

Universidad Torcuato Di Tella
Escuela de Derecho

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 23, Número 1, diciembre 2022

Dos maneras de entender el precedente

Santiago Legarre

Formato de cita recomendado

Santiago Legarre, “Dos maneras de entender el precedente”, Revista Argentina de Teoría Jurídica, 23 1 (2022)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica
acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

ISSN edición impresa 1851-6831

ISSN edición digital 1851-684X

Dos maneras de entender el precedente *

Santiago Legarre †

Resumen:

En este trabajo se analizan la naturaleza y la autoridad del precedente judicial. Se enfocan dos concepciones teóricas de aquellas y se explica por qué una es superior a la otra. El artículo concluye que la teoría del precedente opera entre tribunales coordinados funcionalmente y rechaza la idea de que las sanciones constituyen la explicación última del fenómeno.

Abstract:

This paper analyzes the nature and authority of precedents. It focuses on two theoretical conceptions of them and explains why one is superior to the other. The article concludes that *stare decisis* operates between functionally coordinated courts and rejects the idea that sanctions are the ultimate explanation of this phenomenon.

* El autor agradece los valiosos comentarios de Guillermo Cabanellas, Diego Dolabjian, Elisabetta Fiocchi, Victoria Fiorito, Alberto F. Garay, Rocco Giurato, Santiago Inchauspe, Luciano Marchetti, Isabel Guglielmetti, Florencia Ratti y Beltrán Torresel Roca. Y dirige un agradecimiento especial al equipo editorial de la Revista Argentina de Teoría Jurídica por sus útiles sugerencias y correcciones.

† Profesor titular de Derecho Constitucional (UCA) e Investigador principal del CONICET.

I. Introducción

La obligatoriedad de la jurisprudencia admite dos enfoques, independientemente de cómo rija dicha obligatoriedad en un sistema jurídico determinado—sea que en un país haya obligatoriedad estricta (como en los países del *common law*), atenuada (como en la Argentina y en el estado de Louisiana) o mínima (como en los países del *civil law*)¹—.

Según un primer enfoque, el precedente² —palabra que captura la idea de obligatoriedad en general³— es un único fenómeno, con dos dimensiones: horizontal y vertical. El precedente horizontal refiere a la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes. El precedente vertical alude a la obligación de los tribunales de seguir los precedentes de sus superiores funcionales.

Según una segunda manera de entender el asunto, hay que distinguir entre la problemática y la realidad del precedente—que operan exclusivamente en la dimensión horizontal o coordinada—, por un lado; y, por otro, el fenómeno ínsito en una estructura funcional vertical, como el poder judicial, en la cual lo decidido por el superior tiene para el inferior una autoridad (o, más bien, un tipo de autoridad) del todo ausente en la dimensión horizontal o coordinada.⁴ De acuerdo con este segundo enfoque, la diferencia entre la obligatoriedad en cada una de las dos dimensiones es tal que impide considerar a ambas realidades, en un sentido relevante, como un mismo fenómeno —aun cuando tengan aspectos en común—.

En este artículo, y sin pretensiones de agotar la cosa, ahondaré en estas dos maneras de entender el precedente judicial, a la vez que le compartiré al lector ciertas dudas y, también, el

¹ Véase la monografía de Julio Gottheil, *Common Law y Civil Law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 17, nota 1; y, sobre Louisiana, véase, en general, el artículo de Mary Garvey Algero, “The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of A Civil Law State in A Common Law Nation”, 65 *Louisiana Law Review* 775 (2005). Conviene tener en cuenta que, como explica Alberto Bianchi, actualmente “la diferencia entre ambos derechos [*common law* y *civil law*] es mucho menos drástica de lo que fue en sus orígenes”. Alberto B. Bianchi, “La enseñanza del Derecho y sus métodos”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, diciembre 2022, p. 3.

² O, para utilizar otro término, la regla de “*stare decisis*”, pues “precedente” y “*stare decisis*” son, según un uso extendido y pleno de sentido, sinónimos. Ilustra esta sinonimia Randy Kozel, quien, en uno de los últimos libros importantes que se han escrito sobre esta disciplina, declara no más comenzar su obra que usará “*la doctrina del precedente*” como intercambiable con “*la doctrina del stare decisis*”. Randy J. Kozel, *Settled versus Right: A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, 2017, p. 19, nota 1.

³ Véase, en general, el libro clásico de Rupert Cross y Jim W. Harris, *Precedent in English Law*, cuarta edición, Clarendon Press, Oxford, 1991; y, en la Argentina, el también clásico de Julio César Cueto Rúa, *El “Common Law”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997 (reimpresión de la edición de 1957, publicada por editorial La Ley). Asimismo, en lengua castellana, pueden consultarse las seis lecturas sobre el precedente contenidas en Carolina Ahumada (trad. y est. prel.), *Obligatoriedad de la jurisprudencia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020.

⁴ Conviene aclarar que siempre que en estos contextos use las palabras “superior” e “inferior” lo haré en un sentido que refleja meramente el escalón en el que un tribunal se encuentra en la pirámide funcional del poder judicial —nunca con sentidos valorativos de signo alguno—.

zigzag que me llevó primero a adoptar uno de estos enfoques, para luego pasar al otro, hasta, por fin, retomar mi posición inicial.⁵

II. El camino hacia la bidimensionalidad: un itinerario intelectual zigzagueante

El interés por la jurisprudencia y por su obligatoriedad se retrotrae a mis primeros escritos.⁶ Las preguntas y dudas se relacionaban, allá lejos en el tiempo, solamente con la llamada “dimensión horizontal” del precedente, a saber: la obligatoriedad de un caso hacia el futuro, para otro tribunal situado, de un modo coordinado, en el mismo escalón de la pirámide judicial. O lo mismo, visto desde el futuro,⁷ la obligatoriedad horizontal de un caso pasado en el presente. Por poner el ejemplo de la Corte Suprema, la dimensión horizontal analiza si una sentencia dictada por la Corte en el pasado obliga a la propia Corte en el presente (bajo las circunstancias relevantes) a seguir el criterio sentado en la decisión pasada. El problema llamado “dimensión vertical”, por la primera manera de concebir el precedente, no entraba en el análisis. No creo que lo diera por sentado, ni mucho menos que lo tuviera resuelto (en mi mente). Más bien, pienso que, sin plena conciencia, entendía que esa era harina de otro costal. Y hoy pienso que sí lo era, de otro costal, y por eso escribo estas líneas.

Pero antes de llegar al presente nos falta una digresión por el pasado, que duró unos cuantos años —la digresión que me ayudó a pensar mejor este asunto y entenderlo más (y, ojalá, a ayudar a otros a entenderlo también), pero me condujo asimismo a un puerto equivocado (y, ojalá no, a otros también, guiados por mi brújula maleada)—. Esta fase comenzó en 2005, con el artículo en coautoría “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”,⁸ cuyo nombre lo dice todo, pues no habla de “dimensión” sino de “dimensiones”. Mas fue diez años más tarde, en mi libro *Obligatoriedad atenuada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*,⁹ cuando el posible error cristalizó. Escribí

⁵ Para evitar defraudar expectativas lectoras, aclaro que este artículo no se ocupará del asunto de los “fallos plenarios”. Si bien a simple vista el fenómeno de los plenarios podría guardar relación con la problemática del precedente, sucede que, cualquiera sea la relación entre uno y otro, mientras que la obligación que generan los plenarios tiene fuente legal, la obligación denominada “*stare decisis*” no tiene fuente legal (como tampoco la tienen ciertas versiones semejantes de dicha obligación, fuera del *common law*): no hay, en el *common law* (ni en los sistemas donde existen versiones análogas al *stare decisis*), normas escritas que establezcan la obligación de seguir los precedentes.

⁶ “Tenencia de estupefacientes para uso personal y derecho a la intimidad”, *El Derecho* 139-977 (1990); “La Corte Suprema y la tenencia de estupefacientes. Nuevos ministros, vieja doctrina”, *El Derecho* 141-476 (1991); “La Corte se pronuncia nuevamente sobre los contratos de concesión”, *El Derecho* 145-759 (1992). Véase también, “Prescripción y vicios redhibitorios en la compraventa comercial: Nuevas tendencias jurisprudenciales”, *El Derecho* 143-718 (1991), en coautoría con Juan Javier Negri.

⁷ Lo explica bellamente Schauer: “Today is not only yesterday’s tomorrow; it is also tomorrow’s yesterday”. Y también: “the current decisionmaker of today is the previous decisionmaker of tomorrow”. Frederick Schauer, “Precedent”, 39 *Stanford Law Review* 571, p. 573 y p. 588 (1987).

⁸ *La Ley* 2005-F-850 (2005), en colaboración con Julio C. Rivera (h).

⁹ *Ábaco*, Buenos Aires, 2016, con prólogo de Julio C. Rivera (h).

allí, en 2016, en el Capítulo Primero (titulado, sintomáticamente, “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, igual que aquel artículo diez años anterior):

“La doctrina del precedente en el *common law* tiene dos dimensiones, que llamaré *stare decisis* horizontal y *stare decisis* vertical. La primera se refiere a la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes. La segunda alude a la obligación de los tribunales de seguir los precedentes de sus superiores jerárquicos. En ambos casos la obligación de aplicar el precedente tiene igual naturaleza [...]”.¹⁰

El enredo comienza con la decisión de aplicar la idea de precedente y de *stare decisis* tanto a lo horizontal como a lo vertical. O, dicho con otras palabras, la decisión de sostener que la doctrina del precedente tiene dos dimensiones, una horizontal y otra vertical.

Diré antes que nada, y en mi defensa, que estaba bien acompañado en esta concepción que hoy encuentro defectuosa. Por poner un ejemplo, Amy Coney Barrett sostuvo en un artículo publicado en 2003, que “*stare decisis* refiere simplemente a la práctica de un tribunal de seguir precedentes, *sea propios, sea de un tribunal superior*”.¹¹ En una nota al pie, la autora aclaraba que usaría los términos “*stare decisis* horizontal”, para aludir a lo primero; y “*stare decisis* vertical”, para referirse a lo segundo.¹² Con el paso del tiempo, el análisis de Barrett adquirió preeminencia, porque quien en 2003 era una profesora de Derecho, se convirtió en 2020 en una jueza de la Corte Suprema de los Estados Unidos. De este modo, su opinión se ha convertido ahora en algo más que una opinión.

Lo cierto es que, mientras pensaba estos temas, encontrar compañía en Barrett (y en otros)¹³ reafirmaba una convicción entonces creciente en mi espíritu: que la gran fuente de confusión en torno al precedente radicaba en la no comprensión de que se trataba de un único fenómeno —una misma fuente del Derecho—, con dos dimensiones, cuya distinción era de menor importancia. Y atribuía la aludida confusión a la equivocada preponderancia que se suele dar a las sanciones (o penas) en el análisis del Derecho. En virtud de esta preponderancia, típicamente atribuida al positivismo de Kelsen,¹⁴ solo se reconocía a la dimensión vertical del precedente como un

¹⁰ *Obligatoriedad atenuada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, p. 30; nota intermedia omitida.

¹¹ Amy Coney Barrett, “*Stare Decisis and Due Process*”, 74 *University of Colorado Law Review* 1011, p. 1016 (2003), énfasis agregado.

¹² Amy Coney Barrett, “*Stare Decisis and Due Process*”, p. 1016, nota 17.

¹³ En la página 30, nota 25, de mi libro *Obligatoriedad atenuada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, refiero también a los trabajos de C.J. Cooper y a los del español Diego López Garrido, que van en línea bidimensional afín a la de Barrett (y a la entonces mía). Duxbury, cuya importante obra conocí más tarde (gracias al profesor Alberto F. Garay), va en la misma línea, que en este trabajo abandono, cuando escribe: “precedent can work horizontally as well as vertically”. Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 28.

¹⁴ Véase, por contraste, la discusión sobre las “sanciones” en toda la obra de Hart, superadora en este aspecto de la de Kelsen. La visión de Hart fue continuada y mejorada por sus dos grandes discípulos. Véanse, Joseph

fenómeno jurídico, pues solo en la dimensión vertical habría algo parecido a una sanción: la revocación de la sentencia del tribunal que se aparta del precedente superior. Tanto es así que esta “confusión positivista” incluso permite una especie de tercera manera de concebir el precedente, que consiste en el reverso de la primera: considerar que solo hay precedente en la dimensión vertical. En cambio, en la horizontal solamente habría “persuasión” u “obligatoriedad moral”, pero no un fenómeno jurídico, porque no habría sanciones. (Como veremos, cualquiera sea el mérito de las dos maneras de concebir el precedente abordadas en este trabajo, esta tercera es, en todo caso, equivocada, al menos en el caso central del *common law*, donde indudablemente existe un fenómeno *jurídico* horizontal o coordinado, y no una mera “persuasión” u “obligatoriedad moral”).¹⁵

En suma, mi punto de partida para llegar a la conclusión de que el precedente era *un* fenómeno, con dos dimensiones, tenía que ver con el rechazo de la idea de que las sanciones constituyen un elemento definitorio del fenómeno jurídico.¹⁶ Como esa idea estaba, y está, tan difundida, se me ocurrió pensar que la negación de la bidimensionalidad del precedente —negación que entonces juzgaba equivocada— tenía que pasar por el hecho de que en la dimensión horizontal del precedente no parece haber sanciones, a diferencia de lo que acaece en la vertical; y al no haber sanciones, se podía pensar (equivocadamente) que no hay precedente en cuanto fuente del derecho.

Sin embargo, hoy me doy cuenta de que la obligación que constituye el punto de partida de la bidimensionalidad es distinta en el plano horizontal y en el vertical. Se trata de cosas distintas, de obligaciones distintas, con total independencia de los efectos (sanciones) que acarree el incumplimiento de esas obligaciones.

III. El camino desde la bidimensionalidad: obligatoriedad vertical y pirámide funcional

Una ruta que va desde la bidimensionalidad del precedente hacia la exclusiva dimensión horizontal parte de la estructura piramidal del poder judicial, tal como se encuentra plasmada, por

Raz, *Razón Práctica y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 (traducción de *Practical Reason and Norms*, segunda edición, Princeton University Press, 1990, a cargo de J.R. Manero), pp. 183-187; y 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), pp. 41-42 (glosando las ideas de Raz) y 294-298 (exponiendo su propia teoría, ampliada y reafirmada más tarde en su libro, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, ps. 248, 256, 265 y 269).

¹⁵ No es la intención de la oración a la que acompaña esta nota al pie descalificar de plano la “tercera posición”. En la sección IV de este artículo se ofrecerán razones que deberían impedir sostenerla.

¹⁶ El rechazo de la idea de que las sanciones constituyen un elemento que define el derecho se fundaba en que me simpatizaban (y me simpatizan) las posiciones de Hart, Raz y Finnis, apenas aludidas. Aprovecho para aclarar que la resistencia de la “confusión positivista”, consistente en asignar una preponderancia excesiva a las sanciones, no va de la mano de la afirmación de que al Derecho no le hacen falta sanciones. Por el contrario, le son absolutamente necesarias, aun cuando no expliquen lo más importante del fenómeno jurídico, como surge de los escritos de los tres geniales profesores de Oxford aludidos en esta nota.

ejemplo, en el artículo 108 de la Constitución Argentina¹⁷ y en su equivalente y fuente, el Artículo III, Sección 1, de la Constitución de los Estados Unidos.¹⁸ Según la versión prototípica y simplificada de esta estructura, en la cúspide se encuentra una Corte Suprema; debajo, las cámaras de apelaciones; y más debajo aún, los juzgados de primera instancia. La demostración primigenia de que la doctrina del precedente funciona solo en la dimensión horizontal (en los países donde esa doctrina funciona: principalmente, los del *common law*) viene dada por el hecho de que en los países donde *no* funciona el *stare decisis* (principalmente, los del *civil law*), funciona, de todos modos (aunque con alcances variables), el “precedente vertical”.¹⁹ Independientemente de que se lo llame o no así afuera del *common law*, e independientemente de que en algunos de esos países exista una obligatoriedad vertical atenuada (Argentina)²⁰ o mínima (la mayoría de los países civilistas),²¹ lo cierto es que toda estructura piramidal pierde sentido y razón de ser si quienes están debajo en la pirámide no tienen *algún* tipo de obligación —aunque sea atenuada o mínima— respecto de las decisiones de quienes están arriba.

No está de más decir que en los países del *common law* también se deriva de la estructura piramidal funcional una obligación de seguimiento de los fallos de los superiores para los tribunales inferiores. Por esta razón, en los países del *common law*, aunque se predicase el *stare decisis* solo de la dimensión horizontal (según la segunda manera de entender el precedente), existiría, en todo caso, “precedente vertical” y obligación estricta en ese plano, que fluye de arriba para abajo. De la estructura piramidal se sigue, en el *common law*, que las decisiones del superior son para el inferior “*binding authority*”. Seguidamente veremos cómo se compara este tipo de autoridad y obligatoriedad con la que surge del *stare decisis* en el *common law* —o, con palabras bidimensionales, cómo se compara ese tipo de autoridad y obligatoriedad verticales con la que existe, en el *common law*, en la dimensión horizontal del *stare decisis*—.

Es verdad, de todos modos, que la posibilidad de apelación y el efecto de “cosa juzgada” de lo decidido en la instancia superior tienen consecuencias en el mismo caso concreto, con independencia de cualquier obligatoriedad vertical hacia el futuro.²² Y alguien podría argumentar

¹⁷ “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”.

¹⁸ “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”.

¹⁹ Evan H. Caminker, “Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?”, 46 *Stanford Law Review* 817, p. 818, nota 2 (1994).

²⁰ Garay y Toranzo hablan de “régimen débil de obligatoriedad vertical”, en línea afín con la obligatoriedad atenuada. Alberto F. Garay y Alejo Toranzo, “Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Jurisprudencia Argentina* 2005-IV-1093. Véase también, Alberto F. Garay, “A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court’s Case Law”, 25 *Southwestern Journal of International Law* 258 (2019), pássim.

²¹ Véase, en general, Julio Gottheil, *Common Law y Civil Law*, cit; y también, Alberto B. 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*, T. 2000/2001, p. 335.

²² Como explica magistralmente Cueto Rúa, “lo que el *stare decisis* hace es suministrar a la sentencia precedente una validez distinta de aquella que tenía por virtud de la *res iudicata*. Esta le otorgaba una validez definitiva

que esto bastaría para resistir la idea de que toda estructura piramidal pierde sentido y razón de ser si quienes están debajo no tienen *algún* tipo de obligación hacia el futuro en casos distintos. Gracias al valor de la “cosa juzgada vertical”, por llamarla de algún modo, tendría sentido una estructura piramidal, aun en un escenario de “cero” precedente vertical. Pero lo cierto es que, al menos en la Argentina (y, no está de más reiterarlo, más aún en todos los países del *common law*, donde rige el “precedente vertical”), la pirámide judicial va acompañada, en la práctica, de un efecto que excede en mucho “la cosa juzgada vertical”.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —cúspide de la pirámide del Poder Judicial Federal argentino— acuñó una doctrina de obligatoriedad vertical atenuada de sus fallos, que puede entenderse a la perfección como consecuencia de la estructura piramidal del Poder Judicial de la Nación, con independencia de cuál sea el régimen de obligatoriedad *horizontal* de la jurisprudencia en la Argentina —sea a nivel de la Corte Suprema, sea a otros niveles por debajo—. O, dicho en términos de la segunda manera de concebir el precedente, esta doctrina argentina de obligatoriedad vertical es totalmente independiente de cualquier tipo de *stare decisis* que pudiera reinar en el país.

Como es sabido, y ha sido bien explicado en otras ocasiones,²³ la creación pretoriana argentina es una doctrina intermedia entre la obligatoriedad vertical rígida del *common law* (que algunos llaman “precedente vertical”)²⁴ y la obligatoriedad mínima (característica, en teoría, de los sistemas civilistas puros). Según esta doctrina intermedia —que cristalizó en 1981 (aunque tuvo varios antecedentes) y se estabilizó a partir de 1985²⁵—, el principio general es el seguimiento del precedente relevante del tribunal superior, y la excepción es el apartamiento justificado, mediante el aporte de “nuevos argumentos” por parte del tribunal inferior. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el famoso caso “Cerámica San Lorenzo”, “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar *nuevos argumentos* que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal”.²⁶

respecto de las partes intervinientes en el litigio y con relación a la concreta situación de hecho juzgada”. *El “Common Law”*, cit., p. 90. Véase también, en general, Julio C. Cueto Rúa, *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, The Publications Institute, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana, 1981.

²³ Véanse, Néstor P. Sagüés, “La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema”, *La Ley* 2008-E-849; y Florencia Ratti, “El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, n°2, 2020, pp. 585-626.

²⁴ Cfr. Evan H. Caminker, “Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?”, cit., p. 818, nota 2.

²⁵ Véanse, respectivamente, los fallos “Balbuena”, *Fallos*, 303:1770 (1981); y “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094 (1985). Dos aplicaciones flamantes de esta doctrina intermedia pueden encontrarse en los casos “Farina, Haydee Susana s/homicidio culposo”, *Fallos*, 342:2344 (2019); y “Vidal, Matías Fernando Cristóbal y otros s/ infracción ley 24769”, sentencia del 28 de octubre de 2021. Un libro de reciente aparición está dedicado al análisis detallado del caso “Farina”. *La Corte Suprema y los precedentes obligatorios*, Carolina Ahumada (ed.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2022.

²⁶ *Fallos*, 307:1094, cit., del considerando 2º, énfasis agregado.

Pero, reitero, de acuerdo con la segunda manera de concebir el precedente, la doctrina vertical argentina de la obligatoriedad atenuada es del todo irrelevante a los fines de entender qué grado de *stare decisis* hay en Argentina pues, según he insinuado, para esta segunda manera de concebir el precedente, el *stare decisis* se desarrolla solamente en la dimensión horizontal. En cualquier caso, en el *common law* prototípico, el tribunal inferior nunca podría apartarse válidamente de un precedente del tribunal superior *ni siquiera* si aportara nuevos argumentos.²⁷

De todas maneras, y de regreso a la doctrina intermedia argentina, es de suponer que no todo lo ofrecido por una Cámara de Apelaciones como argumento para apartarse,²⁸ debería contar como “nuevo argumento”; o, dicho de otra forma, es de suponer que no todo argumento calificado como “nuevo” por un tribunal inferior vaya a ser aceptado como válidamente nuevo por la Corte Suprema que, como suprema que es, siempre revisará la “novedad” real de un argumento y tendrá la última palabra al respecto. En línea afín, “nuevo” parece no ser lo mismo que “distinto”. Si se aceptaran como argumentos válidos para apartarse de una doctrina del superior argumentos meramente distintos, entonces la obligatoriedad débil o atenuada ínsita en la doctrina intermedia se transformaría en la obligatoriedad mínima de la tradición civilista pura.

La tesis aquí esbozada, de que la obligatoriedad vertical se entiende mejor con toda independencia de una doctrina del *stare decisis* —por ser aquella una consecuencia natural de la estructura piramidal del poder judicial—, fue reforzada la propia Corte Suprema. En fallo unánime el tribunal sostuvo que “aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido, este Tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen los organismos jurisdiccionales de *conformar* sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares”.²⁹ Y digo que esto refuerza mi tesis, pues ¿quiénes, sino los “inferiores” —los tribunales situados en un peldaño más debajo de la pirámide funcional—, deberían “conformarse” a lo decidido por los “superiores”?

IV. Algunas pinceladas sobre la ex dimensión horizontal

²⁷ En el reciente caso “Farina”, ya citado, el juez Rosenkrantz afirmó que las decisiones de la Corte Suprema “son de seguimiento obligatorio por el resto de los tribunales del país a menos que estos acerquen *nuevas y fundadas razones* para demostrar claramente el error e inconveniencia, en cuyo caso el Tribunal debe considerar esas razones” (del considerando 11º, énfasis agregado). Esta idea del juez Rosenkrantz es casi tan incompatible con el precedente vertical del *common law* como la formulación de “Cerámica San Lorenzo”, recogida en el texto. Pues en el *common law* nunca correspondería a un tribunal inferior ofrecer al superior evaluaciones del error ni —mucho menos aún— de la inconveniencia de lo decidido por el superior, para que este, a su vez, evalúe las razones del inferior. Véase la explicación del “*overruling from below*” en el apartado IV de este trabajo.

²⁸ Aunque digo la “Cámara de Apelaciones” me refiero, en realidad, al superior tribunal de la causa (en los términos del artículo 14 de la ley 48), cualquiera sea: Cámara de Apelaciones, Superior Tribunal de Provincia, Cámara de Casación.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, sentencia del 9 de abril de 2019, del considerando 16º, énfasis agregado.

Luego de haber explicado la ex dimensión vertical del *stare decisis* —que debería llamarse, según mi nueva opinión, “precedente vertical” o, en el caso argentino, “obligatoriedad atenuada vertical”— expondré ahora algunos rasgos característicos de la ex dimensión horizontal del *stare decisis*, a la que de aquí en más simplemente llamaré “*stare decisis*” o “doctrina del precedente”.

Mi posición actual es que la problemática verdaderamente única del precedente como fuente del Derecho existe solo en las relaciones coordinadas u horizontales, pues no se encuentran allí presentes los elementos intoxicantes derivados de la pirámide judicial: toda obligatoriedad —la que haya— surge, en el plano horizontal, de la autoridad de un hecho pasado, coordinado con un hecho presente. Lo relevante no es la superioridad —que no la hay— sino la anterioridad.³⁰ Y el fundamento de darle relevancia a la “anterioridad” es salvaguardar la igualdad jurídica (“*treat like cases alike*”), unida a un cierto sentido de justicia como semejanza, que en inglés se llama “*fairness*”—aunque, me apresuro a decir, de esto no se sigue que donde no haya obligatoriedad horizontal no haya tampoco *ipso iure* igualdad ni “*fairness*”: si así fuera, estos valores solo estarían presentes en los países con *stare decisis*, y no creo que esta afirmación extrema sea cierta.—³¹ Tampoco se sigue de la relevancia de la “anterioridad” en el *stare decisis*, que toda violación de la igualdad jurídica necesariamente pueda y deba ser siempre salvaguardada.³² Ni se sigue, por último, que lo anterior sea siempre lo mejor —lo más justo—: ahí reside la famosa tensión resumida en la dicotomía “*settled vs right*”, tensión que la doctrina del precedente resuelve como principio general a favor del primero de esos dos valores. En célebres palabras de Justice Brandeis, que capturan la sabiduría tradicional, “*stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be *settled* than that it be *settled right*”.³³

Nótese que, al fotografiar en el párrafo anterior la ex dimensión horizontal, no hice referencia a la supuesta ausencia en él de algún tipo de sanción para el incumplimiento, sanción que sí se encuentra presente de algún modo (en forma de “revocación”) en el precedente vertical, como consecuencia de una cierta noción de jerarquía. Ni siquiera he abierto juicio aún sobre si en el *stare decisis* (ex horizontal) las sanciones están realmente del todo ausentes, pues no pasa por allí la diferencia entre el fenómeno vertical y lo que ocurre a nivel horizontal. En este último, en el caso central del *common law*, existe una auténtica obligación de seguimiento del precedente, discernible con independencia de cualquier sanción. Y dicha obligación tiene una excepción, que surge cuando las reglas de la doctrina del precedente habilitan el no seguimiento mediante el

³⁰ Esta parece ser la posición del profesor Frederick Schauer, entre otros. Véase su influyente artículo, “Precedent”, 39 *Stanford Law Review* 571, p. 576 (1987). Dice allí Schauer: “If precedent matters, a prior decision now believed erroneous still affects the current decision simply because it is prior”. Como se ve, lo que importa a los fines del precedente es que la decisión sea “anterior”; no que sea “superior”.

³¹ Bien muestra esto Neil Duxbury, en su ya citada monografía, *The Nature and Authority of Precedent*, p. 36.

³² Como me señaló el dictamen de un par evaluador, que me remitiera el equipo editorial de la Revista Argentina de Teoría Jurídica, este problema de la vinculación entre la obligatoriedad del precedente y la llamada “*fairness*” requeriría, idealmente, un tratamiento más exhaustivo.

³³ *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co*, 285 U.S. 393, p. 406 (1932), énfasis agregado.

llamado “*overruling*”,³⁴ o apartamiento de un precedente³⁵ —apartamiento jurídicamente imposible respecto del precedente vertical: a raíz de la pirámide funcional, la posibilidad de *overruling* no existe en el plano vertical: quien está en el peldaño de abajo de la pirámide, no puede ignorar ni desautorizar lo decidido por quien está en el peldaño de arriba³⁶—. En otras palabras, no existe el “*overruling from below*”.³⁷

Dicho sea de paso, es un error pensar que, de la posibilidad de “*overruling*” en el plano coordinado, se sigue que no existe obligatoriedad horizontal de seguimiento del precedente, ya que las reglas relevantes *solo* autorizan el apartamiento si se dan ciertas condiciones.³⁸ Cuando las condiciones no se dan, dichas reglas no habilitan el “*overruling*” y, por lo tanto, el precedente es “*binding authority*”: este debe ser seguido, ya que es una fuente del Derecho —tanto o más fuente que un precedente vertical³⁹—.

De todos modos, seguramente exista, en el caso central del *common law*, algún tipo de sanción para el no seguimiento de un precedente en infracción a las reglas relevantes del *stare decisis* en materia de “*overruling*”. Desde luego, el tribunal que se apartase de un precedente sin estar autorizado a hacerlo por dichas reglas actuaría en falta, y toda infracción tiene, por principio, alguna consecuencia jurídica (que, a veces, consiste en el “juicio político” del funcionario infractor y su eventual desplazamiento por mala conducta). Pero, lo que constituye al precedente horizontal en fuente de Derecho no son las sanciones (cuando las hay) sino su capacidad, en cuanto hecho pasado, de guiar hacia el futuro en materias que no se encuentran determinadas *a priori* por la moral.⁴⁰ Esto es verdad también, por cierto, respecto de la obligación jurídica de conformarse a lo decidido por los tribunales superiores en las estructuras piramidales judiciales (la ex dimensión vertical)⁴¹ —y también es verdad, en definitiva, respecto de toda norma jurídica:

³⁴ A veces se lo llama también “*overturning*”. Malena Guevara me hizo notar que este último término expresa mejor el concepto, en cuanto ilustra bien la idea de que de lo que se trata es del darse vuelta de un precedente, como quien da vuelta una moneda. Es parecida a la idea de “*flipped*”, en inglés: lo que antes era “A”, ahora es “-A”. Véase, Andrew Chenevert y Santiago Legarre, “A Modified Approach to Overruling for the ‘Conservative Majority’”, *forthcoming*, 2023.

³⁵ Se trata de un apartamiento con fuerza cuasi derogatoria hacia el futuro, pero esta dimensión del “*overruling*” no importa a los fines del argumento en esta sección.

³⁶ Agradezco a Abril Flores la idea de la “desautorización”, como aspecto importante del “*overruling*”.

³⁷ Caleb Nelson, “Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents” 87 *Virginia Law Review* 1, p. 2 (2001).

³⁸ Compárese y contrástese el “*overruling from below*”, con la doctrina argentina de los “nuevos fundamentos”, explicada en la sección anterior de este trabajo.

³⁹ Digo en el texto tanto *o más*, pues la ausencia de superioridad cuanto menos realza, en cierto sentido, la obligatoriedad. Cuando la fuente “viene de arriba”, en cambio, la posibilidad de que la obediencia responda al temor de una sanción (“revocación”) podría ser mayor (que en el plano horizontal).

⁴⁰ John Finnis, “Law as Co-ordination”, 2 *Ratio Juris* 97-104 (1989); puede verse también, Santiago Legarre, “A New Natural Law Reading of the Constitution” 78 *Louisiana Law Review* 877, pp. 889-892 (2018).

⁴¹ Duxbury aplica, desde su perspectiva bidimensional, esta misma idea (de que no son las sanciones las que constituyen el derecho) a la relación entre la jerarquía judicial y la existencia de obligación jurídica, cuando dice que “the doctrine of *stare decisis* did not come about because of the creation of a hierarchy of courts”. Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 56, énfasis agregado.

no obliga porque contiene una sanción para el caso de incumplimiento; más bien, contiene una sanción para el caso de incumplimiento, porque obliga, en virtud de su capacidad de guiar—. Como afirma H.L.A. Hart, “reprobamos o sancionamos a un hombre *porque* ha quebrado la regla”.⁴² Del énfasis añadido por el propio Hart a la palabra “porque”, se sigue por implicación que la regla *no es* la sanción, y así lo explica largamente el difunto profesor de Oxford en su libro *El concepto de Derecho*.⁴³

No es hoy el día de estudiar las consecuencias del incumplimiento de la obligación de estar a lo decidido, ni son demasiado relevantes para la tesis aquí sostenida. Pues, como ya expliqué, la tesis no descansa sobre las posibles (y necesarias) sanciones para la violación de la norma que establece el *stare decisis*, sino sobre aquello que da lugar a las mencionadas sanciones: una cosa es sancionar a un juez por apartarse de una directiva de su superior (cuando esa directiva existe); otra bien distinta es no respetar el precedente del propio tribunal. Estas dos conductas —la primera, en el plano vertical; la segunda, en el horizontal— infringen obligaciones de naturaleza distinta. Mientras que la primera obligación (vertical) existe, como ya vimos, en todo sistema (en términos diversos: estrictos, atenuados o mínimos, según el sistema) como consecuencia de la pirámide funcional, la segunda (horizontal) existe *solamente* en aquellos países o sistemas que adoptan la regla de *stare decisis*, es decir, países o sistemas (los del *common law*) en los cuales el precedente horizontal no constituye tan solo un deber moral, ya que no tiene, en ellos, fuerza persuasiva sino, como ya se indicó, valor de fuente obligatoria de Derecho.

En suma, la medida del *stare decisis* deriva directamente del nivel de obligatoriedad adoptado por cada sistema jurídico. En un país civilista cercano al caso puro del *civil law*, los tribunales pueden tener una obligación casi nula de seguir sus propios criterios vertidos en casos anteriores. En las antípodas, en el *common law*, el principio general es que hay que estar a lo decidido (“*stare decisis*”): existe allí la obligación de estar a lo que decidieron los tribunales coordinados. Pero, dentro de un mismo sistema, puede haber distintos tipos o intensidades de obligación horizontal, para distintos tribunales. Por ejemplo, en el *common law* de los Estados Unidos, a nivel de la Corte Suprema, la obligatoriedad se atenúa —y el “*overruling*” se autoriza más frecuentemente— cuando se trata de materias constitucionales.⁴⁴ En cambio, a nivel de las Cámaras Federales de Apelaciones, los paneles de cada Cámara tienen una obligación estricta de seguir lo decidido por

⁴² H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, segunda edición, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 11, énfasis en el original.

⁴³ Todo el libro de Hart, *El Concepto de Derecho*, puede leerse como una crítica a la(s) teoría(s) que equipara(n) derecho y sanciones. Véase H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., pp. 10-11; 16; 213; 217-218.

⁴⁴ Véase al respecto la famosa disidencia del juez Brandeis en el ya citado *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*: “El *stare decisis* es habitualmente la política judicial sabia, porque en la mayor parte de las materias, resulta más importante que la norma de Derecho se encuentre firmemente establecida, en vez de encontrarse correctamente establecida. Pero en los casos en que se encuentra involucrada la Constitución Federal, en los que la corrección a través de la acción legislativa es prácticamente imposible, este tribunal ha modificado a menudo sus sentencias anteriores”. *Burnet*, cit., 406-408. Para una explicación clásica de este asunto, véase, D. H. Chamberlain, “The Doctrine of Stare Decisis as applied to Decisions of Constitutional Questions”, 3 *Harvard Law Review* 125, ps. 128-31 (1889).

otros paneles de la misma Cámara, con toda independencia de la materia.⁴⁵ La única manera de operar un “*overruling*” allí es mediante una decisión plenaria, llamada “*en banc*”.⁴⁶ Y a nivel de los tribunales federales de primera instancia, no existe una obligación estricta de seguimiento de los fallos anteriores.⁴⁷

V. Conclusión

Ya se ha visto que quedan en el tintero varios asuntos. Sumo ahora otro, que seguramente resulte evidente a esta altura: ¿cuál es la doctrina de obligatoriedad horizontal de la jurisprudencia en la Argentina? No cuesta adivinar que seguramente no sea posible encuadrarla ni en el *common law* (con su característico *stare decisis*, que permite hablar en sentido estricto de “precedentes”) ni en el civilismo puro, donde en teoría no debería siquiera hablarse de “precedentes” (aunque a veces se lo haga, laxamente), pues la obligatoriedad horizontal de seguimiento es, en el civilismo puro, mínima, tirando a nula. En esto, puede adivinarse, seguramente exista una coincidencia al menos parcial entre el sistema híbrido argentino y el del estado de Louisiana (aludido en la Introducción de este artículo),⁴⁸ donde rige la doctrina intermedia llamada “*jurisprudence constante*”.⁴⁹

⁴⁵ Lo dicho en el texto se circunscribe a los paneles de un mismo circuito y es consecuencia de la llamada “rule of orderliness”. En cambio, esta regla no implica que un panel de la Cámara de un determinado circuito deba seguir lo resuelto por un panel de la Cámara de otro circuito. Si quiere, puede tenerlo en cuenta; pero, mientras que lo resuelto por otro panel de la misma Cámara es “*binding authority*”, lo resuelto por un panel de otra Cámara es meramente “*persuasive authority*”.

⁴⁶ Para una explicación de este asunto, véase el libro de Florencia Ratti, *El precedente horizontal en las Cámaras Federales de Apelaciones Argentinas. Recurso de Inaplicabilidad de ley y fallos plenarios*, La Ley, 2021, ps. 74 ss.

⁴⁷ Randy J. Kozel, *Settled versus Right*, p. 21, nota 6.

⁴⁸ Sobre Louisiana (y Argentina), véase, Santiago Legarre y Christopher R. Handy, “A Civil Law State in a Common Law Nation, a Civil Law Nation with a Common Law Touch: Judicial Review and Precedent in Louisiana and Argentina”, 95 *Tulane Law Review* 445-486 (2021).

⁴⁹ La Suprema Corte de Louisiana delineó la “*jurisprudence constante*” en el caso *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Co.*, de 1970: “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 subsiguientes”. *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Co.*, 236 So. 2d 216, 218 (La. 1970). Contrástese la idea de que para que haya obligatoriedad debe haber “una larga línea de casos” con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el muy reciente caso “López”, en el cual, frente a la alegación del tribunal inferior de que “no luce apropiado extraer una doctrina de un único precedente del Máximo Tribunal”, la Corte respondió que “lo relevante es que la cuestión debatida en este expediente es la misma que en aquel, de modo que se ve alcanzada por su doctrina”. “López, Ricardo Francisco Julio s/ Incidente de recurso extraordinario”, sentencia del 17 de mayo de 2022, considerando 6º. Es cierto, sin embargo, que esta afirmación fue vertida en el contexto “vertical” de la obligatoriedad atenuada.

Una pregunta más específica es si, a nivel de la Corte Suprema Argentina, existe, en el plano horizontal, una doctrina semejante a la que en el plano vertical se llama, en nuestro país, “obligatoriedad atenuada”, con su apelación a los “nuevos argumentos” —aun cuando ahora me resulta claro (si bien no siempre lo había visto con claridad) que esa doctrina nació en nuestro país en el contexto vertical—.

En esta ocasión dejaré en el tintero lo que allí ha quedado.⁵⁰ Me *conformo* esta vez con haber movido el tablero —*mi* tablero, al menos— hacia una nueva manera de concebir el precedente que, confío, puede ayudar a encontrar respuestas a esas preguntas y a otras tantas más. A la vez aclaro, para que no parezca que he intentado desatar una tempestad, que la nueva lluvia deja tranquilo todo lo que de positiva tenía la idea, hoy revisada, de las “dos dimensiones”. Había sido importante rescatar que la jurisprudencia opera tanto en un nivel horizontal como en uno vertical, como también que las sanciones (y su presencia) no deben ser las que definan “qué es algo”. De lo que hoy se trata es de intentar entender y caracterizar mejor lo que ocurre en el plano vertical y en el horizontal, y de darle a cada cosa el nombre que más se corresponde con la realidad.

En modo alguno he descubierto América al escribir este artículo. El *stare decisis* ya funcionaba como funcionaba, y ya era aplicado por incontables tribunales y descrito por infinidad de estudiosos como lo entiende la segunda manera de concebir el precedente. Haber movido el tablero —recalculado la ruta, separado la paja del precedente vertical, del trigo del fenómeno horizontal— acaso ayude, en todo caso, a llegar a América por un camino más allanado.

⁵⁰ El tintero incluye la medida en que el “*distinguishing*”, y otras técnicas características del *common law*, se encuentran circunscriptas al *stare decisis*; y la medida, indudable pero incierta hoy para mí, en que esas técnicas se extienden también al “precedente vertical”.