una contradicción que es habitual y hasta aceptada con resignación por los litigantes: es común que el abogado asesore a su cliente advirtiéndole cuál será, posiblemente, el resultado del pleito según la sala que saliese sorteada y se proceda entonces a un cálculo probabilístico de las chances de éxito de acuerdo con la cantidad de salas que componen la cámara.

El mérito de esta tesis es que aquellas conclusiones principales se extraen no solo del análisis normativo o histórico de los órganos judiciales y de los mecanismos de uniformación,

¹²⁷⁷ "Mastering the lawless science of our law,
That codeless myriad of precedent,
That wilderness of single instances,
Through which a few, by wit or fortune led,
May beat a pathway out to wealth and fame."
Alfred, Lord Tennyson, *Aylmer's Field* (1893)

sino del estudio concreto del uso del precedente en miles de sentencias judiciales dictadas por uno de los tribunales que constituyen el objeto de investigación. Solo así fue posible hallar la raíz del problema e identificar qué aspectos deberían ser modificados con vistas a una solución.

La propuesta, a partir de aquellas conclusiones, se formaliza en el último capítulo de esta tesis es, más que una fórmula exacta, una invitación al debate sobre esta problemática, a una conversación que ponga sobre la mesa la necesidad de garantizar la uniformidad en la resolución de casos similares y estimule la proposición de soluciones concretas para alcanzarla. No obstante, la riqueza de la doctrina del precedente sugerida consiste en que toma como punto de partida los mecanismos procesales ya existentes en el ordenamiento jurídico —que ya llevan ínsito el reconocimiento de obligatoriedad de un precedente horizontal (el fallo plenario)— y, a partir de allí, adiciona como complemento una doctrina del precedente que ha probado ser lo suficientemente exitosa en el modelo comparativo analizado (las *federal courts of appeals* de los Estados Unidos).

La doctrina del precedente horizontal obligatorio, tal como se delinea en el capítulo VII, implicaría que, como principio general, las salas tuvieran el deber de seguir el precedente que ellas mismas dictaron o el de las demás salas que integran la cámara. Para el caso de que la sala tuviera una razón suficientemente entitativa para afirmar que ese precedente debe ser abandonado, debería convocar al tribunal en pleno, quien resolverá si mantiene o no el precedente. Esa decisión se deberá tomar en base a los principios y factores desarrollados en el capítulo VI. En el caso de que la sala no hubiera respetado esa obligatoriedad horizontal y se hubiese apartado del precedente sin convocar al pleno, tanto el litigante como cualquiera de las demás salas podría instar la convocatoria a plenario para resolver la validez de esa sentencia y la necesidad o no de dejar sin efecto el precedente del que ella se apartó.

La adopción de una doctrina del precedente horizontal obligatorio no solo protegería la igualdad y la seguridad jurídica, sino que también redundaría en un beneficio para la propia cámara, en tanto mejoraría la confianza en el poder judicial de parte de la sociedad y mejoraría la opinión pública sobre su legitimidad, a la vez que reduciría la cantidad de trabajo y estimularía la colegialidad.

Es imprescindible notar, de cualquier modo, que la consagración formal de esa doctrina del precedente no bastaría para resolver el problema por completo: se requerirá, además, algunos cambios en los mecanismos de unificación de la jurisprudencia vigentes, capacitación en el uso adecuado del precedente y una mejora sustancial del sistema de publicidad de sentencias de las cámaras de apelaciones, que aún es muy defectuoso.

BIBLIOGRAFÍA

- ABÁSULO, E., “Los juristas argentinos y el debate en torno a la casación (1931-1943)”, en *Prudentia Iuris*, n° 54, págs. 269-289
- ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Nueva historia de la Nación Argentina. La configuración de la República independiente 1810-1914*, Tomo V, Buenos Aires, Planeta
- ACCATINO SCAGLIOTTI, D., “La fundamentación de las sentencias. ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, en *Revista de Derecho*, vol. XV, 2003, págs. 9-35
- AFTALIÓN, E. R.; VILANOVA, J.; RAFFO, Julio, *Introducción al Derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999
- BARAK, A., *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1989
- A. LAMAR, Jr., “En Banc Hearings in the Federal Courts of Appeals: Accomodating Institutional Responsibilities (Part I)”, en *New York University Law Review*, n° 3, vol. 40, 1965, págs. 563-608
- A. LAMAR, Jr., “En Banc Hearings in the Federal Courts of Appeals: Accomodating Institutional Responsibilities (Part II)”, en *New York University Law Review*, n° 4, vol. 40, 1965, págs. 726-758
- ALEXY, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Espejo y Atienza, Manuel (trads.), Madrid, C.E.C., 1989
- ALEXY, R.; DREIER, R. “Precedent in the Federal Republic of Germany”, en MACCORMICK, D. N., SUMMERS, R. S.; GOODHART, A. L., *Intepreting Precedents. A Comparative Study*, Nueva York, Routledge, 2016, págs. 17-63
- ALEXY, R., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, págs. 75-96

- ALGERO, M. G., “The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation”, en *Louisiana Law Review*, vol. 65, n° 2, 2005, págs. 775-822
- ALSINA, H., *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores, 1957
- ALVIM WAMBIER, T. A., “La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el estado de derecho. Civil law y common law”, en *Themis*, n.º 58, págs. 71-80
- ANDRIOLI, V., “Tré aspetti della Corte di cassazione”, en *Diritto e giurisprudenza*, vol. 81, 1966, pág. 289 y ss.
- ANÓNIMO, "Stare Decisis and the Lower Courts: Two Recent Cases", en *Columbia Law Review*, vol. 59, 1959, págs. 504-516.
- ARAZI, R., “Fallos plenarios”, en AAVV, *Temas de casación y recursos extraordinarios. En Honor al Dr. Augusto M. Morello*, La Plata, Librería Editora Platense, 1982, pág. 405
- ARAZI, R.; ROJAS, J. A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni editores
- ARCE, E. y DÍAZ CANTÓN, F., “Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/A, Editores del Puerto, 1997, págs. 189-200
- ARDOY, L. A., MOSMANN, M. V., “Algunas cuestiones acerca de la jurisprudencia uniforme y los *amicus curiae*”, en *Precedentes*, Salvador, Bahía, Ed. Juspodivm, págs. 699-728
- AREAL, L. J., “La inaplicabilidad de ley (Arts. 27 y 28 del decreto-ley 1285/58)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1963-III mayo-junio, sección doctrina, págs. 23-25
- ARISTÓTELES, *La Política*
- BALBÍN, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011
- BANDIERI, L. M., “Notas al margen del neoconstitucionalismo”, *EDCO*, Buenos Aires, 2009

- BANDIERI, L. M., “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XII”, en Palazzo, E. (dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 33-53
- BANKOWSKI, Z.; MACCORMICK, D. N.; MARSHAL, G., “Precedent in the United Kingdom”, en MACCORMICK, D.N.; SUMMERS, R.S., GOODHART, A.L., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Nueva York, Routledge, 2016, págs. 315-354
- BANKOWSKI, Z.; MACCORMICK, D. N.; MORAWSKI, L.; RUIZ MIGUEL, A., “Rationales for Precedent”, en MACCORMICK D.N.; SUMMERS, R.S., GOODHART, A.L., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Nueva York, Routledge, 2016, págs. 481-501
- BARRETT, A. C., "Stare Decisis and Due Process" (2003), en *University of Colorado Law Review*, vol. 74, 2003, págs. 1011-1075
- BARRETT, A., “Statutory Stare Decisis in courts of appeals”, en *George Washington Law Review*, vol. 73, 2004-2005, págs. 317-352
- BERIZONCE, R., “Los efectos vinculantes de las sentencias emanadas de los Superiores Tribunales. Tendencias en el derecho iberoamericano”, en *La Ley* 2006-D, pág. 1077
- BERNAL PULIDO, C., “El precedente en Colombia”, en *Revista Derecho del Estado*, n° 21, 2008, págs. 81-94
- BESKE E. E., “Rethinking the Nonprecedential Opinion”, en *UCLA Law Review*, vol. 65, 2018, págs. 808-858
- BIANCHI, A., “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)”, en *El Derecho Constitucional*, 2001, págs. 335-347
- BIANCHI, A., “Stare decisis”, en Sacristán, E. B., *Manual de Jurisprudencia y Doctrina*, Buenos Aires, La Ley, 2013, págs. 425-445
- BIDART CAMPOS, G. J., “Relaciones de la jurisprudencia vinculatoria con la división de poderes y la igualdad jurídica”, en *La Ley*, 1960, t. 98, sección Doctrina, págs. 749-754
- BIDART CAMPOS, G. J., “La jurisprudencia obligatoria”, en *La Ley* 2001-F, 2001, págs. 1492-1493

- *Black 's Law Dictionary*, Seventh Edition, Garner, B., Editor in Chief, St. Paul, Westgroup, 1999
- BOGGS, D. J.; BROOKS, B. P., “Unpublished Opinions & the Nature of Precedent”, en *Green Bag*, vol. 4, 2000, págs. 18-26
- BRAVO HURTADO, P., “Hacia los precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n° 2, 2013, págs. 549-576
- BRAVO HURTADO, Pablo, “Precedente vinculante versus independencia judicial en Chile”, en diario *El Mercurio* del 22 de julio de 2014
- BRUZZONE, G., “Ecos del plenario ‘Kosuta’. La inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria: un problema de independencia interna del Poder Judicial”, en *La Ley*, 2000-B, págs. 582-619
- CALAMANDREI, P., *La casación civil. Historia y legislaciones*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945
- CALAMANDREI, P., *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Sentís Melendo, S. (ed.), 1956
- CALAMANDREI, P., “La Cassazione civile vol. II e altri studi sui vizi delle sentenze e sulle impugnazioni”, *Opere Giuridiche*, Cappelletti, M. (cur.), Nápoles, Luogo, Editore, 1976, vol. VII
- CAMARENA GONZÁLEZ, R., “From *jurisprudence constante* to *stare decisis*: the migration of the doctrine of precedent to civil law constitutionalism” en *Trasnational Legal Theory*, vol. 7, n° 2, 2016, págs. 257-286
- CAMINKER, E. H., “Why Must Inferior Courts Obey Supreme Court Precedents”, en *Stanford Law Review*, vol. 46, n° 4, págs. 817-873
- CAMINKER, E. H., “Precedent and Prediction: The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking”, en *Texas Law Review*, vol. 73, 1994, págs. 1-82
- CAPPALLI, R. B., “The Common Law’s Case against Non-Precedential Opinions”, en *South Carolina Law Review*, vol. 76, 2003, págs. 755-797

- CÁRDENAS, E. J., “El sistema del stare decisis y su búsqueda de flexibilidad”, en *La Ley*, 1984- B, págs. 762-766
- CARRIÓ, G. R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, 2ª ed. aumentada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987
- CLARK, T., “A Principal-Agent Theory of En Banc Review”, en *The Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 25, No. 1, págs. 55-79
- CHIARLONI, S., “Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza”, en *Revista de Processo*, 2014, vol. 39, n° 229, págs. 403-430
- COALE, D. S.; DYREK, J. M., “First Impressions”, en *The Appellate Advocate. State Bar of Texas Appellate Section Report*, 2011, págs. 274-296
- COLOMBO, C. J.; KIPER, C. M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2006, 2ª ed., t. III
- COSSIO, C., *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Librería El Foro, 2002
- CONGRESO NACIONAL, Cámara de Diputados, 13ª sesión de prórroga, 8 de enero de 1902
- CONGRESO NACIONAL, *Diario de sesiones*, Cámara de Senadores, 28ª sesión ordinaria, 16 de agosto de 1910
- CONGRESO NACIONAL, Cámara de Diputados, *Diario de sesiones*, Reunión núm. 23, 20 de julio de 1910
- CONGRESO NACIONAL, *Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados, Reunión núm. 24, Buenos Aires, 22 de julio de 1910
- CONGRESO NACIONAL, *Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados, Reunión núm. 25, 25 de julio de 1910
- CONGRESO NACIONAL, *Diario de sesiones*, Cámara de Diputados, Reunión núm. 27, 1º de agosto de 1910
- CONGRESO NACIONAL, *Diario de sesiones*, Cámara de Senadores, 28ª sesión ordinaria, 16 de agosto de 1910

- CONTRERAS AGUIRRE, S., “La derivación del derecho positivo desde el derecho natural en Tomás de Aquino. Un estudio a partir de *Summa Theologiae* y *Sententia Libri Ethicorum*”, *Teología y Vida*, Vol. LIV, 2013, pág. 679-706
- COUSO SALAS, J.; MERA, J. “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso”, en *Revista de Derecho*, vol. XX, n.º 2, 2007, págs. 147-172
- COUTURE, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993
- CROSS, R.; HARRIS, J. W., *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon Press, Fourth Edition, 1991
- CUCCATO, Mariana, “El lenguaje jurídico y su ‘desconexión’ con el lector especialista. El caso de *a mayor abundamiento*”, en *Letras de Hoje*, 2013, pág. 127-138
- CUCATTO, M., “El rol de la Suprema Corte de Justicia en la normalización lingüística: el caso de las unidades terminológicas *a mayor abundamiento – obiter dictum*”, en *Anais do XVII Congresso Internaiconal de ALFAL*, Brasil, Centro de Ciências Humanas e Letras Universidade Federal da Paraíba, 2014, págs. 2486-2496
- CUCATTO, M., “Estudio sobre los usos argumentativos de la expresión ‘a mayor abundamiento’ en el discurso jurisdiccional”, en Carranza, I.; Cucatto, M. (eds)., *Temas de discurso público e interacción. Volúmenes temáticos del XIV Congreso Nacional de la Sociedad Argentina de Lingüística*, Bahía Blanca, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2016. págs. 117-140
- CUETO RÚA, J., *El “common law”. Su estructura normativa – Su enseñanza*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1957
- CUETO RÚA, J., *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982
- DÍAZ, C. A., *Instituciones de derecho procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, t. 1
- DÍAZ GARCÍA, L. I., “Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, nº 2, 2015, págs. 139-171

- DI IORIO, A. J., “El recurso de inaplicabilidad de Ley en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Foro de Estudios de Derecho Procesal. Recursos Judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993, volumen 1, pp. 215-230
- DRAGICH, M. J., “Citation of Unpublished Opinions As Precedent”, en *Hastings Law Journal*, vol. 55, 2004, págs. 1235-1308
- DRAGICH, M. J., “Uniformity, Inferiority, and the Law of the Circuit Doctrine”, en *Loyola Law Review* n° 56, 2010, pp. 535-589
- DUBLÁN, M.; LOZANO, J. M., *Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Tomo XVI, , México, Imprenta y Litografía de Eduardo Dublán, 1887
- DUVIVIER, K. K., “Are Some Words Better Left Unpublished?: Precedent and the Role of Unpublished Decisions”, en *Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 3, 2001, págs. 397-418
- DUXBURY, N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008
- EBER, M. L., “When the Dissent Creates the Law: Cross-Cutting Majorities and the Prediction Model of Precedent”, en *Emory Law Journal*, vol. 58, 2008, págs. 207-248
- EDWARDS, H. T., “The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, n° 5, 2003, págs. 1639-1690
- ESKRIDGE, W. N. Jr., “Overruling Statutory Precedents”, en *Georgetown Law Journal*, vol. 76, 1988, págs. 1361-1439
- ESTRADA ROMERO, M., “Reflexiones en torno a la jurisprudencia en México, págs. 103-120 en Cienfuegos Salgado, D. y López Olivera, M. A. (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, México, IIJ-UNAM, 2005
- FALCÓN, E. M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2006, t. 1
- FASSI, S.; YÁÑEZ, C., *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 1989

- FERRERES COMELLA, V.; XIOL, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009
- FERRERES COMELLA, V., “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en Ferreres, Comella V.; Xiol, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, págs. 43-80
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980
- FINNIS, J., “The Truth in Legal Positivism”, en *Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, V., “La justicia de los precedentes. ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador?”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 29, n° 2, 2016, págs. 9-33
- FERRER BELTRÁN, J., “El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial”, en Ferrer Beltrán, J.; Vázquez, C. (coeds.), *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, Madrid, 2016
- FON, V.; PARISI, F., “Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis”, en *International Review of Law and Economics*, 2006, págs. 519-535
- FRICKEY, P. P., “Stare Decisis in Constitutional Cases: Reconsidering National League of Cities”, en *Constitutional Commentary*, 1985, vol. 2, págs. 123-145
- GALGANO, F. (coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (Fernández Campos, Juan Antonio y Verdera Server, Rafael, trads.), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000
- GARAY, A. F., *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013
- GARAY, A. F., “Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario”, en *La Ley* 1990-E, Sección doctrina, 1991, págs. 984-1002
- GARGARELLA, Roberto, “Inconsistencia y parcialidad. Un análisis histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV, fascículo 9, págs. 1175-1192

- GARMENDIA, M. A., *Derecho civil y procesal. Fallos dictados por las Cámaras de Apelaciones constituidas en tribunal pleno desde la sanción de la ley n° 7055 sobre reorganización de la justicia ordinaria de la Capital*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1915
- GARNER, Bryan A., *et al*, *The Law of Judicial Precedent*, Minnesota, Thomson Reuters, 2016
- GASCÓN ABELLÁN, M., “Igualdad y respeto al precedente”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 1, n° 2, 1993, págs. 211-228
- GASCÓN ABELLÁN, M., "Rationality and (Self) Precedent: Brief Considerations Concerning the Grounding and Implications of the Rule of Self Precedent", en *Archive für Rechts-und Sozial Philosophie*, n° 133, 2012, págs. 35-50
- GELLI, M. A., “El ‘writ of certiorari’ en perspectiva” en *La Ley*, 1994-B, págs. 880-890
- GERHARDT, M. J., “The Irrepressibility of Precedent”, en *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2008, págs. 1279-1297
- GERHARDT, M. J., “Super Precedent”, en *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, págs. 1204-1231
- GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968
- GEORGE, T. E., “The Dynamics and Determinants of the Decision to Grant En Banc Review”, en *Washington Law Review*, vol. 74, 1999, págs. 213-274
- GILES, M.; Walker, T. y Zorn, C., “Setting a Judicial Agenda: The Decision to Grant En Banc Review in the U.S. Courts of Appeals”, en *Journal of Politics*, n.º 68, págs. 852-866
- GORLA, G., “Precedenti sulla trasmissibilità e sul termine dell'obbligazione pattizia e su alcune questioni connesse”, en Gorla, G. (dir.), *Raccolta di Saggi Sulla Giurisprudenza*, Il Foro Italiano., vol. 90, n° 2, 1967, págs. 161-174
- GODBOLD, J. C., “The Eleventh Circuit Court of Appeals - The First Ten Years”, en *Mercer Law Review*, vol. 43, 1992, págs. 961-985
- GÓMORA JUÁREZ, S., “Coherencia y progresividad en el concepto de precedente”, en *Debatiendo con Taruffo*, Ferrer Beltrán, Jordi; Vázquez, Carmen (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 189-214

- GONZÁLEZ BERTOMEU, J. F., “¡Sin precedentes!”, en *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Abeledo Perrot, 2009, págs. 1-64
- GOODHART, A. L., “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, en *Yale Law Journal*, vol. XL, n° 2, 1930, págs. 161-183
- GOODHART, A. L., “Precedent in English and Continental Law”, en *Law Quarterly Review*, Londres, n° 50, 1934, págs. 40-65
- GOODHART, Arthur, “The Ratio Decidendi of a Case”, en *The Modern Law Review*, vol. 22, n. 2, 1959, págs. 117-124
- GOTTHEIL, J., *Common Law and Civil Law*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960
- GRAY, J. C., “Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence”, en *Harvard Law Review*, vol. 9, n° 1, 1895, págs. 27-41.
- GULLCO, H., “La igualdad en la aplicación de normas: una modificación sustancial en la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Jurisprudencia Argentina* 2014-III, págs. 414-420.
- HARRISON, J., “The Power of Congress over the Rules of Precedent”, en *Duke Law Journal*, vol. 50, 2000, págs. 503-543
- HEALY, T., “Stare Decisis as a Constitutional Requirement”, en *West Virginia Law Review*, vol. 104, 2001, págs. 43-122
- HEALY, T., “Stare decisis and the Constitution: Four Questions and Answers”, en *Notre Dame Law Review*, vol. 38, is. 3, 2008, págs. 1173-1226
- HELLMAN, A. D., "Jumboism and Jurisprudence: The Theory and Practice of Precedent in the Large Appellate Court," en *University of Chicago Law Review*, vol. 56, n° 2, artículo 6, 1989, págs. 541-601
- HELLMAN, A. D., “Central Staff in Appellate Courts: The Experience of the Ninth Circuit”, en *California Law Review*, vol. 68, n.° 5, 1980, págs. 937-1003
- HELLMAN, D., “The Importance of Appearing Principled”, en *Arizona Law Review*, vol. 37, 1995, págs. 1107-1151

- HEREDIA, H., *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1942
- ISRAEL, J. H., “Gideon v. Wainwright: The ‘Art’ of Overruling”, *The Supreme Court Review*, 1963, págs. 211-272
- ITURRALDE SESMA, V., “Las decisiones judiciales como fuente del derecho en los sistemas del *civil law*: El caso español” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII, 1995, pág. 401-421.
- JONES, B., “Stare Decisis”, en Garland, David S.; McGehee, Lucius P., *The American and English Encyclopaedia of Law*, 2da ed., 1904, págs. 165-166
- JONES, H. W.; KERNOCHAN, J. M.; y MURPHY, A. W., *Legal Method: Cases and Materials*, Nueva York, The Foundation Press, 1980
- KOZEL, R. J., “Stare Decisis as Judicial Doctrine”, en *Washington & Lee Law Review*, vol. 67, 2010, págs. 411-466
- KOZEL, R. J., “Precedent and Reliance”, en *Emory Law Journal*, vol. 62, 2013, págs. 1459-1507
- KOZEL, R. J., *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017
- KANNE, M. S., “The “Non-Banc En Banc”: Seventh Circuit Rule 40(e) and the Law of the Circuit”, en *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 32, 2008, págs. 611-624
- KARLEN, Delmar, “Civil Appeals: English and American Approaches Compared”, en *William & Mary Law Review*, vol. 21, n° 1, artículo 5, págs. 121- 159
- KARLEN, Delmar, *Appellate Courts in the United States and England*, Westport, Greenwood Press, 1963
- KAUFMAN, I. R., “Do the Costs of the En Banc Proceeding Outweigh Its Advantages?”, en *Judicature*, vol. 69, 1985, págs. 7-8
- KEMPIN, F. G. Jr., “Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850”, en *American Journal of Legal History*, vol. 3, 1959, págs. 28-54

- KIELMANOVICH, J. L., “La doctrina plenaria y la ley 26.853”, en *La Ley* 2013-D, Buenos Aires, págs. 1052-1056
- KOZEL, R. J., *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017
- LEGUISAMON, H., “Algunas reflexiones más sobre el nuevo recurso de casación y la pérdida de obligatoriedad de los fallos plenarios”, en *Suplemento de Derecho Procesal* de elDial.com del 26-8-2013
- LEWIS F. POWELL, Jr., “Stare Decisis and Judicial Restraint”, en *Washington & Lee Law Review*, vol. 47, n° 2, artículo 2, 1990, págs. 281-290
- LEROY, M. H., “Death of a precedent: Should Justices Rethink Their Consensus Norms?”, en *Hofstra Law Review*, vol. 43, n° 2, 2014, págs. 377-415
- LÓPEZ MEDINA, D., “Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho”, en *Precedente* 2015, Cali, vol. 7, págs. 9-42
- LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., “El voto número veinte de un plenario con desempate”, nota a fallo en *Jurisprudencia Argentina*, 1965-VI, pág. 435
- LEGARRE, S., *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2016
- LEGARRE, S.; RIVERA, J. C. (h), “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2009-E, págs. 820-832
- LEGARRE, S.; RIVERA, J. C.(h), “Quórum y mayoría en la Corte Suprema”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2008-IV, págs. 1424-1450
- LEGARRE, S.; RIVERA, J. C. (h) “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n° 1, 2006, págs. 109-124
- LEGARRE, S., “Precedent in Argentine Law”, en *Loyola Law Review*, vol. 57, 2011, 781-791
- LEGARRE, S., “La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2013-II, págs. 3-12

- LEVAGGI, A., “La codificación en el procedimiento civil en la Argentina”, en *Revista chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile, 1984, págs. 211-247
- LLEWELYN, K. N., *The bramble bush. On our law and its study*, New York, London, Rome, Oceana Publications Inc., 7a impr., 1981
- LLEWELYN, K. L., *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston – Toronto, Little, Brown and Company, 1960
- LONDOÑO S., Néstor R., “La obligatoriedad de los principios del derecho en el Common Law de los Estados Unidos”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36, n°106, 2007, págs. 55-88
- LORENZETTI, R.L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014
- LORENZETTI, R. L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2005
- LÜCKE, H.K., “Ratio Decidendi: Adjudicative Rational and Source of Law”, en *Bond Law Review*, vol. 1, n° 1, art. 2, 1989, págs. 36-51
- LYONS, D., “Formal Justice, Moral Commitment and Judicial Precedent”, en *The Journal of Philosophy*, vol. 81, no. 10, 1984, págs. 580-587
- MACCORMICK, D. N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978
- MACCORMICK, D. N., “Why Cases have *Rationes* and What These Are”, en GOLDSTEIN, L., (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, págs. 155-182
- MACCORMICK, D. N.; SUMMERS, R. S.; GOODHART, A. L., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Nueva York, Routledge, 2016
- MACHADO, J. O., *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. I, Buenos Aires, Félix Lejouane, 1898
- MADDEN, P. M., “In Banc Procedures in the United States Courts of Appeals”, en *Fordham Law Review*, vol. 43, 1974, págs. 401-423

- MAFFÍA, O. J., “Legislación Judicial. En torno a un plenario”, en *La Ley*, 1965, t. 119, sección Doctrina, págs. 1227-1237
- MAIER, J. B., *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª edición, 2004
- MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5ª ed., 2000
- MARINONI, L. G., “El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del *civil law*: la contribución de Taruffo”, en Ferrer Beltrán, Jordi; Vázquez, Carmen (coeds.), *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, págs. 133-156
- MARTINEAU, R. J., *Modern Appellate Practice. Federal and States Civil Appeals*, Bancroft-Whitney Co., San Francisco, 1983
- MCCUSKEY, E. Y., “Submerged precedent”, en *Nevada Law Journal*, vol. 16, 2016, págs. 515-584
- MEAD, J. W., “Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States”, *Nevada Law Journal*, vol. 12, 2012, págs. 787-830
- MENDONÇA, D., “Igualdad en la aplicación de la ley”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 5, n° 1, 2000, págs. 317-328
- MERRIL, T. W., “Originality, Stare Decisis and the Promotion of Judicial Restraint”, en *Constitutional Commentary*, vol. 22, 2005, págs. 271-288
- MERRYMAN, J. H., PÉREZ-PERDOMO, R., *The civil law tradition. An introduction to the legal systems in Europe and Latin America*, Standford, Standford University Press, 3ª ed., 2007
- MONAGHAN, H. P., “Stare Decisis and Constitutional Adjudication”, en *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, págs. 723-773
- MONTEJANO, B., *Los fines del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1967
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Madrid, Tecnos, 1748

- MONTOYA VALLEJO, S. A., “Análisis comparado de la formación de la jurisprudencia en México y del precedente judicial en Colombia”, en *Revista CES Derecho*, vol. 8, págs. 71-99
- MORETTI, F., “El precedente judicial en el sistema inglés”, en Galgano, Francesco (coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (Fernández Campos, Juan Antonio y Verdera Server, Rafael, trads.), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, págs. 29-46
- MOSMANN, M. V., “El precedente judicial en Argentina”, en *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, 2016, págs. 205-226
- NADELMANN, K. H., “The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 8, 1959, págs. 415-432
- NÚÑEZ VAQUERO, Á., “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 39, 2016, págs. 128-156
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “Precedente en materia de hechos”, en *Revista de Derecho*, vol. XXXI, n° 1, 2018, págs. 51-78
- OFICINA ADMINISTRATIVA DE LOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS UNIDOS, “El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. Presentación para Jueces y Personal Administrativo del Ramo Judicial en Países Extranjeros”, 2000
- OTEIZA, E., *La Corte Suprema – Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, Platense, 1994
- OTEIZA, E., “El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, n° 1, 1998 págs. 71-86
- OTEIZA, E., “Ley creación de las nuevas tres cámaras de casación y la duración de los procesos”, en *La Ley*, Suplemento especial: Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 – Medidas cautelares y el Estado como parte. Ley 26.854, mayo 2013, págs. 9-12
- OTEIZA, E., “El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2007, Año VI, n° 10, págs. 157-215

- PALACIO, L. E., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1975
- PALACIO, L.E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004
- PASCARIELLO, R., “La inconstitucionalidad de los fallos plenarios”, en *Revista Aequitas*, n° 13, 2010, IJ-LI.841
- PAULSEN, M. S., “Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?”, en *Yale Law Journal*, vol. 109, n° 7, 2000, págs. 1535-1602
- PERJU, V., “Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure”, en Jackson, V. C.; Tushnet, M., (eds.), *Proportionality as a Transnational Legal Principle* (forthcoming Cambridge UP, 2017)
- PERJU, V., “Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations”, en Rosenfeld, M; Sajo, A. (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012), pp. 1304-1327
- PECZENIK, Alexander, “The Binding Force of Precedent”, en MACCORMICK, D. N.; SUMMERS, R., en MACCORMICK, D.N.; SUMMERS, R.S., GOODHART, A.L., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Nueva York, Routledge, 2016, págs. 461-479
- PLUCKNETT, T. F. T., *A Concise History of the Common Law*, Liberty Fund Inc., 1929
- PORTELA, J., “El neoconstitucionalismo ¿es realmente neo?”, en *Gaceta Constitucional*, 2011, t. 48, págs. 271-286
- POSNER, R. A., *How judges think*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2010
- PRICE, P. J., “Precedent and Judicial Power After the Founding”, en *Boston College Law Review*, 2001, vol. 42, págs. 81-121
- PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Civil*, Zaragoza, Librería General, 1946
- POZO GOWLAND, H., “Organización de la Justicia Federal y el Fuero Contencioso Administrativo de la Nación”, en Cassagne, Juan Carlos, en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007

- PUGLIESE, M. R., “La administración de justicia”, en Academia Nacional de la Historia, *Nueva historia de la Nación Argentina. La configuración de la República independiente 1810-1914*, Tomo V, Buenos Aires, Planeta, págs. 405-435
- RADIN, M., “The Trail of the Calf”, en *Cornell Law Review*, vol. 32, art. 2, 1946, págs. 137-160
- RAZ, J., *The Authority of Law. Essays of Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 2a edición
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Ortografía de la lengua española*, 1ª ed., Buenos Aires, Espasa, 2011
- RIVAROLA, R., *Derecho penal argentino. Parte General*, Buenos Aires, Librería Rivadavia 1910
- RIVERO ORTEGA, R., “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 157, enero-abril 2002, págs. 89-118
- RUIZ MIGUEL, A., “Equality before the Law and Precedent”, en *Ratio Juris*, vol. 10, 1997, págs. 372-391
- SADINSKY, A., “Redefining En Banc Review in the Federal Courts of Appeals”, en *Fordham Law Review*, vol. 82, 2014, págs. 2001-2035
- SÁEZ, M. A., *Observaciones críticas sobre el Código Civil*, t. I, Mendoza, 1883
- SAGÜES, N. P., “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina”, en *Estudios Constitucionales*, Año 4, 2006, págs. 17-32
- SAGÜES, N., “Las sentencias constitucionales exhortativas”, en *Estudios Constitucionales. Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, n.º 2, Providencia, 2006, págs. 189-202
- SAGÜES, N. P.; “La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema”, en *La Ley*, 2008-E, Buenos Aires, págs. 837-841

- SAGÜES, N. P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 8, n° 1, 2010, págs. 117–136
- SAGÜES, N. P., *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*, 3a. ed., Bs. As., Astrea, 1992
- SANTIAGO, A. (h), “Neoconstitucionalismo”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2008, vol. XXXV-II, págs. 241-264
- SANTIAGO, A., “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo”, en *Díkaion*, año 22, núm. 17, 2008, págs. 132-155
- SARTORIO, J. C., “La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad”, en *La Ley* La t. 96, sección Doctrina, 1959 págs. 799-807
- SAYAGUÉS LASO, E.; MARTINS, D. H., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998
- SCHAUER, F., “Precedent”, en *Stanford Law Review*, vol. 39, n° 3, 1987, págs. 571-605
- SCHAUER, F., “Why Precedent in Law (and Elsewhere) is not Totally (or Even Substantially) About Analogy”, en *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, n° 6, 2008, págs. 454
- SCHILTZ, P. J., “The Citation of Unpublished Opinions in the Federal Courts of Appeals”, en *Fordham Law Review*, vol. 74, n°1, 2005, págs. 23-79
- SEDLACEK, F., “Bases para la aplicación para la aplicación de la teoría del precedente de la República Argentina”, ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, 2015
- SERNA DE LA GARZA, J. M., “The concept of *Jurisprudencia* in Mexican Law”, en *Mexican Law Review*, vol. 1, n° 2, págs. 132-145
- SHAPIRO, Martin, “Toward a Theory of Stare Decisis”, en *Journal of Legal Studies*, n° 1, 1972, pág. 125-134
- SLOAN, A. E., "Appellate Fruit Salad and Other Concepts: A Short Course in Appellate Process," en *University of Baltimore Law Review*, vol. 35, iss. 1, 2005, págs. 43-71

- SLOAN, A. E., “If You Can't Beat 'Em, Join 'Em: A Pragmatic Approach to Nonprecedential Opinions in the Federal Appellate Courts”, en *Nebraska Law Review*, vol. 86, 2008, págs. 895-954
- SLOAN, A. E., “The Dog That Didn’t Bark: Stealth Procedures and the Erosion of Stare Decisis in the Federal Courts of Appeals”, en *Fordham Law Review*, vol. 74, 2009, págs. 718–19
- STAHL-REISDORFF, N., "The Use of Visiting Judges in the Federal District Courts: A Guide for Judges & Court Personnel”
- SOBERANES DÍEZ, J. M., “La igualdad ante la jurisprudencia”, en *Cuestiones Constitucionales*, vol. 29, 2013, págs. 313-345
- SODERO, E., “Sobre el cambio de los precedentes”, en *Revista Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, n° 21, 2004, págs. 217-254
- SOLER, S., *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1945
- SOSA, T. E.; CUCATTO, M., “Breve introducción a la pragmática conversacional en el proceso judicial”, en *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, La Pampa, 2014, vol. 4, págs. 87-96
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “La jurisprudencia. Su integración”, México, 2004
- TARUFFO, M., *Cinco lecciones mexicanas. Memorias del Taller de Derecho Procesal*, México D.F., Tribunal Electoral de la Federación, D.F., 2003
- TARUFFO, M., “La jurisprudencia entre casuística y uniformidad”, en *Revista de Derecho*, vol. XXVII, n.º 2, 2014, págs. 9-19
- TARUFFO, M., “Precedente y jurisprudencia”, en *Precedente. Revista Jurídica*, Martínez Valecilla, Claudia; Gandini, Fernando (trads.), Cali, 2007, págs. 86-99
- TARUFFO, M., “Consideraciones sobre el Precedente”, en *Revista Ius Et Veritas*, n° 53, 2006, págs. 330-342

- TARUFFO, M., “Dimensiones del precedente judicial”, en *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Monroy Gálvez, Juan F. (trad.), Castañeda Otsu, Susana (dir.), Velezmore, Fernando (coord.), Grijley, Lima, 2010
- TARUFFO, M., “Institutional Factors Influencing Precedents”, en MACCORMICK, D.N.; SUMMERS, R.S., GOODHART, A.L., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Nueva York, Routledge, 2016, págs.437-459
- TAU ANZOATEGUI, V.; MARTIRÉ, E., *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 5ª edición, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1981
- TAU ANZOÁTEGUI, V., “La jurisprudencia civil en la cultura jurídica argentina (S. XIX-XX)” en AAVV, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Giudici e giuristi: il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, vol. 40, t. I, Milano, Giuffrè Editore, 2011, págs. 53-110
- TONDOPÓ HERNÁNDEZ, C. H., “La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano. Necesidad de aplicación retroactiva y ampliación en su alcance”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, n° 9, págs. 193-221
- TORRES, L. F., “El Activismo Judicial en la era Neconstitucional”, en *Iuris Dictio*, año 13, vol. 5, 2013, págs. 55-80
- TOZZI, P. A., MARCILESE, S., Muga González, R., "El activismo judicial en Latinoamérica. Análisis a raíz de la reciente jurisprudencia argentina proaborto", en *El Derecho*, 251, 2013, págs. 726-744
- TRIBE, L. H., *The Invisible Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2008
- TROPER, M.; GRZEGORCZYK, C., “Precedent in France”, en MACCORMICK, D. N.; SUMMERS, R.; GOODHART, A. L., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Nueva York, Routledge, 2016, págs. 103-140
- TUBBS, J. W., *The Common Law Mind: Medieval and Early Modern Conceptions*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2000
- ULMER, S. Sidney, “An Empirical Analysis of Selected Aspects of Lawmaking of the United States Supreme Court”, en *Journal of Public Law*, 1959, vol. 8, págs. 414-436

- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “El razonamiento judicial”, en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, n° 15, 2009, págs. 15-28
- VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, 1ª reimpresión, Córdoba, Editora Córdoba, 1982
- YAÑEZ ÁLVAREZ, C. D., “Recurso de inaplicabilidad de ley (III Parte: Fallo Plenario)”, *Jurisprudencia Argentina*, 1971, Serie contemporánea, doctrina, págs. 849-857
- WALD, P. M., “The Changing Course: The Use of Precedent in the District of Columbia Circuit”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 34, 1985-1986, págs. 477-517
- WALD, P. M., “Some Real-Life Observations about Judging”, en *Indiana Law Review*, vol. 26, 1992, págs. 177-186
- WALKER, J. M., Jr., “The Role of Precedent in the United States: How do Precedents Lose Their Binding Effect?”, en *China Guiding Cases Project*, 2016
- WAMBAUGH, E., *The Study of Cases. A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-Notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities and Compiling Digests*, 2nd ed., Boston, Little, Brown, and Co., 1894
- WHITE, R. H., “Time for a New Approach: Why the Judiciary Should Disregard the Law of the Circuit When Confronting Nonacquiescence by the National Labor Relations Board”, en *North Carolina Law Review*, vol. 69, n° 2, págs. 639-685
- ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1980
- ZAFFARONI, E. R., *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994
- ZANETI, Hermes Jr., “Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudencia persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil”, en *Revista de Processo*, vol. 235, 2014, págs. 293-349
- ZORRAQUÍN BECU, R., *Estudios de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992
- ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, Wair, Tony (trans.), 3ª edición revisada, Oxford, Clarendon Press, 1998

