

LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

UNA PROPUESTA INSTITUCIONAL PARA EL SISTEMA ARGENTINO

Jorge Alejandro Amaya¹

Sumario:

En el presente trabajo se revisa y describe la doctrina del precedente constitucional y sus efectos, ventajas y desventajas y diferencias en los dos modelos jurídicos del mundo occidental: el modelo anglosajón; y el continental de raíz romanística vigente en Iberoamérica. El autor profundiza la doctrina del precedente y su valor en el sistema constitucional argentino, formula críticas a la luz del funcionamiento del sistema institucional y económico y propone modificaciones al mismo.

Abstract

In this paper we review and describe the doctrine of constitutional precedent and its effects, advantages and disadvantages and differences in the two legal models of the western world: the Anglo-Saxon model; and the Continental model with Roman roots present in Latin America. The author examines the doctrine of the precedent and its value in the Argentinian constitutional system, making critiques to the Institutional and Economical system work and proposes modifications to it.

¹ Jorge Alejandro Amaya es Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires; Especialista en Derecho Constitucional; Máster en Derecho Público; y Doctor en Derecho Constitucional (UBA). Completo sus estudios de Postgrado en Derecho Constitucional; Administración de Justicia y Derechos Humanos en la Escuela de Gobierno y Negocios de la Universidad de Harvard (USA); y en las Escuelas de Leyes de las Universidades de San Francisco (USA) y George Washington University (USA). Es Profesor del Doctorado regular e intensivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA); y de distintos doctorados, Maestrías y Especializaciones que se dictan en Argentina y en el exterior. Ha sido galardonado con dos Premios jurídicos de gran importancia en Argentina: El “Premio Colegio de Abogados de la Capital Federal” y el “Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, ambos otorgados por sus trabajos de investigación y docencia. Recibió las distinciones de “Honor al Mérito” y “Reconocimiento Académico” otorgadas por la Universidad Mayor de San Marcos y por el Centro de Altos Estudios Nacionales del Perú. En diciembre de 2014 fue distinguido por el Rector de la Universidad de Buenos Aires con el reconocimiento a la “Excelencia Académica”. Fue Director del Senado de la Nación Argentina; Asesor de la Convención Nacional Constituyente de 1994; Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires y Vicerrector Institucional de dicha Universidad. Es autor de 10 libros individuales; más de 30 libros colectivos y 150 trabajos publicados en Argentina, Latinoamérica y Europa. Es conferencista en su país y en el exterior.

I. La doctrina del precedente obligatorio o “stare decisis”.

El sistema jurídico estadounidense es esencialmente un derecho de creación judicial, resultado de una lenta e histórica justicia casuística nacida, y todavía vigente, en el derecho inglés. Los jueces edifican el sistema jurídico piedra por piedra a lo largo de las generaciones, como la construcción de una catedral, utilizando la similitud elegida por Dworkin².

La doctrina del *stare decisis* se formó originalmente en la rama del *common law* inglés, y es la regla general conforme a la cual, cuando un punto de derecho ha sido fijado por resolución judicial, en un caso concreto sometido a la jurisdicción de un juez o tribunal, se convierte ipso iure en un precedente normativo que debe ser acatado, en casos similares subsecuentes, por el mismo tribunal que lo estableció y por cualquier otro de rango inferior que esté subordinado a la autoridad de aquél.

Un sistema de control difuso de constitucionalidad, según el cual todos los jueces y tribunales disponen de competencia para juzgar la validez de la ley frente a la constitución, en casos concretos y de manera autónoma, requiere, con sobradas dosis de razones -en nombre de los postulados de efectividad, igualdad y seguridad jurídica-, un instrumento que asegure la autoridad a la resolución judicial, no sólo en el interior del Poder Judicial, en los casos posteriores, sino en el ámbito de todo el poder público y por los ciudadanos de manera general.

Es así que el principio de *stare decisis* viene a jugar un papel esencial en aquel modelo, revelándose, por medio de los precedentes vinculantes, un mecanismo de cierre en el modo de control difuso, al imponer un efecto obligatorio a la resolución de los tribunales superiores, con énfasis en las de la Corte Suprema de Justicia.

Debe dejarse asentado que hay diferentes tipos de precedentes, según el parámetro normativo utilizado. Así, 1) si el juez aplicó la constitución como norma decisoria del litigio, su sentencia constituye un precedente constitucional; 2) si acudió al derecho legislado, entonces el precedente es legal o *statutory precedent*, y 3) finalmente, si se basó en las decisiones del *common law*, su sentencia será un *common law precedent*.

Pero importa esclarecer que un precedente no es igual a una decisión. Un precedente es un conjunto de decisiones reiteradas por los tribunales. La excepción es el

² Ver, en general, DWORKIN, Los derechos en serio.

precedente constitucional, en que la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de la norma, dado el efecto vinculante inmediato de este caso.

Además, hay precedentes vinculantes y precedentes persuasivos -esto es, sólo los primeros tienen fuerza obligatoria; no los segundos- y el criterio distintivo de sus fuerzas radica en la propia jerarquía de los tribunales.

Un precedente vinculante proyecta su fuerza verticalmente de arriba abajo, del tribunal superior al inferior, pero también horizontalmente, pues los tribunales se autovinculan a sus propias reglas de decisión y sólo pueden apartarse de sus precedentes en situaciones especiales de cambios políticos, económicos y sociales.

Según Magaloni³ las notas estructurales de la doctrina de los precedentes son las siguientes:

1) La Corte Suprema de Justicia nunca se ha considerado a sí misma vinculada de manera absoluta por sus propias decisiones y -como es sabido- puede apartarse de una línea doctrinal o derogarla expresamente (*overruling*). Este mismo planteamiento tienen los demás tribunales federales y estatales en relación con las sentencias que hayan adoptado de manera autónoma; esto es, que no resulte la consecuencia de aplicar la jurisprudencia de otros órganos.

2) Una sentencia de la Corte Suprema es obligatoria para todos los órganos judiciales, siempre que se trate de un asunto que afecte a cuestiones federales. Es la consecuencia necesaria de que, en relación con los asuntos federales, es la Corte Suprema la que ocupa la cúspide de la pirámide.

3) Asimismo, la vinculación funciona en el otro sentido. La Corte Suprema está obligada por las sentencias de los tribunales estatales de última instancia, en los casos de ciudadanos de un Estado a los que se les haya aplicado el derecho propio de ese Estado, de acuerdo con las normas de conflictos de leyes.

4) Una sentencia de un tribunal federal tiene sólo efecto de orientación para un tribunal estatal en relación con materias federales. Ello supone que la línea jerárquica obligatoria sólo se mantiene respecto de las materias de competencia federal. En los restantes casos, la doctrina podría, como mucho, influir en el parecer del tribunal. La única obligatoriedad que tienen los tribunales estatales es en cuanto a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia dictadas en materias de competencia federal.

³ Ver, en general, MAGALONI, El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano.

Es importante aclarar que en el sistema jurídico estadounidense el precedente puede formarse en cualquier ámbito del derecho de creación judicial. Un precedente constitucional sólo se diferencia en cuanto a su contenido de los otros tipos de precedentes, pero no en cuanto al método jurídico y el modo como opera su aplicación en la práctica judicial.

5) Las sentencias de un tribunal estatal superior son vinculantes para todos los tribunales inferiores, en virtud del principio de jerarquía. Se debe enfatizar, todavía, que cada tribunal puede modificar libremente sus propias decisiones. Esta regla sólo cede en los supuestos en los que la decisión no sea propia en cuanto al fondo, sino que derive de una decisión de un órgano superior. En este caso, el tribunal no puede apartarse del precedente. Este dato es el resultado de la consideración del criterio jerárquico del órgano del que emane la resolución.

II. Ventajas y desventajas del precedente obligatorio.

Si se parte de la idea de que el valor de los precedentes radica en la seguridad jurídica que proporciona al sistema de *common law*, pero teniéndose en cuenta, por otra parte, la relatividad de su fuerza en la praxis de los tribunales, dada la aceptación de la flexibilidad que asegura la discrecionalidad judicial, parecería lógico preguntarse cuáles son las ventajas y desventajas de un derecho jurisprudencial vinculante.

Entre las primeras se cuentan las siguientes:

1) La seguridad y la certidumbre jurídicas que se derivan de la realidad incontestable de que, a litigios esencialmente similares, siempre correspondan sentencias sustancialmente idénticas. Esta ventaja ofrece el valor de hacer de las decisiones judiciales un fenómeno estable y previsible.

2) La posibilidad de desarrollo del derecho, propiciada por la generación incesante de nuevos precedentes -vinculantes o persuasivos-, surgidos al calor de las necesidades cambiantes de la comunidad jurídica.

3) El carácter práctico de las reglas jurisprudenciales surgidas de casos reales y no de disquisiciones teóricas o reflexiones académicas.

A su vez, entre las desventajas que se destacan, figuran las siguientes:

1) La rigidez de las normas descendientes de la jurisprudencia, las cuales, una vez fijadas con la mediación de la regla del precedente, son muy difíciles de cambiar.

2) El peligro de las distinciones ilógicas originadas por el ejercicio rutinario de la referida regla del precedente, el cual unas veces desemboca en callejones sin salida y otras tantas suscita conflictos normativos de engorrosa o inverosímil solución.

3) El volumen y la complejidad de la jurisprudencia.

Según nuestra opinión, la doctrina de precedentes vinculantes no puede ser analizada fuera de sus coordenadas jurídico-culturales. La doctrina del *stare decisis* no es categoría jurídica parangonable con la jurisprudencia clásica del derecho de origen legislativo, por la sencilla razón de que, mientras en ésta la referencia de fuente jurídica es esencialmente la ley, y no la jurisprudencia, en el *common law* el *stare decisis* es el centro de gravedad del derecho, aunque haya un derecho legislado que forma parte del derecho proveído por los tribunales.

De ahí que, si se pudiera proceder a la comparación entre las fuentes de los dos sistemas jurídicos, habría que dejar apuntado que, mientras en el derecho continental europeo la ley es un parámetro por definición abstracto, y de carácter general, en el derecho del *common law* el precedente, en cambio, es necesariamente un parámetro que se construye a partir de un caso concreto, que va a adquirir virtualidad en la medida en que otros jueces y tribunales lo identifiquen con situaciones iguales o similares que justifiquen la misma solución jurídica⁴

III. La doctrina del precedente en Iberoamérica.

Como vimos, el concepto de "*jurisprudencia*" se identifica con la ciencia del Derecho en los países de tradición jurídica anglosajona o del Common Law; en cambio, en los ordenamientos jurídicos continentales, como Colombia y Argentina, de influencia romanística, se asemeja a la doctrina jurídica que resulta de las decisiones judiciales.

Por consiguiente, en Iberoamérica, cuyos países abrevan en la tradición jurídica romana, jurisprudencia equivale a la orientación jurídica que se desprende de las sentencias de los jueces, especialmente de las sentencias del máximo Tribunal. Cuando

⁴ “Las diferencias en la organización judicial, en la teoría de las fuentes, en la cultura jurídica y en la práctica judicial apuntan hacia una diferenciación y un uso también diferente entre ambos sistemas. Es un error metodológico adoptar una teoría, la de los precedentes anglosajones, que es extraña al sistema continental, para explicar un fenómeno como la referencia a sentencias anteriores. Y es un error porque difícilmente se podría así comprender (y menos reglar) una práctica que ha surgido al margen de una teoría (la del *stare decisis*) que es ajena a nuestros sistemas” (*MORAL, El precedente judicial*, p. 18).

este alto tribunal, en reiteradas sentencias, establece soluciones iguales o asimilables a casos equivalentes, se dice que existe doctrina legal sobre la materia en cuestión. Es decir que en el sentido que aquí interesa, el precedente o la doctrina del precedente, es el conjunto de soluciones sustancialmente idénticas dadas sobre una cuestión controvertida.

Roma, dio valor reverencial a las sentencias de los jueces. El edicto pretorio, como proyección normativa a que el juez habría de ajustarse, unido al poder de *imperium* para llenar lagunas legales mediante la *aequitas*, explican la *potestas* reconocida a la jurisprudencia romana (tanto al fallo judicial como a la explicación razonada del *iurisprudents*). La permanencia del edicto por su continuidad pretoriana convirtió al *ius honorarium* en fuente del Derecho, que llegó incluso a prevalecer sobre las XII Tablas.

La Edad Media señala el comienzo de un periodo de crisis al valor reconocido a la jurisprudencia en la etapa anterior, aunque hubo países, como España, en que subsistió vigorosamente. La crisis se agudizó en el tiempo por consecuencia del conjunto de ideas absolutistas y centralizadoras del poder, que reservan a la autoridad del monarca la facultad de interpretación.

La revolución francesa no modificó el estado de la cuestión en el sistema continental, limitándose a cambiar al rey por la nación. No obstante, con la excepción del Código suizo, que atribuye al juez facultades para elaborar la norma en ausencia de disposición legal concreta, en los sistemas legislativos modernos el valor de la jurisprudencia es restringido en los países de tradición romana, al menos formalmente.

Contrariamente, como vimos en § c), el sistema anglosajón o del precedente judicial, nacido al amparo del empirismo inglés, induce a buscar la esencia del derecho en la sentencia particular como expresión de unidad de la regla y del caso. El derecho, concebido como tradición, necesita de un servidor que lo aclare y lo acredite como vigente, lo que destaca – como vimos - la función relevante del juez. El valor de la jurisprudencia dentro del sistema es enorme, pero interpretando el *common law* o normas de rango constitucional; porque cuando se trata de la ley estricta, el juez

anglosajón se ajusta a la expresión literal de la norma (en parte por imperativos del propio sistema constitucional)⁵.

La teoría del precedente judicial es compleja, habida cuenta que debe tener en cuenta distinciones entre precedentes horizontales y verticales; de la organización judicial de cada país; del grado de vinculatoriedad de los precedentes; y de la determinación de qué es lo vinculante de la sentencia. En un sentido estricto, como vimos, un precedente sólo es aquel que tiene eficacia jurídicamente vinculante para las decisiones sucesivas de casos análogos, sin embargo, este modo de entender el precedente es limitado, puesto que sólo sirve para explicar algunos aspectos del mismo.

La cuestión de la vinculatoriedad del precedente no puede reducirse a la alternativa entre vinculante y no vinculante, sino que es necesario tener en cuenta una escala compuesta por varios grados de eficacia: a) vinculatoriedad fuerte y sin excepciones (precedente obligatorio); b) vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el propio ordenamiento (precedente condicionalmente obligatorio); c) vinculación fuerte, con la posibilidad de apartarse del mismo cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo (precedente condicionalmente obligatorio); d) vinculación débil, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el juez no tiene que justificar el apartamiento del mismo (precedente persuasivo); e) no vinculatoriedad, si el juez tiene plena discrecionalidad respecto a seguir o no el precedente (este último no constituye precedente).

La doctrina del precedente posee una dimensión que podríamos definir como institucional; y otra que podríamos llamar estructural. La primera se refiere a que el precedente está estrechamente relacionado con la organización judicial y las relaciones de autoridad existentes en el sistema de tribunales. En relación con esta dimensión se distingue entre precedente vertical, precedente horizontal y autprecedente.

El precedente vertical, presupone una organización en la cual rige una jerarquía entre órganos judiciales, en la que los inferiores están obligados a seguir los precedentes establecidos por los superiores. Es a este tipo de precedente al que se refiere la regla del *stare decisis*. El precedente horizontal existe cuando dicha obligatoriedad lo es respecto

⁵ Un estudio profundo del valor de la jurisprudencia en los sistemas romano; anglosajón y continental puede verse en Falcón y Tella, María José, *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*, Marcial Pons, 2010.

a las decisiones de otro juez del mismo nivel. Y el autprecedente se produce cuando un juez está obligado a seguir sus propios precedentes.

La dimensión estructural se refiere a la determinación de qué sentencias constituyen precedentes respecto de una decisión ulterior.

Es importante también distinguir el efecto del precedente horizontal externo, que se refiere al grado de aceptación con que los poderes políticos cumplen las decisiones del máximo tribunal del sistema judicial.

Con respecto al valor de la jurisprudencia constitucional, la misma varía en los distintos países de Iberoamérica según estemos en presencia de un modelo concentrado, mixto o difuso, aunque sin duda, la tendencia es otorgarle obligatoriedad, en razón, de los principios de seguridad jurídica e igualdad que imponen la unificación de las decisiones detrás de la doctrina sentada por los máximos tribunales; y considerando el efecto expansivo con que el neoconstitucionalismo ha impregnado a Iberoamérica.

Por ejemplo, en España, ejemplo del modelo kelseniano concentrado, el artículo 5.1 L.O.P.J., claramente determina que las sentencias del Tribunal Constitucional son vinculantes, y los jueces y tribunales deben interpretar todas las normas conforme con la interpretación que de las mismas resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos⁶.

En Colombia (sistema mixto) el art. 243 de la Constitución establece que los fallos que la Corte Constitucional dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

Al considerar el valor del precedente constitucional en Colombia, es preciso hacer una distinción entre el decisorio (*“decisum”*) y los fundamentos (*“la ratio decidendi”*) en las sentencias de constitucionalidad, según la diferencia que la propia Corte Constitucional Colombiana hace de uno y otro elemento, en tanto partes de una

⁶ En Alemania también la Ley del Tribunal Constitucional establece en su art. 31 que “1. Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados así como a los tribunales y autoridades. En algunos casos la decisión del Tribunal Constitucional federal tiene fuerza de ley.

sentencia de constitucionalidad. Mientras que el decisorio gozaría de cosa juzgada *erga omnes* explícita, los fundamentos gozarían de cosa juzgada *erga omnes* implícita⁷⁸.

Las razones o fundamentos que motivan la decisión de declarar constitucional o inconstitucional una determinada disposición (*la ratio decidendi*) de las sentencias de constitucionalidad, constituyen precedentes judiciales en el derecho colombiano, a partir de la sentencia C- 104 de 1993.

En la sentencia T- 260 de 1995, la Corte Constitucional manifestó también que los fundamentos esenciales de sus fallos de tutela también constituían precedente obligatorio para la guarda y protección de los derechos fundamentales.

A su vez, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido que sus precedentes obligan al resto de los tribunales y poderes, inmediatamente después de ser dictados.

En el caso del Brasil (sistema mixto) el Supremo Tribunal Federal, según el artículo 28 de la Ley 9868/99, en su párrafo único, determina que las declaraciones de constitucionalidad, inclusive la interpretación conforme a la Constitución, tienen eficacia contra todos y efecto vinculante en relación a los órganos del Poder Judicial y a la administración pública federal, estadual y municipal.

Por su parte, el artículo VII título preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú (sistema dual) merita al respecto “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la fuerza de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

La Ley del Tribunal Constitucional de Bolivia, en su artículo 4.1 referente a interpretación constitucional determina: “Los Tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional”. A su vez, el

⁷ Cfr. Sentencia C-131 de 1993.

⁸ En contra de esta posición puede Contreras Calderón Jorge A., *El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del derecho*, revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 41, No. 115, Medellín, Julio-Diciembre de 2011, p. 331/361. Sostiene este autor que “al atribuir a ambos conceptos –al del *decisum* y al de la *ratio decidendi*– la misma cualidad –gozar de cosa juzgada *erga omnes*– y distinguirlos en sus fallos de constitucionalidad, principalmente, por el carácter explícito o implícito de esta cualidad, pareciera sensato concluir que ambas partes de la sentencia de constitucionalidad constituyen especies de un mismo género: el de precedentes judiciales de la Corte Constitucional; mas esto no es correcto: ni la decisión de la Corte Constitucional de declarar *exequible* una norma jurídica, ni la decisión de declararla inexecutable son normas jurídicas, y al no ser normas jurídicas, no son precedentes”. Op. Cit. pp. 336/7.

artículo 44, en su literal I, precisa: “Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional son obligatorios y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y Tribunales”.

Un último ejemplo, en torno al tratamiento que los distintos sistemas de control de constitucionalidad brindan al precedente, lo encontramos en la Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala (sistema mixto) la que en su artículo 43 precisa: “La interpretación de las normas contenidas en la Constitución y otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte”.

IV. El tema de la retroactividad de la jurisprudencia.

El tema de la retroactividad de la jurisprudencia es uno de esos temas que con mucha facilidad se prestan a la discusión teórica y que suscitan innumerables comentarios en la práctica; sin embargo, es uno de los temas que no han sido explorados suficientemente por la doctrina y que a nivel constitucional encuentran – a nuestro criterio - una regulación poco satisfactoria.

Como hemos visto en este capítulo, al igual que en los Estados Unidos de Norteamérica, nuestra constitución no prevé expresamente la atribución judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes⁹, como sí sucede en la mayoría de los países de Latinoamérica.

De la misma manera que en el país del norte, el nacimiento del control de constitucionalidad obedeció a una creación jurisprudencial en los recordados casos “*Sojo*” y “*Elortondo*”. De todos modos, conforme el artículo 116 CN por el cual el Poder Judicial de la Nación debe conocer y decidir “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución” y siendo esta suprema (artículo 31 CN) puede entenderse que el Poder judicial está obligado a inaplicar las normas contrarias a ella¹⁰. Por otra parte, el artículo 3° de la ley 27 de 1862 dispuso que uno de los objetos de la

⁹ Recién con la reforma constitucional de 1994 lo estableció expresamente en el marco del amparo conforme el nuevo artículo 43 CN.

¹⁰ Sagües Néstor, “El control de constitucionalidad en la Argentina”, en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrina y jurisprudencial (Daniel Sabsay Director), Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2010, Tomo 4, p. 585/602.

justicia nacional “es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

Podemos sostener así que el sistema argentino de control de constitucionalidad se ha edificado, al igual que su Constitución Nacional, sobre el modelo norteamericano que influyó en el diseño de los sistemas de muchos países latinoamericanos, siendo Argentina el único país que mantiene su sistema de control siguiendo los rasgos esenciales del modelo norteamericano: judicial y difuso.

Sin embargo, y a pesar de la similitud señalada, en la actualidad la fisonomía de la Corte Suprema no es la misma en ambas naciones. Mientras que en Estados Unidos la Corte se ocupa aproximadamente de cien sentencias anuales, que abordan temas principalmente constitucionales, la Corte Suprema argentina aborda no menos de nueve mil anuales¹¹, entre constitucionales y de derecho común. Además, dado el carácter federal del país, los efectos de las sentencias no son exactamente iguales en el ámbito nacional y en el provincial.

El máximo tribunal del país es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que tiene competencia originaria¹²; por apelación ordinaria¹³; y por apelación extraordinaria¹⁴.

¹¹ Conforme los datos expuestos en la página web de la Corte en el 2012.

¹² Artículo 117 CN. “En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

¹³ Artículo 116 CN “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que verse sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en la que Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”. La competencia ordinaria de la Corte deriva de este artículo que establece la competencia federal, y lo es siempre por apelación. Corresponde intervenir cuando de esa materia se trate.

¹⁴ La competencia extraordinaria de la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad deriva del artículo 116 CN en tanto dispone que corresponde a la Corte y a los tribunales inferiores el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución; del artículo 31 que establece el principio de supremacía y el orden jerárquico del derecho positivo y del art. 75 inciso 22 que otorga superioridad a los tratados respecto de las leyes y reconoce jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos allí enunciados y a los que en el futuro la obtengan. Asimismo el artículo 43

Ahora bien, en este contexto y a efectos de mostrar las contradicciones que el sistema puede evidenciar y que nos impulsan a proponer la obligatoriedad de los fallos de la Corte (cuando interpreta derecho federal o derecho común) para los tribunales inferiores nacionales o provinciales, nos referiremos exclusivamente a los efectos de las sentencias constitucionales clásicas, que son aquellas que declaran o rechazan la inconstitucionalidad de una norma.

En la experiencia judicial argentina se presentan situaciones que son propias de un sistema difuso con falta de uniformidad de las decisiones por ausencia de la obligatoriedad legal del precedente.

Por ejemplo, que un Juez repunte constitucional una ley y otro resuelva lo contrario. Si no median recursos idóneamente interpuestos contra esos fallos, pueden quedar firmes los mismos, circunstancia que posibilita que el sistema judicial dé respuestas contradictorias. Es cierto el recurso extraordinario federal previsto en el artículo 14 de la Ley 48, permite llevar todo expediente donde se decida la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma presuntamente opuesta a la Constitución federal ante la Corte Suprema Nacional, pero como es sabido este recurso no siempre es articulado en tiempo y forma, y aunque lo fuere puede ser desestimado por la Corte en razón del amplio margen de discrecionalidad que la misma tiene para aceptar los recursos.

Otra hipótesis contradictoria se da en el caso en que una norma puede ser reputada en un fallo, por ejemplo de la Corte Suprema como constitucional, pero en otro posterior del mismo tribunal inconstitucional¹⁵. Estos vaivenes son frecuentes cuando la integración de la Corte ha variado, alternativa que en Argentina ocurre con frecuencia. Algunas veces la Corte recurre al argumento de las inconstitucionalidades sobrevinientes, es decir una norma pudo haber sido constitucional al momento de sancionarse, pero después por modificación del contexto de vida o por variación en las creencias sociales, concluye como inconstitucional¹⁶.

producto de la reforma constitucional de 1994 dispuso que en el caso de la acción de amparo el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

¹⁵ Como sucedió por ejemplo con las leyes de obediencia debida y punto final, donde una composición de la Corte Suprema las consideró constitucionales y otra posterior inconstitucionales.

¹⁶ Ejemplo casos Sejean. CSJN Fallos 308:2268 e Izcovich CSJN Fallos 328:2566.

También la Corte Suprema argentina ha instrumentado sentencias constitucionales atípicas o no clásicas, en el sentido que no siempre encuadran dentro de la anterior categoría de fallos que admiten o rechazan los planteos de inconstitucionalidad de las normas, pero no nos referiremos a las mismas por considerarlo innecesario a los fines de este punto¹⁷.

Respecto de la doctrina del precedente obligatorio que caracteriza al modelo norteamericano y diferencia al nuestro, la Corte Suprema argentina ha decidido dar a su jurisprudencia efecto vinculante, configurando una regla de derecho constitucional consuetudinario.

A estos efectos argumentó que los jueces tienen el deber moral de seguir sus decisiones¹⁸; y también un deber institucional¹⁹, pudiendo apartarse del criterio de la Corte, pero dando fundamentos de las razones. En algunos casos, la Corte ha hablado del deber de los tribunales inferiores de someterse a sus precedentes dada la autoridad institucional de sus fallos en su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional²⁰.

Pero cabe advertir que ocasionalmente la Corte también ha sido auto contradictoria, cuando ha dicho que "la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio toda sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones"²¹, tesis que obligaría a olvidar la eficacia vinculante de los fallos de la Corte.

Algo similar ocurre, cuando la propia Corte restringe su jurisprudencia obligatoria, al señalar que sus precedentes carecen de fuerza legalmente vinculante para los tribunales locales en materia de derecho público local²².

En definitiva, si bien existe hoy una regla de derecho consuetudinario constitucional elaborada por la propia Corte Suprema que impone a los tribunales

¹⁷ Sentencias interpretativas, manipulativas, exhortativas, escalonadas, etc. (según las distintas clasificaciones de los autores).

¹⁸ Fallos 25:368.

¹⁹ Fallos 212:59.

²⁰ Fallos 315:2386.

²¹ Fallos 131:109, 263:255.

²² Fallos, 304:1459

inferiores a ella el deber jurídico de seguir sus criterios en todo los escenarios (derecho federal, común o local) la misma se encuentra condicionada, ya que el tribunal inferior está habilitado para apartarse de ella siempre que lo haga de modo expreso y dé fundamentos valederos y diferentes a los ya examinados por la Corte, sin perjuicio de señalar que los tribunales inferiores han tenido actitudes disímiles frente a la doctrina de la Corte²³.

V. Diagnóstico Argentino.

Ahora, si bien es cierto que el peculiar *stare decisis* argentino recorta las facultades de juzgamiento de los jueces y el mismo control difuso de constitucionalidad al imponerles límites acerca de cómo deben resolver, la sociedad contemporánea en el marco de una democracia constitucional de alto contenido social como las que impone la mayoría de los ordenamientos actuales, adhiere a la necesidad de preservar el valor de la igualdad²⁴, y los principios de previsibilidad y economía.

En este marco, no podemos dejar de recordar que el proceso de pesificación de la economía argentina devenido luego de las crisis de principios de siglo, dejó al descubierto las inequidades que el sistema de control de constitucionalidad difuso puede generar en una sociedad marcada por la emergencia y la inestabilidad.

Efectivamente, a pesar que toda la sociedad se vio afectada por normas emanadas del poder público en ejercicio de la emergencia, el sistema difuso hizo que

²³ Efectivamente, algunas veces hay actitud de obediencia; en otras ocasiones se pregona una suerte de sometimiento *parcial*: habrá de seguirse a la Corte Suprema en temas de derecho federal, pronunciados en virtud del recurso extraordinario federal, pero no en asuntos de derecho "común" (civil, comercial, penal, laboral), sobre los cuales muchas veces la Corte Suprema se expide en instancia originaria y exclusiva. Estos asuntos, en principio, son de competencia de las jurisdicciones ordinarias provinciales, a tenor del artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional. De cuando en cuando se habla del sometimiento "moral" a las sentencias de la Corte Suprema, pero no "legal" (en los hechos, ello parece entenderse como un seguimiento más tenue y en definitiva no coercitivo). Ciertas sentencias exigen, para obedecer a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ella sea *reiterada*. En una postura igualmente exigente, algunos tribunales demandan que el fallo de la Corte Suprema con efectos expansivos, sea dictado por unanimidad. Si no tiene tal cualidad, disminuye su peso jurídico. A su turno, una colección de fallos se inclina por el no acatamiento a las doctrinas sentadas por la Corte Suprema federal, salvo desde luego que el órgano tribunalicio del caso, voluntariamente, las comparta. Al respecto ver el excelente trabajo de Alberto F. Garay, *El precedente judicial en la Corte Suprema*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2, Nros. 1 y 2, abril de 1997, pp. 51/108.

²⁴ Sobre la relación del principio de igualdad y la jurisprudencia obligatoria ver Bidart Campos Germán J., *La jurisprudencia obligatoria*, La Ley 2001-F 1492 – LLP.

personas que estaban en iguales circunstancias tuvieran tratamientos diferentes, generándose una marcada desigualdad ante la ley²⁵.

Por otra parte, desde la perspectiva del funcionamiento del sistema político, a partir del periodo democrático inaugurado en 1912 con la Ley Sáenz Peña de voto universal y secreto²⁶, el modelo argentino dejó al descubierto la fragilidad del sistema institucional para resistir los embates que, por distintas razones, fue recibiendo el mismo. Los gobiernos democráticos, arribados, con mayor o menor legitimidad a través del voto popular, se alternaron a partir de 1930 con gobiernos militares, llegados al poder por medio de golpes de estado (militares y cívico militares) que muchas veces tuvieron un importante apoyo en distintos sectores de la sociedad argentina, la cual fue configurándose como fuertemente corporativa.

Al fracaso temporal de la de democracia representativa y constitucional que instaló la constitución de 1853-60, producto de los aludidos golpes de estado, se sumó el acoso sustancial a la misma a partir del desarrollo ideológico del nacionalismo²⁷ y de la aparición competitiva en el país de otros modelos, discutiblemente democráticos para quienes identifican la democracia con la poliarquía²⁸, y claramente no constitucionales para quienes consideramos al constitucionalismo como limitación a la aspiración del autogobierno popular basado en los derechos y la división del poder, como la democracia popular, ligada al periodo mundial de crecimiento soviético²⁹, y la

²⁵ Por ejemplo, los depósitos bancarios en dólares que fueron pesificados fueron recuperados por algunas personas en dólares billete, por otras en pesos al valor del dólar libre, por otras al valor de la pesificación (1/1), por otras a una equivalencia intermedia que se llamó “esfuerzo compartido”. Incluso hubo personas que nada recuperaron. Ver nuestra al respecto nuestra crítica en *¿Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad?*, Editorial La Ley, Suplemento especial 70° Aniversario, noviembre de 2005 y *La doctrina plenaria frente a la doctrina de la Corte Suprema*, Editorial La Ley, Doctrina Judicial, año XXIV, N° 22, mayo de 2008.

²⁶ Que se complementaría con la Ley N° 13.010 de voto femenino en 1947.

²⁷ Ver Floria, C. “*Pasiones nacionalistas*”, Fondo de Cultura Económica, 1998; y Perina, E., “*La Argentina acosada. Ideologías vs. Nación*”, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1996.

²⁸ Ver Dahl, R. “*Es Democrática La Constitución de Los Estados Unidos*”, Fondo de Cultura Económica, USA, 2003; “*Entrevista Sobre El Pluralismo*”, Fondo de Cultura Económica USA, 2003; “*Dilemmas of pluralist democracy: autonomy vs. Control*”, New Haven, Yale University Press, reprint 1983.

²⁹ La utilización del vocablo democracia por estos regímenes, como en la República Democrática Alemana, se ha considerado un abuso por parte de quienes identifican la democracia con la poliarquía. Sin embargo, según sus partidarios, estos regímenes serían democráticos en varios sentidos: la pertenencia plena a la comunidad política es universal, no está mediada por criterios censitarios; hay mecanismos orgánicos de participación política, mediados por el partido, y el Estado se define por un programa de políticas públicas: educación y cultura, sanidad, deportes, etc., también orientadas a esa participación universal.

democracia populista, atractivo esquema para una cultura autoritaria como la que ha imperado históricamente en el país³⁰.

Así, la democracia argentina ha enfrentado - en distintas etapas de su historia - adhesiones sociales a dos modelos opuestos: el modelo orgánico, representativo, republicano y constitucional, que pretendiera edificar la constitución originaria o histórica de corte liberal, agiornada al modelo social a partir de 1957 y con mayor intensidad a partir de la reforma de 1994, con la cual comulgan muchos sectores de la sociedad; y el modelo - definido en esta obra como populista - caracterizado por la consolidación hegemónica de un líder político que encarna discursivamente un proyecto nacional y popular, legitimado siempre por la emergencia, cuya aspiración política y social es la conformación y desarrollo de un movimiento que acapare el sentir y el pensamiento general.

Este último modelo democrático, que desdibuja - como lógica consecuencia - la división clásica del poder inclinando la balanza decididamente en cabeza de dicho líder titular del Ejecutivo al que se le reconoce y justifica la iniciativa política y constitucional unilateral, es justificado y aspirado por muchos otros sectores del entramado social, político y académico argentino, y ha ganado terreno a partir de la crisis económico social que viviera el país sobre fines del año 2001 y principios del 2002³¹.

La recuperación de la democracia en 1983 instaló en la comunidad política una vocación constitucional reformista que emergió - como hemos dicho - como reparador mágico de las frustraciones nacionales y disparador de un futuro promisorio. Esta utopía constitucional logró su concreción en el Pacto de Olivos que, si bien concentró un importante consenso representativo, alteró la praxis política de la nación con la

³⁰ Ver García Hamilton, J., *“Los Orígenes de nuestra cultura autoritaria (e improductiva)”*, Calbino, Buenos Aires, 1990.

³¹ Contrariamente a lo que pensamos existe una fuerte corriente doctrinaria que afirma que la democracia liberal reacciona contra la sociedad de masas para conformar una democracia de élites. “A guisa de ejemplo podríamos mencionar que la democracia, en tanto forma de intervención en las decisiones de una sociedad según los principios de la igualdad y la participación, en nuestros países está siendo socavada por tendencias neoconservadoras y neoliberales que no solo equiparan la lucha política por el poder a la lógica económica del mercado y del cálculo individual, sino que han colocado en marcha la política preventiva del gobierno de las élites. Con base en este recurso ideológico en realidad lo que se persigue es la neutralización de la democracia de masas y, por consiguiente, la domesticación de los efectos nocivos provocados por los desbordamientos que se atribuyen al pueblo cuando este funge como protagonista político (los riesgos de la tiranía y el despotismo de las mayorías). De este modo, la observancia de la práctica política, Cfr. Córdoba Gómez, J.A., *“Liberalismo y Democracia en la Perspectiva de Norberto Bobbio”*, Convergencia Revista de Ciencias Sociales Vol. 15, N° 48, Universidad Autónoma del Estado de Méjico, septiembre-diciembre, 2008, pp. 29/49.

introducción de instituciones ajenas al modelo constitucional de 1853-60, y vio frustrada a la aspiración legítima de atemperar el fuerte presidencialismo argentino.

A veinte años de estos sucesos, que por sobre la crítica formulada, parecieron alinear a la república, reiteramos, en la senda del consenso político, nuevamente el país transita por caminos de inestabilidad institucional muy marcados, que quedan en evidencia ante las recurrentes ambiciones reeleccionistas y la ambición de trocar el modelo democrático constitucional por un modelo populista.

Ni aquella Constitución impedía los cambios estructurales propuestos por el ex Presidente Carlos S. Menem, ni la actual podría ser considerada una barrera para el gobierno saliente de la Presidenta Cristina Fernandez de Kirchner, la cual, además, tiene a mano un mecanismo flexible para la incorporación a la Constitución en forma amplia de los derechos más modernos³² y la posibilidad de estructurar un nuevo esquema federal, a partir de la negociación con las provincias de la ley de coparticipación federal adeudada hace casi dos décadas.

Hoy el presidencialismo, lejos de atenuarse, ha consolidado la figura y las facultades del líder; el federalismo se reduce a un dilema del prisionero para la mayoría de los gobernadores que se ven obligados a alinearse con el Ejecutivo Nacional para posibilitar su subsistencia política y la económica de las provincias; el Jefe de Gabinete de Ministros, desafía al Congreso en forma intermitente con sus inasistencias inconstitucionales³³ y no ha sido nunca el fusible institucional que imaginaron los reformistas de 1994³⁴.

La independencia judicial – otrora bandera del Consejo de la Magistratura introducido por la reforma – cada vez mas cercada por la política; la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires vaciada de contenido la sufren a diario sus habitantes; la jerarquía constitucional y la finalidad del Ministerio Público, bajo la dependencia estricta del Ejecutivo; los órganos de control totalmente desarticulados; y la participación ciudadana orgánica prevista en la constitución, ha sido avasallada por la militancia política partidaria que se financia con fondos públicos.

³² Artículo 75 inciso 22 CN.

³³ Artículo 101 de la Constitución Nacional.

³⁴ Muy por el contrario, la figura podría ser desnaturalizada para intentar superar una posible imposibilidad de reforma constitucional que permita la reelección vedada de la Presidente. Ver un interesante artículo de Luis Gregorich, “*Alternativas para la eternización Populista*”, diario “La Nación”, 06/02/13.

VI. Conclusión. Una propuesta institucional para el sistema Argentino.

Frente a este diagnóstico institucional, creemos que se requieren modificaciones constitucionales y legales para equilibrar el sistema político argentino, claramente personalista y políticamente hegemónico, y que algunas de ellas deberían canalizarse a través de modificaciones en el sistema de control de constitucionalidad, a efectos de perseguir el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público respecto de los poderes políticos del gobierno y acrecentar la función institucional del Poder Judicial como “*contramayoría*”³⁵.

Las inestables circunstancias descritas nos motivan a proponer, como modificación legal³⁶, la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia para los tribunales inferiores, nacionales o provinciales, en temas de derecho federal y de derecho común, dejando solo excluidos los temas de derecho exclusivamente local.

Si apartarse de la doctrina del último intérprete constitucional del sistema constituye siempre “caso constitucional”³⁷, por sobre la característica que la norma interpretada sea de derecho federal o común, cuando el Alto Tribunal interpreta derecho lo hace en una “*función constitucional*” o en ocasión de un “*caso constitucional*”, por lo cual la doctrina que sienta debería ser siempre obligatoria para los tribunales inferiores, por ser el último intérprete de la Constitución.

Por consiguiente, nuestra propuesta consiste en otorgar obligatoriedad a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se expide en casos de derecho federal o común, en ocasión de haber activado su competencia por la vía extraordinaria (artículos 14 y 15 ley 48) u ordinaria.

No descartamos la posibilidad alternativa que la reforma legal que se propone pueda dejar en manos de la Corte Suprema la facultad discrecional de decidir en qué casos y supuestos su doctrina resultaría obligatoria para los tribunales inferiores, pero este poder y sus efectos no surgirían solamente del carácter moral o la jerarquía institucional del Alto Tribunal, sino también de la fuerza legal de la norma.

³⁵ Pueden verse otras propuestas en nuestra reciente obra *Democracia y Minoría Política*, editorial Astrea, junio de 2014.

³⁶ Recordemos que el legislador alguna vez dispuso que los jueces inferiores debían seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema en asuntos análogos (así lo hizo el artículo 19 de la Ley 24.463, en materia previsional, aunque tal precepto se encuentra hoy derogado por la Ley 26.025).

³⁷ CSJN, Fallos: 304:494; 307:483 y 2124; 308:215; 310:1769; 312:2187, entre otros.

Palabras clave: Doctrina Constitucional, Modelo Anglosajón, Modelo Continental, Sistema Argentino.

Key Words: Constitutional Doctrine, Anglo-Saxon Model, Continental Model, Argentinian System