

Acerca de la inconstitucionalidad de las normas que prescriben la obligatoriedad de los fallos plenarios

Alejandra Verde*

Introducción

Los fallos plenarios serán, tal como se adelanta en el título, el objeto de estudio del presente trabajo. Más precisamente lo que aquí se analizará -y pondrá en duda- es la constitucionalidad del segundo párrafo del art. 10 de la ley 24.050, toda vez que prescriben la obligatoriedad de los fallos dictados en forma plenaria, tanto para las cámaras que lo dictaron como también para todos los tribunales de jerarquía inferior. Efectivamente, aquí se pretende desarrollar los fundamentos de la hipótesis anterior.

Esta clase de fallos o sentencias son *actos jurisdiccionales*, por medio de los cuales los tribunales de alzada (en pleno) resuelven una cuestión de derecho y establecen la doctrina legal aplicable al caso concreto y otros análogos, es decir, fijan un criterio jurisprudencial y tienen carácter obligatorio tanto para la misma cámara que lo dictó como para los otros jueces de instancias inferiores¹.

El punto I del presente trabajo comenzará con el análisis de las características definitorias del instituto mencionado. A partir de ello, se plantearán diversas tesis al respecto y las consecuencias que una de dichas posturas tiene con relación a la forma de gobierno que rige en Argentina. En el mismo punto se describirá y se analizará críticamente el marco normativo que contiene (o crea) los fallos plenarios y su obligatoriedad. En efecto, en esta última parte se hará un recuento breve de los antecedentes (argentinos) normativos al respecto.

En el punto II se estudiará uno de los temas más discutidos sobre los fallos plenarios, esto es: su *obligatoriedad*. Dicha obligatoriedad nace exclusivamente de las normas procesales que regulan este instituto. De hecho, en materia penal -aunque sólo en la justicia federal- los arts. 10 y 11 de la ley 24.050 instituyen esta clase de sentencias (lo que aquí no se cuestiona), pero también prescriben su obligatoriedad (en el 2º párrafo del art. 10 de la mencionada ley), como ya se dijo, tanto para la misma cámara que las dicta como para los tribunales de jerarquía inferior. Y es puntalmente

* Becaria Conicet.

¹ Así lo establece AZARI, Roland, *Fallos plenarios*, en *Temas de casación y recursos extraordinarios*. Libro homenaje a Augusto M. Morello, Platense, La Plata, 1982, p. 405.

esto último lo que aquí se cuestionará y sobre ese punto se efectuará un análisis de constitucionalidad. Para comenzar con dicho análisis se estudiará, previamente, si las normas anteriormente referidas son válidas, particularmente con relación al 2º párrafo del art. 10 de la ley 24.050. Para ello, se establecerá en forma breve en qué consiste *la validez de las normas* y cuáles son las diferencias entre *validez formal* y *validez sustancial o material*. En este punto se analizará la validez formal de los artículos 10 y 11 de la ley 24.050.

En el punto III se investigará si las normas en cuestión vulneran normas de jerarquía superior y principios constitucionales. Es decir, se analizará si las normas mencionadas son o no coherentes o, dicho de otro modo, si son o no sustancialmente válidas. En efecto, una norma material o sustancialmente inválida será una norma inconstitucional en el sentido de que padece de incoherencia con otras normas superiores y principios constitucionales. Para arribar a estas conclusiones se estudiará la función del juez en nuestro país y el método judicial que nos rige. En efecto, en Argentina el juez está vinculado a la ley (a mi juicio en forma estricta, lo que no significa que estará vinculado por una norma inconstitucional). A partir de ello, habrá que determinar si es constitucionalmente factible -en nuestro sistema judicial- que un juez esté obligado por una norma *infraconstitucional* a aplicar una determinada *jurisprudencia* (un fallo plenario) en vez de una *norma* por él elegida para el caso concreto. También se estudiará -en forma acotada- de qué modo el Derecho obliga al juez². Y, para cerrar el punto, se estudiará cuáles son los principios constitucionales y las normas que vulnera el 2º párrafo del art. 10 de la ley 24.050, y que, en consecuencia, confirman la hipótesis sobre su inconstitucionalidad.

I. Características definitorias y antecedentes normativos de los fallos plenarios

1. Características definitorias de los fallos plenarios

No existe consenso ni en la doctrina ni en la jurisprudencia argentina acerca de cuáles son las características definitorias de esta clase de fallos³. No es el tema principal

² NAVARRO, Pablo E., BOUZAT, Andrés, ESANDI, Luis M, *Juez y ley penal*, Alveroni, Córdoba, 2001, p. 7.

³Sobre las diferentes tesis a cerca de los elementos definitorios -lo que muchos autores denominan "naturaleza jurídica"- de los fallos plenarios cf. FERREIRA RUBIO, Delia M., ALFERILLO, Pascual E.,

del presente trabajo el estudio de este tema, por ello sólo se enunciarán tres posibles tesis al respecto:

a) La que le otorga a los fallos plenarios “un valor especial en razón de ser tan importante como la ley misma al formar un cuerpo de derecho que se incorpora al derecho positivo de la Nación”⁴, es decir, considera que “la jurisprudencia plenaria llega a ser como una ley a la que los particulares deben arreglar su conducta e intereses”⁵. En efecto, esta tesis tiene sus orígenes con los fallos “*Mac Clelland, Alexander*”, dictado por la Cámara Civil I de Capital Federal, con fecha 31/12/1941 y con otro fallo, “*Saffores, Luis o Juan L.*”, dictado por las cámaras civiles en pleno de la Capital Federal, con fecha 19/11/1943. En este último caso se concluye que los fallos plenarios son similares a las leyes aclaratorias o interpretativas⁶.

b) La que sostiene que esta clase de fallos son sentencias, esto es, actos de jurisdicción⁷.

c) Y la que afirma que los fallos plenarios poseen características tanto de las sentencias como de la ley, es decir, las considera una categoría híbrida y novedosa con un régimen propio⁸.

Aquí se adhiere a la tesis propuesta en segundo lugar, esto es, la que sostiene que los fallos plenarios son sentencias y, como tales, sólo pueden tener las características y consecuencias típicas de ellas. Por el contrario, se rechaza la tesis que afirma que los fallos plenarios están asimilados a las leyes. Se considera que ello es así porque la formulación y sanción de las leyes es una atribución y obligación del Poder Legislativo,

Algunas reflexiones sobre los fallos plenarios, en *Estudios de Derecho Civil*, Universidad, Buenos Aires, 1980, p. 587.

⁴ Cámara Civil I, Capital Federal, “*Mac Clelland, Alexander*”, 31/12/1941, LL, t. 24, p. 982.

⁵ *Ibid.*, p. 987.

⁶ Cámaras civiles de la Capital Federal en pleno, “*Saffores, Luis o Juan L.*”, 19/11/1943, LL, t. 32, pp. 497 y ss.

⁷ Cf. FERREIRA RUBIO/ALFERILLO, *op. cit.*, pp. 590 y ss.

⁸ Al respecto, en el fallo plenario “*Saffores, Luis o Juan L.*”, *cit.*, p. 516, se considera a los fallos plenarios “como la ley misma” o “les conceden ese valor especial... en atención a la fuerza que tiene una disposición de carácter general” (característica de la que sólo gozan las leyes y no las sentencias). Sin embargo, se afirma que un fallo plenario “se diferencia sustancialmente de la autoridad de que goza la ley, pues, aunque aquella sea observada como si fuera la ley, no por esto se convierte en ley...; posee la fuerza de la misma, pero no... la forma de una ley”. Más aún, luego se afirma que “la ley no puede ser derogada sino por otra ley y los jueces no pueden dejar de aplicarla cualquiera sea su valor intrínseco o equidad...”.

que se encuentra, por un lado, regulada en la CN y, por el otro, vedada tanto al Poder Ejecutivo como al Judicial⁹.

En efecto, nuestro país es una república¹⁰, por lo tanto, y como derivación de ello, en Argentina el poder público se encuentra dividido en tres: legislativo, judicial y ejecutivo¹¹. Cabe aclarar que el poder estatal es uno solo, que esta división hace referencia nada más que a una distribución de tareas o funciones y contrapesos de controles previstos en la Constitución Nacional y que cada vez esa división es menos rígida. Así, la CN establece las obligaciones y atribuciones de cada uno de estos tres “poderes” y asegura la independencia de cada uno de ellos con relación a los otros. Por lo tanto, afirmar que un fallo judicial, es decir: un acto jurisdiccional (sea o no sea plenario) “es como la ley misma”¹², y afirmar que ellos tienen las mismas características y consecuencias que tiene la ley, constituye una violación a las normas y principios de nuestra Constitución Nacional, que establecen claramente que el Poder Legislativo es el encargado de la formulación y sanción de leyes a través de los procedimientos establecidos en la propia CN.

2. Antecedentes

La ley 7055 dictada en el año 1910, en su artículo 6, prevé la posibilidad de que las cámaras se reúnan en pleno y dicten fallos plenarios sin hacer ninguna referencia a su obligatoriedad¹³. Esta norma surgió con la creación de la segunda cámara civil en la

⁹ Así, BULYGIN denomina a esta postura “tradicional”, y sostiene que lo que la caracteriza es “una tajante distinción entre la creación del derecho por parte del legislador y la aplicación del derecho por los tribunales de justicia. Esta doctrina hunde sus raíces en la Ilustración (con las teorías de la soberanía popular y de la división de poderes), la Revolución Francesa... y la codificación napoleónica que es una consecuencia casi necesaria de la doctrina de división de poderes, doctrina que mantiene su vigencia hasta nuestros días”. BULYGIN, Eugenio, *Los jueces, ¿crean Derecho?*, en “Isonomía”, n° 18, Buenos Aires, 2003, p. 8.

¹⁰ El art. 1 de la CN reza: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana federal, según lo establece la presente Constitución”.

¹¹ La división del poder público, típico de la forma republicana de gobierno, es una herramienta para lograr mayor transparencia en el ejercicio de la función pública, a través de un sistema de control entre cada uno de los tres poderes y la prohibición de intromisión de un poder en otro. O, dicho de otro modo, garantizando la independencia de los tres poderes. Esta independencia está regulada en nuestra CN. Así, la formación y sanción de las leyes está contemplada en la CN dentro de la sección denominada “Del Poder Legislativo”, en el capítulo IV. Asimismo, los arts. 76, 99 inc. 2 y 109 de la CN son claras reafirmaciones del sistema republicano, puesto que estas normas contienen prohibiciones a los otros poderes para legislar, de modo tal que se respete la independencia de cada poder del Estado.

¹² Ver al respecto los fallos (ya citados) “Mac Clelland, Alexander”, p. 982, y “Saffores, Luis o Juan L”, cit., pp. 497 y ss.

¹³ Cf. sobre los antecedentes de los fallos plenarios: GARCÍA VITOR, Enrique, *La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria y el Derecho Penal. Reparos constitucionales*, en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, año III, n° 7, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 641 y s; MAEIR, Julio, *Derecho*

Capital Federal, puesto que comenzó a suceder que ante las mismas situaciones de hecho se dictaban fallos diferentes¹⁴ y, con este instituto, se buscaba unificar la jurisprudencia. En efecto, dicha norma permite a las cámaras civiles la posibilidad de que se reúnan en pleno y decidan, por mayoría de votos, en casos en los que surgieran cuestiones de competencia o cuando “cualquiera de las dos cámaras entendiera que, en cuanto al punto de debate, es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable”¹⁵.

Así, en la medida en que se creaba más de una cámara en cada fuero surgió el problema de la falta de uniformidad de criterio jurisprudencial y, por ello, el legislador dictó normas que prevén la posibilidad de que las cámaras se reúnan en pleno para fijar un criterio único a seguir¹⁶. Es decir: se buscaba evitar sentencias contradictorias y garantizar la igualdad jurídica.

La obligatoriedad de los fallos plenarios, como se ve, no estaba prevista en el surgimiento de este tipo de fallos. La primera vez que se habló de dicha obligatoriedad fue el 11 de agosto de 1941. En efecto, fue la Cámara de Paz de la Capital Federal la que sostuvo que la doctrina plenaria era vinculante para los jueces de primera instancia. Luego, ello fue ratificado por el decreto-ley 4555/43¹⁷ y, finalmente, la obligatoriedad de los fallos plenarios se extendió hacia todos los fueros.

Puntualmente, en materia penal, los fallos plenarios y su obligatoriedad fueron una creación de la ley nacional 24.050 -arts. 10 y 11-¹⁸, sancionada el 06/12/1992, y

Procesal Penal. Fundamentos, t.I, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 133 y s., ARAZI, op. cit., pp. 406 y s., entre otros.

¹⁴ Sobre ello: ARAZI, op. cit., pp. 406 y s.

¹⁵ La letra completa del art. 6 de la ley 7055 reza: “En caso de producirse cuestiones de competencia entre dos cámaras, el presidente de la que hubiera conocido las reunirá en pleno y la decidirá por mayoría de votos. Si hubiese empate se dará intervención a un miembro de las otras cámaras, elegido a la suerte. Igual procedimiento se seguirá en los casos en que, al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva, cualquiera de las dos cámaras entendiera que, en cuanto al punto de debate, es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable”.

¹⁶ Así, se fueron dictando una sucesión de leyes que adoptaba la figura de los fallos plenarios, a saber: la ley 12.327 -art. 5- (fuero: correccional y criminal) de 1936; la ley 12.330 (fuero: cámara de apelación en lo civil y comercial); la ley 11.924 (Cámara de Paz Letrada) de 1943; el decreto-ley 32.347/44 ratificado por ley 12.948 -art. 17- (fuero: laboral); entre muchas otras que se fueron dictando hasta el día de la fecha. Ver más al respecto en: ARAZI, op. cit., pp. 406 y ss.; DÍAZ CANTÓN, Fernando, *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 179 y ss.; GARCÍA VITOR, op. cit., p. 640.

¹⁷ Cf. sobre todo ello a ARAZI, op. cit., p. 408; DÍAZ CANTÓN, op. cit., p. 180, entre otros.

¹⁸ El artículo 10 de la ley nacional 24.050 reza: “Sentencia plenaria. La Cámara Nacional de Casación penal se reunirá en tribunal en pleno: a) para reglamentar su labor o la distribución de la labor de sus salas. b) Para unificar la jurisprudencia de sus 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

que, a la fecha, se encuentra vigente. Sin embargo la polémica que gira en torno a la constitucionalidad de la mencionada obligatoriedad no ha sido zanjada.

Cabe aclarar que existen antecedentes de esta clase de fallos en otros países del mundo. Al respecto, Maier cita como ejemplo a Alemania, en donde, en determinadas circunstancias, la ley permite que se reúnan los senados para que se expida el máximo tribunal de casación del Estado, esto es, la Corte Federal, en un Gran Senado -para asuntos penales, por ejemplo- y “en cuestiones jurídicas de importancia fundamental, cuando lo exija el perfeccionamiento del Derecho o el aseguramiento de una jurisprudencia unificada”¹⁹. Sin embargo, con relación a la exigencia de *obligatoriedad* de estos fallos plenarios ocurre lo contrario, es decir, no existen antecedentes en otros países que establezcan que los fallos de estas características sean obligatorios más allá del caso concreto que resuelve²⁰.

II. La obligatoriedad de una norma y su constitucionalidad. Validez formal y material de las normas.

Adelanto desde ya opinión en el sentido de que el 2º párrafo del art. 10 de la ley 24.050 es inconstitucional, puesto que, al prescribir la obligatoriedad de los fallos plenarios, el párrafo de dicha norma resulta sustancial o materialmente contradictorio con principios constitucionales y normas de jerarquía superior. Desde una óptica filosófica se puede afirmar que el mencionado párrafo de dicha norma padece de incoherencia con los principios y normas constitucionales, es decir, que carece de

aplicación obligatoria para la Cámara, para los tribunales orales, cámara de apelaciones y para todo otro órgano jurisdiccional que dependa de ella, sin perjuicio de que los jueces que no compartan su criterio dejen a salvo su opinión personal”. Mientras que el art. 11 de la ley en cuestión prescribe que “También darán lugar a la reunión de la Cámara de Casación en pleno las sentencias que contradigan otra anterior de la misma Cámara, cuando el precedente haya sido expresamente invocado por el recurrente antes de la sentencia definitiva de ese tribunal. La impugnación tendiente a la convocatoria del tribunal en pleno deberá ser interpuesta y fundada dentro de cinco (5) días, ante la sala interviniente. La Cámara establecerá la doctrina aplicable y si la del fallo impugnado no se ajustare a aquella, lo declarará nulo y dictará sentencia acorde con la doctrina establecida. Hasta tanto la Cámara resuelva sobre la procedencia o no de la impugnación, la sentencia quedará suspendida en su ejecución”.

¹⁹ MAIER, op. cit., t. I, p. 133.

²⁰ *Ibíd.* En efecto, el autor mencionado señala que “la obligatoriedad jurídica de los fallos plenarios es extraña al Derecho comparado, sin perjuicio del respeto que logran las decisiones de las cortes de casación”. Y aclara que debe dejarse fuera de consideración al Derecho anglosajón, porque allí rige el principio del *stare decisis* (p. 133). Este sistema se caracteriza por el hecho de que los tribunales están obligados a aplicar sus propios precedentes y, por encima de ellos, aquellos precedentes de tribunales superiores. Por lo tanto en el sistema anglosajón los precedentes judiciales sí son vinculantes para futuros casos (p. 194).

validez material. Ahora bien, para arribar a estas conclusiones será necesario analizar -previamente- en qué consiste la validez de las normas y qué diferencias hay entre validez formal y sustancial.

En efecto, si se analiza únicamente la letra del artículo 10 de la ley 24.050, podría afirmarse que la obligatoriedad de los fallos plenarios surge expresamente de letra de la norma referida. Es decir, en principio, podría sostenerse que los fallos plenarios son obligatorios porque así lo establece la ley. Pero habrá que analizar también si su contenido (en este caso la mentada obligatoriedad de los fallos plenarios) es coherente con las normas de jerarquía superior y los principios constitucionales. Este análisis material tendrá lugar sólo en el caso de que la norma que así lo prescriba se trate de una norma formalmente válida o vigente.

Ferrajoli, a mi entender con buen criterio, sostiene que en un Estado constitucional “las condiciones de *validez* establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no sólo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial. Estos rasgos sustanciales de la validez... tienen una relevancia bastante mayor de la que tienen los meramente formales. La mayor parte de las objeciones o de las declaraciones de ilegitimidad o invalidez de una ley, una sentencia o un acto administrativo no tienen de hecho que ver con defectos formales, sino con defectos sustanciales²¹”. Por lo tanto, tal como se verá *infra*, el art. 10 de la ley 24.050 (y, por lo tanto, el párrafo que aquí se cuestiona) es formalmente válida o, como sostiene Ferrajoli: se encuentra *vigente* en nuestro ordenamiento legal. Al respecto, el autor afirma que entiende por “vigencia a la validez sólo formal de las normas, tal cual resulta de la regularidad del acto normativo”²². Sin embargo, todavía faltará analizar si el contenido de esa norma afecta o no otras normas o principios constitucionales o, según Ferrajoli, lo que se refiere a la *validez* propiamente dicha. Así, relaciona a esta última con el aspecto sustancial o material de las normas, es decir, la relaciona con los significados o contenidos normativos de las normas²³.

²¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 2ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1997, p. 358.

²² *Ibíd.*, p. 359.

²³ *Ibíd.*

Por lo tanto, una norma será obligatoria, en primer lugar, si es formalmente válida, y, en segundo lugar, si es sustancialmente válida (válidez propiamente dicha). Y esto último dependerá de que su contenido sea válido o constitucional.

Con relación a la validez (formal) de las normas, Ross afirma que “el poder compulsivo del derecho está así en función de su ‘validez’” (sic)²⁴. Esto sería lo mismo que decir que la obligatoriedad del derecho depende de su validez. Hart, por su parte, para explicar la validez de las normas se vale de una regla de reconocimiento, a la cual considera “regla última de un sistema”²⁵. El último sostiene que la regla de reconocimiento es aquella que proporciona los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema²⁶. Alexy al respecto sostiene que hay tres conceptos de validez, a saber: uno sociológico, uno ético y otro jurídico. Así, dicho autor afirma que el último es aquel al cual “se hace referencia para cuando se dice que una norma vale *jurídicamente* cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: cuando es dictada conforme el ordenamiento”²⁷.

Sin embargo, sobre la *validez de las normas*²⁸ existe una interminable discusión filosófica. Por ello, es necesario aclarar que todo lo relativo a este tópico se analizará exclusivamente a los fines de establecer si el 2º párrafo del art. 10 de la ley 24.050, que prescribe la obligatoriedad de los fallos plenarios, es una norma formal y materialmente válida, mientras que el resto de la discusión será dejada de lado ya que excede el tema del presente trabajo.

Al respecto de la validez formal de las normas, Navarro establece que “afirmar que una norma N es válida significa, al menos, que: a) la norma N pertenece a un sistema jurídico S_j (Perteneencia). b) La norma N debe ser obedecida (Obligatoriedad). c) La norma N ha sido legalmente creada (Legalidad). d) La norma N está en vigor

²⁴ Así, ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994, p. 56.

²⁵ Hart, op. cit., p. 133. El autor dedica todo un capítulo (el VI) de su libro a explicar precisamente la conexión existente entre la regla de reconocimiento y la validez jurídica.

²⁶ Ibid, op. cit., p. 132.

²⁷ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 89.

²⁸ Cf. al respecto con NAVARRO, Pablo, *Validez y eficacia de las normas jurídicas*, en *Enciclopedia iberoamericana de filosofía: El Derecho y la Justicia*, vol. 11, 2da. ed., Trotta, Madrid, 2000, pp. 209 y ss.; HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, pp. 247 y ss.; ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, pp. 25 y ss., entre muchos otros.

(Vigencia). e) La norma N existe de modo específico (Existencia)²⁹. El autor explica qué clase de conceptos se expresan cuando se hace referencia a la validez en sentido de obligatoriedad y de pertenencia. Así, sostiene que “cuando ‘validez’ es utilizado en el sentido de obligatoriedad expresa un concepto normativo. En el sentido de pertenencia, ‘validez’ expresa un concepto descriptivo³⁰”. Entonces, de acuerdo con ello, se puede afirmar que el art. 10 de la ley 24.050 pertenece a un sistema jurídico, ha sido legalmente creado (de acuerdo al proceso establecido en la CN para la creación y sanción de leyes), están en vigor (la ley en cuestión no fue derogada) y existen de modo específico y, por ello, son obligatorios³¹.

Pero, ¿puede afirmarse –de acuerdo con todo lo expuesto en el párrafo anterior– que el 2º párrafo el art. 10 de la ley citada es obligatorio? Todavía sólo se podrá dar una respuesta parcial. Dicha norma, según lo previamente explicado, es, por cierto, *formalmente obligatoria*; pero ello no alcanza para afirmar que el juez está obligado a aplicarla. En efecto, el juez deberá someterla a un estudio sustancial, es decir, deberá descartar que esta norma afecte principios constitucionales u otras normas de jerarquía superior. Y será el juez que debe resolver un caso concreto quien deberá analizar la constitucionalidad de la norma a aplicar, porque en nuestro sistema jurídico el control de constitucionalidad es difuso, esto es, está en manos de todos los jueces³². Así, los jueces son guardianes de la constitución y no deben aplicar normas que afecten la ley suprema sino que, por el contrario, deberán declararlas inconstitucionales en cada oportunidad procesal en que, por esta razón, pueda verse afectado un interés concreto³³.

Entonces, ¿cuáles son las características que debe poseer una norma formalmente válida para ser también *materialmente* válida? Esto último dependerá, como ya se dijo, de su contenido. Es decir, de la *coherencia interna* y de la *consistencia* que tenga el contenido de la norma en cuestión³⁴. Al respecto, Alonso (siguiendo a MacCormick) afirma que “mientras la consistencia es una relación entre reglas, la coherencia es una relación entre reglas y principios. Un sistema normativo es coherente

²⁹ NAVARRO, *Validez y eficacia de las normas jurídicas*, pp. 212 y s.

³⁰ *Ibid.*, p.213.

³¹ Así, Navarro destaca que la expresión ‘existencia de las normas’ es ambigua y señala que hay autores, entre ellos Buligyn, que incluyen bajo el concepto de existencia de una norma a la existencia fáctica, a la pertenencia, a la obligatoriedad y a la existencia formal. Por lo tanto, hay autores para quienes los conceptos de validez y de existencia (de una norma) coinciden (Navarro, *ibid.*, pp. 213 y s.).

³² Sobre el control de constitucionalidad cf. NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 663 y ss.

³³ *Ibid.*

³⁴ Sobre la coherencia del orden jurídico ver MAIER, op. cit., t.I, pp. 217 y ss.

si sus reglas se subsumen en un conjunto reducido de principios que, a su vez, las justifican”³⁵. Así, MacCormick sostiene que “las relaciones de coherencia entre reglas y principios reflejan el balanceo entre la necesidad de especificidad del derecho (en cuanto a la necesidad de reglas detalladas) y la necesidad de que dichas reglas sean instancias de principios generales (exigencia de universalidad y generalidad), toda vez que pocas personas pueden conocer el derecho en detalle, mientras que la mayoría pueden conocer los principios y valores generales”³⁶.

Por eso, en un Estado de derecho como el que rige en nuestro país es muy importante evaluar la validez de una norma no sólo a nivel formal sino también a nivel material. Al respecto, Alonso afirma que “al presuponerse la jerarquía de los principios constitucionales, se exige que las normas inferiores sean coherentes con relación a tales principios”³⁷. En este sentido, se advierte la importancia del rol evaluativo de la coherencia de las normas en los sistemas jurídicos constitucionales³⁸.

Hasta el momento, se ha afirmado que: a) Las normas serán obligatorias, es decir, exigibles, siempre y cuando sean válidas. b) Esa validez debe ser tanto formal como material. c) Una norma formalmente válida es aquella que ha sido creada legalmente por los órganos constitucionalmente establecidos para ello y a través del procedimiento que la CN ha prescripto a tales efectos. A su vez, esa norma deberá contar con los requisitos de existencia, pertenencia y vigencia real dentro del sistema jurídico, es decir: que la norma no sea obsoleta, redundante, que no se encuentre derogada, etc. d) Una norma será materialmente válida cuando sea coherente con otras normas y principios del sistema jurídico penal y consistente con el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, puede suceder que una norma cuente con todas las características de validez formal pero que carezca de validez material. Ejemplo de ello es el 2º párrafo del art. 10 de la ley 24.050. En el siguiente punto se analizará si dicha norma vulnera principios constitucionales o no. Para ello, será necesario, en primer lugar, efectuar una breve descripción del método judicial y de la función del juez en Argentina. En efecto, en nuestro país el método judicial se caracteriza por la vinculación del juez a la ley y no,

³⁵ ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 315.

³⁶ MACCORMICK, cit. por ALONSO, op. cit., p. 185.

³⁷ ALONSO, op. cit., p. 155.

³⁸ *Ibíd.*

en cambio, a precedentes jurisprudenciales. Ahora bien, será necesario fundamentar estas hipótesis y establecer cuál es el grado de vinculación entre el juez y la norma. En segundo lugar, si bien es coincidente y pacífica la doctrina en cuanto sostiene que el juez está vinculado a la norma, habrá que determinar, sin embargo, qué es lo que vincula al juez con el *derecho*. Y finalmente, una vez desarrolladas las anteriores cuestiones, se podrá sostener fundadamente si el 2º párrafo del art. 10 de la ley 24.050 vulnera principios constitucionales y normas de jerarquía superior y, en su caso, determinar cuáles son.

III. Un problema de coherencia: conflictos entre el art. 10 de la ley 24.050 y otras normas de jerarquía superior y principios constitucionales

1. La función del juez. El método judicial argentino

Alchourrón y Bulygin señalan que los jueces tienen las siguientes exigencias: a) “deben resolver todos los casos que dentro de la esfera de su competencia les fueren planteados”³⁹; b) deben fundamentar sus decisiones, dar razones de ellas, puesto que no deben resolver en forma arbitraria; c) deben fundar sus decisiones en normas de derecho⁴⁰.

Maier, por su parte, sostiene que “la *jurisdicción* es la facultad (poder) que el Estado confiere normativamente a ciertos órganos propios -que crea ya desde su Constitución política, y estatuye y organiza por ley-, de decidir o dar solución a conflictos sociales, *conforme a su ley...*, planteados entre individuos... que, transitoria o permanentemente, caen bajo su soberanía o entre esos individuos y el mismo Estado, decisión o solución que respalda y cumple con su propia fuerza pública, si, en el caso, resulta necesario”⁴¹. Se advierte, pues, que ambos autores sostienen que el *juez está vinculado a la ley*.

En nuestro país, al igual que en los países de Europa continental, el juez se encuentra vinculado exclusivamente a la ley⁴². En derecho penal esta exigencia es aún

³⁹ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *op. cit.* p. 236.

⁴⁰ Sobre todo ello, *Ibíd.*, pp. 236 y ss.

⁴¹ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal II. Parte general. Sujetos procesales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 436.

⁴² Al respecto, ROSS sostiene que en el continente europeo la legislación como fuente del derecho juega un rol mucho más sustancial que en los países anglo-americanos. Así, el autor afirma que “el deseo de ver

más estricta, puesto que el principio de legalidad previsto en el art. 18 de la CN es una barrera infranqueable en cuanto a la exigencia que se le impone a los jueces de basar sus sentencias en normas preexistentes al hecho, es decir, no se permite la aplicación analógica de las normas, ni basar sentencias en la costumbre, etc. Es decir: el juez, al momento de dictar sentencia en un caso concreto, deberá identificar el derecho aplicable⁴³ y aplicarlo: resolver el caso.

Cabe aclarar que existe una eterna discusión que gira en torno a si el juez, cuando aplica una norma, la interpreta, y a qué significa *interpretar* una norma⁴⁴. No se ingresará a esta problemática dado que ello excede ampliamente el tema que aquí se analiza. Brevemente se aclara que aquí se coincide con Navarro en cuanto sostiene que “si la interpretación judicial fuera una etapa inevitable en el proceso de determinación del status normativo de una acción, entonces el conocimiento del Derecho resultaría incompleto hasta que el juez no finalizara el proceso interpretativo. Esta afirmación plantea dificultades especiales en el ámbito del derecho penal ya que, según la concepción tradicional de atribución de responsabilidad penal, las decisiones judiciales no pueden justificarse sino en las normas establecidas por el legislador, y las valoraciones de los jueces no pueden invocarse como fundamento de las decisiones”⁴⁵. Al respecto, Hart sostiene que “si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho”⁴⁶.

Ross, por el contrario, afirma que en los sistemas en los que “la legislación es la fuente predominante del derecho, el método (judicial) tiene el carácter de interpretación de un texto dotado de autoridad. La atención se concentra aquí en la relación existente entre una formulación lingüística dada y un complejo específico de hechos. La técnica

al juez obligado por un derecho objetivamente determinado, establecido de antemano, es satisfecho aquí por la doctrina de la absoluta ‘fuerza obligatoria’ de la ley”. Ver ROSS, op. cit., pp. 86 y s.

⁴³ Sobre la selección del Derecho aplicable cf. con NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, p.92.

⁴⁴ Sobre esta discusión cf. con HIRSCH, Günter, La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasi legislativa, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer, Uruguay, 2008, p. 127-134; NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, op. cit.; ALONSO, op. cit., pp. 4 y ss., VERNENGO, Roberto J., *Interpretación del Derecho*, en El derecho y la justicia, 2da. ed., Trotta, Madrid, 200, pp. 239-265; MENDONÇA, Daniel, *Aplicación del Derecho*, en El derecho y la justicia, 2da. ed., Trotta, Madrid, 200, pp. 267-282, MAIER, op. cit., t. I, pp. 196 y ss., entre muchos otros.

⁴⁵ NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, op. cit., p. 15.

⁴⁶ Hart, op. cit., p. 155.

de la argumentación requerida por este método se dirige a descubrir el significado de la ley y a sostener que los hechos dados están comprendidos o no por el mismo”⁴⁷.

Aplicar el Derecho⁴⁸ significa, pues, efectuar una subsunción de un caso concreto a una norma abstracta, a través de un silogismo lógico, en el cual la premisa mayor será la norma identificada por el juez como aquella aplicable al caso concreto (norma general abstracta); la premisa menor será la situación de hecho (supuesto de hecho analizado) y la conclusión (sentencia o fallo) será la deducción que surge de estas dos premisas anteriores⁴⁹. Se trata, pues, de una elemental aplicación del *modus ponens*. Al respecto, Alchourrón y Bulygin explican que “deductivo es todo razonamiento lógicamente válido, es decir, un razonamiento en el cual la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión, esto es, no puede darse el caso que las premisas sean verdaderas y la conclusión falsa. Otra manera de expresar la misma idea es decir que las premisas implican lógicamente una conclusión”⁵⁰.

En nuestro sistema jurídico se le exige al juez que justifique la sentencia, es decir, que fundamente la elección de la norma general abstracta y la correcta subsunción del hecho individual y concreto a esta norma⁵¹. Esto último significa que el juez deberá motivar el razonamiento lógico efectuado para arribar al convencimiento y que ese razonamiento deberá estar ajustado a las reglas de la lógica, de la experiencia y de la psicología⁵². Esta exteriorización del razonamiento judicial posibilitará un control de racionalidad y coherencia. Entonces, por un lado, el juez deberá sujetar su decisión a la ley, es decir, estará obligado a juzgar conforme a Derecho⁵³. Y, por el otro, deberá motivar sus sentencias exteriorizando cómo arribó a ese convencimiento. Así, a través de esa motivación podrá efectuarse un control sobre el razonamiento del juez⁵⁴. La

⁴⁷ ROSS, Alf, op. cit., p. 108.

⁴⁸ Sobre la *aplicación* del Derecho ver nota a pie n° 41.

⁴⁹ Así lo explica en su libro ya citado NIETO, p. 119, al igual que ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 130 y ss.

⁵⁰ ALCHOURRÓN/BULYGIN, op. cit., p. 131.

⁵¹ Con relación a la justificación de las decisiones judiciales ver: NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, op. cit., pp. 21 y ss.

⁵² Sobre la sana crítica racional cf. MAIER, op. cit., p. 662.

⁵³ Cf. NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, op. cit., pp. 26 y ss.

⁵⁴ Respecto de la sana crítica racional cf. MAIER, op. cit., p. 662. En efecto, el autor sostiene que la sana crítica racional supone un control de las motivaciones de la sentencia, es decir, que la sentencia sea una operación racional fundamentada en elementos de prueba legítimos. El autor agrega que “la libre convicción del juez se debe justificar con argumentos encadenados racionalmente, con respecto a los principios lógicos del pensamiento humano (identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente) y a las leyes de la psicología y a las de la experiencia común, y provenientes de elementos de prueba

razón por la cual los jueces deben justificar sus sentencias es evitar que éstas sean arbitrarias, fáctica o normativamente.

En otros sistemas penales como el *Common Law*, por el contrario, el juez tiene que dictar sentencias en base a precedentes jurisprudenciales, esto es, fallos anteriores que resuelven cuestiones similares, y están obligados a ellas (son vinculantes)⁵⁵. Sin embargo, en nuestro país ello está prohibido. Aquí las decisiones judiciales se caracterizan por la sujeción a la ley⁵⁶. Y ello encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar la independencia de las decisiones judiciales. Así, Maier sostiene que “es por ello que, cuando se define la independencia de los tribunales -externa e interna- se aclara siempre que los jueces están *sólo sometidos a la ley*⁵⁷”. Cuando Maier hace referencia a la independencia interna y externa de los tribunales quiere decir, con relación a la primera (interna), que éstos puedan juzgar sin que otros tribunales interfieran en su labor y, cuando se refiere a la segunda (externa), hace referencia a que no haya intromisión de otros poderes del Estado en su labor⁵⁸. Ahora bien, habrá que analizar el grado de vinculación del juez a la norma, es decir: será estricto o absoluto si el juez está obligado a aplicar una norma injusta (pero no inconstitucional) y será intermedio o relativo si, por el contrario, el juez tiene la facultad de no aplicar normas injustas o inmorales. Sin embargo, estas cuestiones exceden ampliamente el presente trabajo y la conclusión a la que se arribe al respecto no modificaría lo que aquí se examina, porque en lo que se refiere a la norma que prescribe la obligatoriedad de los fallos plenarios, se trata de una norma inconstitucional.

2. ¿De qué modo el Derecho obliga al juez?⁵⁹

legítimamente incorporados al procedimiento e idóneos para ser valorados en el fallo” (MAIER, op. cit., t. I, p. 662).

⁵⁵ Ver sobre el sistema anglo-sajón la nota a pie nº 20.

⁵⁶ Al respecto, MAIER, op. cit., t. II, p.448; NIETO, op. cit., p. 139.

⁵⁷ MAIER, op. cit., t. II, p. 448.

⁵⁸ MAIER sostiene que la única forma de entender la expresión *juez* es con el calificativo *imparcial*. Tan es así, que según el autor el adjetivo ‘imparcial’ integra el concepto de juez (MAIER, op. cit., t. I, p. 739). Esta imparcialidad del juez trae aparejada tres máximas fundamentales: a) “la independencia de los jueces de todo poder estatal que pueda influir en la consideración del caso”; b) “la imparcialidad frente al caso, determinada por la relación del juzgador al caso mismo” y c) “el principio del juez natural o legal, que pretende evitar toda manipulación de los poderes del Estado para asignar un caso a un tribunal determinado, de modo de elegir los jueces que lo considerarán *ad hoc*”. Así, resalta Maier que estos principios son inherentes a un Estado de derecho (MAIER, op. cit., t. I, p. 742).

⁵⁹ NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, op. cit., p. 7.

En los párrafos anteriores se afirmó que el juez está sujeto a la ley. Sin embargo, nada se dijo con relación a qué es lo que vincula al juez con la ley penal⁶⁰. Al respecto Navarro sostiene que “es unánimemente admitido que los jueces están obligados a aplicar las leyes penales; sin embargo, existe poco consenso acerca del modo en el que el Derecho obliga a los jueces, y la naturaleza, contenido y límites de esa obligación”⁶¹.

Una vez más se está ante una discusión filosófica de importante magnitud, que también excede el tema que aquí se analiza. Por lo tanto, sólo se realizará un análisis de la cuestión con el limitado objeto de esclarecer el problema que aquí se aborda. En tal sentido, podría afirmarse que los jueces aplican las normas por temor a una sanción, es decir, porque existen otras normas que los sancionarían en caso de que no lo hicieran⁶². Sin embargo, ello no es correcto. Al respecto, Ross sostiene que el juez está *motivado* por las normas que están dirigidas a él y que funcionan como pautas para su decisión, pero que, principalmente, está motivado por impulsos desinteresados⁶³. Dicho autor refuerza esta hipótesis cuando sostiene que el juez está motivado “por un puro sentimiento del deber y no por el temor a las sanciones jurídicas o por cualquier otro interés. Las sanciones jurídicas contra un juez por la forma en que desempeña sus tareas sólo son posibles en caso de agravios extremos a la justicia... y no desempeñan un papel efectivo en la práctica”⁶⁴. En forma concluyente Ross afirma que “el motivo que impulsa a los jueces a respetar las normas no se encuentra, por lo tanto, en la justicia retributiva”⁶⁵, y sostiene que los jueces aplican las normas en forma voluntaria⁶⁶.

Cabe decir, por lo tanto, que el juez no aplica el derecho por miedo a la sanción, es decir, que el juez no se encuentra motivado por la fuerza coactiva, sino que lo hace voluntariamente y por un sentimiento de deber. Al respecto, Navarro/Bouzat/Esandi sostienen que “una característica distintiva del Derecho... es la pretensión de autoridad que conllevan las prescripciones de sus funcionarios... Atribuir autoridad a un individuo es reconocer su capacidad para vincularnos mediante normas”⁶⁷. Los autores afirman que la función de las normas es que sus destinatarios (en este caso los jueces) excluyan razones sobre cómo deben actuar, es decir, “normas válidas son normas

⁶⁰ Sobre todo esto cf. NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, op. cit.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 7.

⁶² Arts. 269 al 274 inclusive del CP, estos delitos son: prevaricato y denegación y retardo de justicia.

⁶³ ROSS, op. cit., p. 53.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, op. cit., p. 53.

excluyentes”⁶⁸, en cuanto excluyen nuestras razones, que son reemplazadas por las que la autoridad considera correctas⁶⁹. En este sentido, Raz -al contrario de Hart- sostiene una versión objetivista de las razones para actuar. Es decir: para Raz, las razones excluyentes no dependen de la conducta o la actitud individual⁷⁰.

Caracciolo sostiene que “las autoridades normativas tienen que ver con las razones para la acción y no *-prima facie-* con las razones para la creencia de los individuos afectados”⁷¹. Dicho autor afirma que el reconocimiento de la autoridad y aceptación de ésta supone el cumplimiento voluntario de las normas, que excluye como eventual razón subjetiva solamente el temor a la sanción⁷². En conclusión, lo que vincula al juez con el derecho es la idea de autoridad de aquel, puesto que el derecho es un conjunto de razones excluyentes para actuar dictado por una autoridad.

Al respecto, Raz sostiene que “el derecho consiste *únicamente* en consideraciones positivistas autoritativas”, y sostiene que es posible diferenciar entre dos fases diferentes por la que atraviesa una persona ante una acción determinada. Estas son: la etapa de deliberación y la etapa de ejecución. En la primera de ellas, una persona meritara las diferentes posibilidades de acción y en la segunda tomará una decisión al respecto basada en el análisis previo.⁷³ En efecto, Raz refiere que “el derecho consiste en las consideraciones positivistas autoritativas que resultan obligatorias para los tribunales, y que pertenecen a la etapa de ejecución de la institución política de la cual forma parte”⁷⁴. Agrega el autor que “el derecho tiene la pretensión de poseer autoridad legítima”⁷⁵, y que “para poder alegar su autoridad, debe poseer la capacidad de tenerla, debe ser el tipo de sistema capaz en principio de poseer las propiedades morales requeridas para la autoridad”⁷⁶. Así, Raz sostiene que “el derecho consiste en un sistema de órdenes, y está dotado de autoridad si y sólo si sus órdenes resultan autoritativamente obligatorias... En primer lugar, una orden puede resultar autoritativamente obligatoria si representa la idea de una persona acerca de cómo deberían comportarse sus

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 54.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 54.

⁷⁰ CARACCIOLO, Ricardo, *El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción*, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_02.pdf, 1991, p. 78 y s.

⁷¹ CARACCIOLO, op. cit., pp. 67 y s.

⁷² CARACCIOLO, op. cit., p. 80.

⁷³ RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. por María Luz Melón, Gedisa, Barcelona, 2001, p.223.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 224.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 232.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 233.

gobernados...; en segundo lugar, debe ser posible identificar la orden como emanada de la supuesta autoridad, independientemente de otras razones o consideraciones que la orden se proponga resolver”⁷⁷.

Por lo tanto, el juez se encuentra obligado aplicar el derecho y esta obligación encuentra su fundamento en la idea de autoridad que pesa sobre aquel. Al respecto, Iosa sostiene que “esta concepción de la autoridad afirma que los mandatos pretenden ser –o generar- razones para la acción... [S]e entiende que el mandato de una autoridad legítima hace una diferencia en el razonamiento práctico de otro, cambia sus razones para la acción...: luego del mandato el agente tiene una nueva razón para la acción que antes no tenía”⁷⁸.

3. Entonces, ¿es inconstitucionales el 2º párrafo del art. 10 de la ley 24.050?

En el punto anterior se adelantó nuestra postura al respecto, es decir, que dicho párrafo sí es inconstitucional. Ahora se analizará el fundamento de dicha hipótesis, es decir, cuáles son los principios y normas superiores que resultan afectados por dicha norma. En efecto, en un sistema constitucional como el que rige en nuestro país, en el cual el juez está vinculado exclusivamente a la ley, afirmar que un juez está legalmente obligado a aplicar un fallo y no la ley (que el juez que entiende en el caso concreto considera aplicable) es una afectación a la *independencia interna* de la función jurisdiccional y también una *desnaturalización de la función del juez y del método judicial*. Al respecto, Maier sostiene que “cada juez, cuando juzga y decide un caso concreto, es libre –independiente de todo poder, inclusive del judicial- para tomar su decisión y sólo se le exige que su fallo se conforme con aplicar el Derecho vigente, esto es, que se someta a la ley”⁷⁹. Por lo tanto, el segundo párrafo de la norma en cuestión afecta la independencia del juez a la hora de dictar sentencia. Y, por consecuencia, se afectan también las garantías de independencia e imparcialidad del juez, el sistema republicano de gobierno y, por ello, el principio de división de poderes⁸⁰.

Sin embargo, podría pensarse que, si el juez debe aplicar la ley, deberá aplicar el párrafo cuestionado. Pues se trata de una norma formalmente válida y, por lo tanto, los jueces estarían vinculados a ella. Peor aún, podría pensarse que en el caso de no

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 236.

⁷⁸ IOSA, Juan, *El conflicto entre autoridad y autonomía*, tesis doctoral no publicada, p. 23.

⁷⁹ MAIER, *op. cit.*, t. I, pp. 746 y s.

⁸⁰ Sobre este tema ver punto I.1. del presente trabajo, donde oportunamente esta cuestión fue analizada.

aplicarlo, el juez podría incurrir en un delito penal. Ahora bien, habrá que analizar primero si los jueces están obligados a aplicar normas materialmente inválidas que afectan en forma manifiesta principios constitucionales y otras normas que contienen y afirman la existencia de estos principios. La respuesta a esta cuestión es negativa y así lo estableció la CSJN en los autos “Municipalidad de la Capital c/Elortondo”, toda vez que sostuvo que “los tribunales de justicia tienen el deber y la atribución de ‘examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para determinar si guardan o no conformidad con ésta, y abstraerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ellas, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional, y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos voluntarios de los poderes públicos”⁸¹.

Otro principio que vulnera la norma que aquí se analiza es el de *juez natural*. Ello es así puesto que, si el juez que entiende en una causa aplica un fallo plenario para resolverla, el juez que establece el Derecho aplicable a ese caso no será ya aquel que interviene en el supuesto de hecho concreto sino otros jueces que intervinieron en otra causa y que dictaron aquel plenario. Ello afecta a la garantía constitucional del *juez natural*⁸² porque el juez que decide no es, entonces, el que debe hacerlo sino otros que no conocen el caso concreto y que nunca lo conocerán. Esta garantía está prevista expresamente en el art. 18 de la CN cuando establece que “nadie puede ser... sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”. Maier sostiene al respecto que “nuestra constitución nacional *prohíbe* que alguien sea juzgado por comisiones parciales o sea sacado de los jueces designados por la ley antes del hechos de la causa”⁸³.

Afirmar que esta clase de fallos tienen el carácter de ley es una afectación clara a las normas constitucionales que expresamente establecen cómo se sancionan las leyes y quiénes pueden hacerlo. Esta suerte de nueva forma de creación de leyes atenta contra el

⁸¹ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 669. El autor cita el fallo de la CSJN “Municipalidad de la capital c/Elortondo”, 1888, 33:162.

⁸² Así, MAIER afirma que para que el juez sea independiente e imparcial hay que “evitar que sea creado o elegido por alguna autoridad” con posterioridad a la situación de hecho. Agrega el mencionado autor que “la Constitución Nacional prohíbe que alguien sea juzgado por comisiones especiales o sea sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”. Cf. con MAIER, op. cit., t. I., p. 763. Por lo tanto juez natural es aquel designado por la ley antes del hecho de la causa (art. 18, *contrario sensu*, CN).

⁸³ MAIER, op. cit., t. I, p. 763.

Estado de Derecho⁸⁴. Es decir, cabe concluir que de ninguna manera los fallos plenarios pueden ser tenidos como leyes o normas generales.

En nuestro país, en materia penal, rige el principio de legalidad consagrado por el art. 18 de la CN⁸⁵. Dicho principio, el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*⁸⁶, significa que, para que una conducta sea criminal y que se pueda imponer una condena por su incumplimiento, tiene que existir una ley anterior al acaecimiento de este hecho que así lo establezca⁸⁷. Uno de los fundamentos de este principio constitucional es que los ciudadanos conozcan previamente qué conductas están prohibidas y se motiven en forma negativa, es decir, que no las efectúen. O, en el caso en que decidan realizarlas, que sepan que están prohibidas y que por ello van a recibir un castigo⁸⁸. Hay muchos autores que sostienen que las normas siempre deben ser interpretadas. Sin embargo, como ya se afirmó *supra*, aquí se adhiere a la postura sostenida por Hart y por Navarro/Bouzat/Esandi, quienes (los últimos) afirman que si ello fuera así, “el conocimiento del Derecho resultaría incompleto hasta que el juez no finalizara el proceso interpretativo”⁸⁹. Luego agregan que lo anterior “plantea dificultades especiales en el ámbito del derecho penal ya que, según la concepción tradicional de atribución de responsabilidad penal, las decisiones judiciales no pueden justificarse sino en las normas establecidas por el legislador, y las valoraciones de los jueces no pueden invocarse como fundamento de las decisiones”⁹⁰. Por lo tanto, un juez no podrá basar su condena en un fallo, por más que sea plenario y que el 2º párrafo del art. 10 de la ley 24.050 establezca su obligatoriedad porque el art. 18 de la CN lo prohíbe expresamente.

Sin embargo, a favor de la obligatoriedad de los fallos plenarios se aduce que la existencia de sentencias contradictorias es un ataque a la seguridad jurídica, toda vez que con ellas se vulnera el principio constitucional de igualdad ante la ley⁹¹. Ello tendría lugar cuando, ante dos casos *iguales*, que hayan sido juzgados tanto por un mismo tribunal como por tribunales diferentes, se dictan sentencias contradictorias.

⁸⁴ Ver sobre esta cuestión el punto I.1. del presente trabajo.

⁸⁵ Cf. sobre principio de legalidad a MAIER, op. cit. t. I, p. 210.

⁸⁶ Al respecto, YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 256.

⁸⁷ El principio de legalidad protege a los ciudadanos del propio derecho penal. Es decir, su objetivo es evitar que un ciudadano sea castigado en forma arbitraria, sin una ley, con una ley imprecisa o retroactiva. Así lo sostiene YACOBUCCI, op. cit., pp. 255 y s.

⁸⁸ Cf. sobre la regla “*nullum crimen sine lege*” con ALCHOURRÓN/BULYGIN, op. cit., pp. 196 y ss.

⁸⁹ NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, op. cit., p. 15.

⁹⁰ NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, op. cit., p. 15.

⁹¹ Cf. con FERREIRA RUBIO/ALFERILLO, op. cit., p. 594.

Es sabido que, con anterioridad a la existencia de los arts. 10 y 11 de la ley 24.050, nuestro sistema procesal poseía (y lo sigue haciendo) las herramientas necesarias para que, en caso de que existan sentencias intrínsecamente contradictorias, los agraviados pudieran interponer recursos ordinarios o extraordinarios aduciendo, justamente, que hubo una errónea aplicación de la ley sustantiva por parte del tribunal impugnado. Pero tampoco se puede dejar de señalar que esta clase de sentencias plenarios fueron creadas con el objetivo de solucionar el problema que lo anterior acarrea, esto es, el colapso de la Corte y de otros tribunales superiores y la lentitud con la que se obtenía la respuesta esperada. Sin embargo, todo ello no justifica que los fallos plenarios deban ser obligatorios o, dicho de otro modo, ello no justifica semejante afectación a principios y garantías constitucionales. De hecho, los fallos de la CSJN y de los tribunales jerárquicamente superiores en general no son obligatorios y, en la práctica judicial, *sólo por razones de economía procesal* (para evitar dilatar innecesariamente el proceso) los tribunales inferiores, salvo que cuenten con argumentos diferentes suficientes, aplican los criterios de los superiores.

Si bien es cierto que la seguridad jurídica (entendida como previsibilidad de los fallos) es un objetivo importante para el sistema jurídico en general, es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que la seguridad jurídica no debe ser procurada por medio de la vulneración de garantías constitucionales; y, en segundo lugar, que nuestro sistema normativo prevé soluciones para que, en caso de que existan sentencias contradictorias, quien resulte damnificado pueda accionar los mecanismos necesarios para revertir esa situación. Así, se advierte que la pretendida afectación a la seguridad jurídica es sólo aparente.

Con relación a todo lo hasta aquí expuesto queda claro que el 2º párrafo del art. 10 de la 24.050 es inconstitucional porque prescribe la obligatoriedad de los fallos plenarios⁹².

⁹² Por lo tanto, si un juez se enfrenta a un caso en el cual debería aplicar un fallo plenario debe, ante todo, declarar la inconstitucionalidad de la ley que impone la obligatoriedad de aquel. Sobre el sistema de control de constitucionalidad en Argentina –denominado “difuso”, como el de los Estados Unidos– cf., entre muchos otros, Nino, op. cit., pp. 663 y ss., quien aclara que ese sistema no viene impuesto explícitamente por la CN, dado que el art. 31 sólo establece la supremacía constitucional, pero no determina en manos de quién debe estar su control. De hecho, fue la Corte la que, desde temprano, ejerció dicho control, antes incluso de que ello fuera establecido por ley. Nino en forma detallada cita y explica los primeros fallos en los que se ejerció el control de constitucionalidad por parte de la CSJN. Así, sostiene que en el caso “Soto” (CJSN, Fallos, 32:120), del año 1887, la Corte se ocupó, por primera vez, de la constitucionalidad de una ley nacional. Por ello, se asimila en doctrina y jurisprudencia al mencionado fallo con el estadounidense “Marbury vs. Madison”.

V. Conclusiones

1. Los fallos plenarios son sentencias y, como tales, sólo pueden tener las características y consecuencias típicas de ellas. Se rechaza la tesis que afirma que los fallos plenarios puedan ser asimilados a las leyes porque su formulación y sanción es una atribución y obligación exclusiva del Poder Legislativo, que se encuentra, por un lado, regulada en la CN de esta manera y, por el otro, se encuentra vedada a otros “poderes” estatales.

2. Las normas serán obligatorias, es decir, exigibles, siempre y cuando sean normas válidas. Y esa validez debe ser tanto formal como material para que sea obligatorio para el juez aplicar la norma.

3. Una norma será formalmente válida, o estará *vigente* en nuestro ordenamiento jurídico, cuando haya sido creada de acuerdo con los mecanismos y por las autoridades previstos en la Constitución para ello. En cambio, una norma será material o sustancialmente válida cuando del análisis de su contenido se advierta que ella es coherente con otras normas y principios constitucionales.

4. En cuanto al análisis de validez formal de los arts. 10 y 11 de la ley 24.050, estos artículos cumplen con todos los requisitos formales, es decir: pertenecen a un sistema jurídico, han sido legalmente creados (de acuerdo al proceso establecido en la CN para la creación y sanción de leyes), están en vigor (la ley que los contiene no fue derogada) y existen de modo específico, por lo tanto, esas normas son formalmente obligatorias.

5. Por el contrario, del análisis de validez material o sustancial de los artículos referidos, en torno a la exigencia de obligatoriedad de los fallos plenarios prescripta en el 2º párrafo del art. 10 de la ley 24.050, surge que dicho párrafo es inconstitucional. Ello es así porque esa obligatoriedad no resulta coherente con principios constitucionales y normas de jerarquía superior, y por tanto el párrafo que la contiene es materialmente inválido.

6. Las decisiones judiciales en nuestro país se caracterizan por la sujeción del juez a la ley. Y ello encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar la independencia de las decisiones judiciales. Al prescribir las normas en cuestión que el juez deba aplicar un fallo para resolver el caso concreto se lo desvincula de la ley y se desnaturaliza el método judicial que rige en nuestro país. Además de ello, se vulnera la

independencia del juez, puesto que en vez de decidir *él* el derecho aplicable al caso concreto se encuentra obligado a aplicar un fallo que resolvió otro caso y no el actual. Es decir: el 2º párrafo del art. 10 de la ley 24.050 afecta la forma republicana de gobierno, la independencia del juez y el método judicial.

7. El juez no aplica el derecho por temor a la sanción, es decir, el juez no se encuentra motivado por fuerza coactiva sino que lo hace voluntariamente y por un sentimiento de deber. La función de las normas es excluir nuestras propias razones sobre cómo debemos actuar y reemplazarlas por las que la autoridad considera correctas. El reconocimiento de la autoridad y aceptación de ésta supone el cumplimiento voluntario de las normas, que excluye como eventual razón subjetiva solamente el temor a la sanción. Por lo tanto, lo que vincula al juez con el derecho es la idea de autoridad de aquel, puesto que el derecho es un conjunto de razones excluyentes para actuar dictado por una autoridad.

8. Otra garantía constitucional que resulta afectada por la norma mencionada es la de juez natural. Ello es así porque si el juez que entiende en una causa aplica un *fallo plenario* para resolverla, la autoridad judicial que establece el Derecho aplicable a ese caso no será ya el juez que entiende en el caso concreto sino aquellos que intervinieron en otra causa y que dictaron el plenario.

9. Las decisiones judiciales deben justificarse en las normas establecidas por el legislador y, por el contrario, las valoraciones efectuadas por los jueces no pueden ser utilizadas como fundamento de ellas⁹³. Por lo tanto, un juez no podrá basar su condena en un fallo, por más que sea plenario y que el 2º párrafo del art. 10 de la ley 24.050 establezca su obligatoriedad porque el art. 18 de la CN (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*) lo prohíbe expresamente.

10. A favor de la obligatoriedad de los fallos plenarios se aduce que la existencia de sentencias contradictorias es un ataque a la seguridad jurídica, toda vez que con ellas se vulnera el principio constitucional de igualdad ante la ley. El CPP de la Nación preveía -con anterioridad a la existencia de estos artículos- una solución para el caso de sentencias contradictorias: la casación. Sin embargo, estas normas se dictaron con el objetivo de solucionar el problema que esa solución acarrea, esto es, el colapso de la Corte y la lentitud con la que se obtenía la respuesta esperada. Pero nada de ello no justifica que los fallos plenarios deban ser obligatorios. Aquí se pretende dejar en claro

⁹³ NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, op. cit., p. 15.

que lo inconstitucional no son los fallos plenarios sino su obligatoriedad. Ello es así porque si bien es cierto que la seguridad jurídica es un principio constitucional de gran importancia, ella no puede materializarse a través de la vulneración de otras garantías constitucionales, más aún cuando lo que se afecta, principalmente, es el Estado de Derecho.

12. Los jueces inferiores tendrán en cuenta los fallos de los tribunales superiores, o fallos plenarios, o lo que provengan de un eventual Tribunal Constitucional, no porque sean obligatorios sino porque consideren que la elección de las normas aplicables a esos casos es la correcta, y lo mismo ocurrirá con relación a los fundamentos. Pero resulta inconcebible que el legislador pretender salvaguardar una garantía constitucional a costa de la afectación de otras garantías y normas de jerarquía superior.

13. Todo esto no significa que los fallos plenarios sean inconstitucionales; por el contrario: ellos son una herramienta de gran importancia práctica a la hora de determinar un criterio jurisprudencial. Lo inconstitucional es su exigencia de obligatoriedad.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994
- ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- AZARI, Roland, *Fallos plenarios*, en *Temas de casación y recursos extraordinarios*. Libro homenaje a Augusto M. Morello, Platense, La Plata, 1982.
- BULYGIN, Eugenio, *Los jueces, ¿crean Derecho?*, en “Isonomía”, n° 18, Buenos Aires, 2003.
- Cámara Civil I, Capital Federal, “Mac Clelland, Alexander”, 31/12/1941, LL, t. 24, p. 982.

Cámaras civiles de la Capital Federal en pleno, “Saffores, Luis o Juan L.”, 19/11/1943, LL, t. 32, pp. 497 y ss.

CARACCILO, Ricardo, *El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción*, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_02.pdf, 1991.

DÍAZ CANTÓN, Fernando, *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 2ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1997.

FERREIRA RUBIO, Delia M., ALFERILLO, Pascual E., *Algunas reflexiones sobre los fallos plenarios*, en *Estudios de Derecho Civil*, Universidad, Buenos Aires, 1980.

GARCÍA VITOR, Enrique, *La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria y el Derecho Penal. Reparos constitucionales*, en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, año III, n° 7, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.

HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.

HIRSCH, Günter, La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasi legislativa, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer, Uruguay, 2008, p. 127-134.

IOSA, Juan, *El Conflicto entre Autoridad y Autonomía*, tesis doctoral no publicada.

MAEIR, Julio, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, t.I, Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal II. Parte general. Sujetos procesales*, t.II, Del Puerto, Buenos Aires, 2003.

MENDONÇA, Daniel, *Aplicación del Derecho*, en El derecho y la justicia, 2da. ed., Trotta, Madrid, 200, pp. 267-282.

NAVARRO, Pablo E., BOUZAT, Andrés, ESANDI, Luis M, *Juez y ley penal*, Alveroni, Córdoba, 2001.

NAVARRO, Pablo, *Validez y eficacia de las normas jurídicas*, en *Enciclopedia iberoamericana de filosofía: El Derecho y la Justicia*, vol. 11, 2da. ed., Trotta, Madrid, 2000.

NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002.

RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. por María Luz Melón, Gedisa, Barcelona, 2001.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994.

VERNENGO, Roberto J., *Interpretación del Derecho*, en *El derecho y la justicia*, 2da. ed., Trotta, Madrid, 200, pp. 239-265.

YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.