

## PRECEDENTE: ESTABILIDAD VS. CAMBIO\*

*FLORENCIA RATTI MENDAÑA\*\**

**Resumen.** La Corte Suprema argentina también ha desarrollado en su jurisprudencia una doctrina, en virtud de la cual ha identificado ciertos factores que justificarían el cambio de precedente. Curiosamente, tal desarrollo evidencia una fuerte influencia del *stare decisis* estadounidense, tanto en las citas efectuadas como en la retórica y en la argumentación utilizadas<sup>1</sup>. Sin embargo, no se replican en Argentina, como en el país del norte, los estudios sobre el tópico: si bien hay enjundiosas pesquisas sobre el precedente judicial (algunas de las cuales abarcan la temática del cambio de precedentes en la Corte)<sup>2</sup>, no existen análisis exhaustivos –mucho menos estadísticos o historiográficos– sobre las alteraciones de la doctrina de la Corte argentina.

**Palabras clave:** Corte Suprema, precedente judicial, cambio, análisis.

\* Recepción: 8/5/2022; evaluación: 20/5/2022; aceptación: 1/7/2022.

\*\* Doctora en Ciencias Jurídicas, becaria doctoral y posdoctoral del Conicet, directora del proyecto “La sentencia como precedente: metodología y aplicación práctica”, docente de posgrado en Argentina, Chile y México. Correo electrónico: florenciaratti@uca.edu.ar.

<sup>1</sup> Tan profunda es la influencia del *stare decisis* estadounidense en Argentina, que se ha calificado a nuestro ordenamiento jurídico como “un país de *civil law* con un toque de *common law*”. LEGARRE - 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*, “Tulane Law Review”, n° 95, p. 445 a 486.

<sup>2</sup> GARAY, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*; LEGARRE, *La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis*, JA, 2013-II-3 a 12; SAGÜÉS, *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*, “Estudios Constitucionales”, año 4, 2006, p. 17 a 32.

### ***PRECEDENT: STABILITY VS. CHANGE***

**Abstract.** The Argentine Supreme Court has also developed a doctrine in its jurisprudence, by virtue of which it has identified certain factors that would justify the change of precedent. Curiously, such a development shows a strong influence of the American *stare decisis*, both in the quotes made and in the rhetoric and argumentation used. However, studies on the topic are not replicated in Argentina, as in the northern country: although there are substantial investigations on judicial precedent (some of which cover the issue of changing precedents in the Court), there are no exhaustive analyzes –much less statistical or historiographical– on the alterations in the doctrine of the Argentine Court.

**Keywords:** Supreme Court, judicial precedent, change, análisis.

### ***PRECEDENTE: ESTABILIDADE VS. MUDAR***

**Resumo.** A Suprema Corte Argentina também desenvolveu uma doutrina em sua jurisprudência, em virtude da qual identificou alguns fatores que justificariam a mudança de precedente. Curiosamente, tal desenvolvimento mostra uma forte influência do *stare decisis* americano, tanto nas citações feitas como na retórica e argumentação utilizadas. No entanto, os estudos sobre o tema não são replicados na Argentina, como no norte do país: embora existam investigações substanciais sobre precedentes judiciais (algumas das quais cobrem a questão da mudança de precedentes no Tribunal), não há análises exaustivas –e muito menos estatísticas ou historiográfico– sobre as alterações da doutrina da Corte Argentina.

**Palavras chave:** Suprema Corte, precedente judicial, mudar, análise.

## **A) INTRODUCCIÓN**

“Si la primera regla del precedente es que las decisiones pasadas merecen respeto, la segunda es que ninguna decisión es intocable”, afirma RANDY KOZEL, en su reciente libro sobre el cambio de prece-

dente en los Estados Unidos de América<sup>3</sup>. Allí, desde hace décadas, se examina cuándo la Suprema Corte puede despojarse de un precedente, abandonarlo, derogarlo<sup>4</sup>, a través de la técnica específica denominada *overruling*<sup>5</sup>. Es que rige en Estados Unidos de América –como en todos los países de la tradición jurídica del *common law*– el principio del *stare decisis* (tomado de la máxima latina, *stare decisis et non quieta movere*<sup>6</sup>), que compele a los tribunales a “estar a lo decidido, atenerse a lo ya resuelto”. Aun así, cuándo pueden los jueces derogar un precedente sigue siendo una cuestión debatida. Cuestión que, además, ha cobrado gran relevancia, a partir del dictado del fallo “Dobbs”<sup>7</sup> (por medio del cual se derogaron los precedentes “Roe v. Wade”<sup>8</sup> y “Planned Parenthood v. Casey”)<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. KOZEL, *Settled versus right*, p. 60. La traducción, salvo indicación en contrario, nos pertenece.

<sup>4</sup> Siempre es conveniente aclarar que, ante la falta de una traducción literal de *overruling*, el concepto de derogación o abandono parece ser el más adecuado para evidenciar que el precedente deja de ser parte del derecho y ya no será aplicable a casos futuros. En cambio, expresiones como “dejar sin efecto”, “anular” o “revocar” desdibujan el hecho de que la sentencia que actúa como precedente sigue teniendo efectos para el caso concreto que resolvió, pero ya no los tendrá para casos subsiguientes, relevantemente similares.

<sup>5</sup> Entre otros, vale la pena mencionar los siguientes estudios: BLAUSTEIN - FIELD, *Overruling opinions in the Supreme Court*, “Michigan Law Review”, nº 57, 1958, p. 184 a 193; MONAGHAN, *Stare decisis and constitutional adjudication*, “Columbia Law Review”, nº 88, 1988, p. 723 a 773; GERHARDT, *The role of precedent in constitutional decision-making and theory*, “George Washington Law Review”, nº 60, vol. 1, 1991, p. 68 a 150; JACOBS, *God save this postmodern Court: the death of necessity and the transformation of the Supreme Court’s overruling rethoric*, “University of Cincinnati Law Review”, nº 63, 1995, p. 1119 a 1178; BRENNER - SPAETH, *Stare decisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*; STARGER, “*The dialectic of stare decisis doctrine*”, en PETERS (ed.), *Precedent on the US Supreme Court*, p. 19 a 45.

<sup>6</sup> “To stand by things decided, and not to disturb settled points. The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation”. GARNER, *et al.*, *Black’s law dictionary*, St. Paul, Minn., West Group, 1999.

<sup>7</sup> *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., “Petitioners v. Jackson Women’s Health Organization, et al.”*, 597 US (2022) (slip. op.).

<sup>8</sup> “*Roe v. Wade*”, 410 US 113 (1973).

<sup>9</sup> “*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*”, 505 US 833, 864 (1992). En dicha oportunidad, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América dedicó buena parte de la sentencia a analizar si los factores tradicio-

La Corte Suprema argentina también ha desarrollado en su jurisprudencia una doctrina, en virtud de la cual ha identificado ciertos factores que justificarían el cambio de precedente. Curiosamente, tal desarrollo evidencia una fuerte influencia del *stare decisis* estadounidense, tanto en las citas efectuadas como en la retórica y en la argumentación utilizadas<sup>10</sup>. Sin embargo, no se replican en Argentina, como en el país del norte, los estudios sobre el tópico: si bien hay enjundiosas pesquisas sobre el precedente judicial (algunas de las cuales abarcan la temática del cambio de precedentes en la Corte)<sup>11</sup>, no existen análisis exhaustivos –mucho menos estadísticos o historiográficos– sobre las alteraciones de la doctrina de la Corte argentina. Este tipo de investigaciones, es cierto, se ve desfavorecida por la habitual práctica del tribunal de abandonar un criterio sin siquiera explicitarlo o justificarlo: ello sin duda obstaculiza el hallazgo y la clasificación de sentencias por las que se deroga un precedente.

En tal estado de situación, parece necesario un esfuerzo académico por descubrir cuándo la Corte Suprema argentina “*podría*” abandonar un precedente judicial, cuándo “*debería*” hacerlo, y cuándo no se dan las circunstancias que ameriten tal abandono. Esto se llevará a cabo en este trabajo a través del análisis de los precedentes relevantes del tribunal argentino y de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, a la luz de los principios que la tradición del realismo clásico y la teoría de la decisión pueden aportar a la tensión entre estabilidad y cambio del derecho.

En primer lugar, entonces, se identificarán cuatro principios que deben guiar a los jueces a la hora de enfrentarse a un posible cambio de criterio: 1) el cambio debe ser la excepción; 2) el cambio exige una carga argumentativa especial; 3) la justificación especial no consiste

---

nales de *stare decisis* (que surgen de su propia jurisprudencia) exigían derogar o mantener aquellos precedentes. “*Dobbs*”, además de su importancia a nivel global en materia de aborto, constituye un verdadero hito en materia de *stare decisis*.

<sup>10</sup> Tan profunda es la influencia del *stare decisis* estadounidense en Argentina, que se ha calificado a nuestro ordenamiento jurídico como “un país de *civil law* con un toque de *common law*”. LEGARRE - 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*, “*Tulane Law Review*”, n° 95, p. 445 a 486.

<sup>11</sup> GARAY, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*; LEGARRE, *La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis*, JA, 2013-II-3 a 12; SAGÜÉS, *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*, “*Estudios Constitucionales*”, año 4, 2006, p. 17 a 32.

únicamente en mostrar que el nuevo criterio es mejor sino, especialmente, en fundamentar la necesidad de introducir un cambio; 4) tal necesidad debe ser analizada prudencialmente, caso por caso. En segundo lugar, se examinarán algunos factores que los tribunales mencionados han identificado como criterios justificatorios del cambio de precedente y que, sin embargo, no dejan de ser problemáticos en su armonización con los principios enunciados. Especialmente, se discurrirá: 1) sobre el carácter erróneo del precedente (y sobre las soluciones que la tradición clásica puede proponer al intrincado debate que ha provocado este tema en la arena estadounidense); 2) sobre la influencia del derecho internacional de los derechos humanos (DIDDHH) (en casos paradigmáticos en los que la Corte argentina abandonó precedentes), y 3) sobre el cambio de composición del tribunal como factor —explícito o implícito— de derogación de un precedente (elemento que ha aparecido y ha suscitado controversia tanto aquí como allá). Finalmente, se expondrán otros factores tradicionales del *stare decisis* de los Estados Unidos de América, que se articulan junto a aquellos tres en la concreción del abandono de un precedente. Cabe destacar que los principios referidos, y algunos de estos factores de cambio, han sido enunciados en otros estudios<sup>12</sup>. No obstante, aquí se desarrollará su fundamento desde la tradición clásica y la teoría de la argumentación y se discurrirá, con mayor profundidad, sobre los debates que han ocasionado tanto en Argentina como en los Estados Unidos de América.

El objeto de análisis se limita al precedente horizontal o auto-precedente: es decir, a la posible derogación de un precedente de la Corte Suprema por parte de la propia Corte. Se deja de lado, de ese modo, el precedente vertical (el seguimiento de los precedentes de la Corte por parte de los tribunales inferiores)<sup>13</sup>. No obstante, al menos en nuestro sistema, en virtud de que la Corte permite el apartamiento de su precedente por parte de los tribunales inferiores en ciertas circunstancias<sup>14</sup>, muchos de los principios sentados aquí sobre

<sup>12</sup> Cfr. RATTI, *El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, “Revista Jurídica Austral”, nº 1, vol. 2, p. 616 a 620.

<sup>13</sup> Sobre la distinción entre precedente horizontal y vertical, conviene remitir a LEGARRE - RIVERA (H.), *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 1, nº 33, p. 109 a 124.

<sup>14</sup> Desde CSJN, 1985, “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094, receptando la doctrina de algunos fallos anteriores, la Corte afirma que los tribunales inferiores deben seguir su precedente a menos que proporcionen nuevos argumentos, lo que LEGARRE ha dado en llamar “obligatoriedad atenuada” (*Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*).

el cambio de criterio en la Corte podrán irradiar sus efectos al precedente vertical.

La referencia al escenario jurídico de los Estados Unidos de América para problematizar la teoría y la práctica del cambio de precedente en la Corte Suprema argentina se encuentra doblemente justificada, sobre la base de lo explicitado hasta aquí. Por un lado, el debate filosófico y jurisprudencial respecto de este tópico ha recorrido allí mucho más camino. Por el otro, es la propia Corte argentina la que, a la hora de referirse al tema, trae a colación a su par estadounidense o a la doctrina que allí se ha desarrollado.

## **B) PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN GUIAR EL ABANDONO DEL PRECEDENTE**

### § 1. *EL CAMBIO COMO EXCEPCIÓN: SUS EFECTOS NOCIVOS*

La dicotomía entre el *stare decisis* –en el sentido de “respeto por lo ya resuelto”– y la derogación del precedente lleva ínsita otras tensiones que son, en su mayoría, de imposible resolución en abstracto: se trata del equilibrio entre la estabilidad y la adaptación a las circunstancias cambiantes, entre igualdad formal y justicia material o entre seguridad jurídica y reparación de los errores. En definitiva, se trata del equilibrio adecuado entre estabilidad y cambio, ambas cualidades que son, en su justa medida, indispensables para cualquier sistema jurídico.

La Suprema Corte de Estados Unidos de América afirmó que el “*stare decisis* es el curso de acción preferido, en tanto promueve el desarrollo imparcial, predecible y consistente de los principios de derecho, fomenta la confianza en las decisiones judiciales y contribuye a la actual y valiosa integridad del proceso judicial”<sup>15</sup>. La Corte Suprema argentina parece adscribir a esta postura cada vez que afirma que los precedentes deben ser considerados y seguidos (principio general), a menos que existan causas graves que hagan ineludible el cambio (excepción). Expresamente, en “Schiffirin”, sostuvo: “el precedente de

<sup>15</sup> “*Payne v. Tennessee*”, 501 US 808, 827 (1991): “*stare decisis* is the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process”.

la Corte Suprema tiene un valor que obliga a ser seguido y respetado, salvo que exista una *situación de excepción* que exija una argumentación suficiente”<sup>16</sup>.

La existencia de cambios frecuentes resulta nociva para la sociedad política: como afirmaba ARISTÓTELES –en referencia al cambio normativo, pero aplicable al cambio jurisprudencial–, el cambio incentiva la desobediencia y daña el hábito creado por la antigua norma, que solo se alcanza con el paso del tiempo<sup>17</sup>. TOMÁS de AQUINO continuó esta idea. Sostuvo al respecto: “Se modifica rectamente la ley solo cuando, mediante su mutación, se contribuye al bien común. Pero el mero cambio de una ley es ya en sí mismo un perjuicio para el bien común, porque la costumbre ayuda mucho al cumplimiento de las leyes [...] De ahí que no deba modificarse la ley humana sino cuando se favorezca el bien común por una parte lo que por otra se le perjudica. Esto acontece siempre que del nuevo decreto se saca un provecho muy grande y notorio o en caso de extrema necesidad, cuando la ley vigente por largo tiempo entraña una injusticia manifiesta y su cumplimiento es sumamente nocivo”<sup>18</sup>.

La deferencia hacia el precedente como principio general asume que el cambio tiene costos y que esos costos deben cotejarse y asumirse únicamente en casos excepcionales. La estabilidad o seguridad jurídica aparece así como un elemento del bien común<sup>19</sup>; una cualidad que permite a los integrantes del orden jurídico desenvolverse con tranquilidad, conocer las reglas de antemano y no verse perjudicados por intempestivos cambios de criterio<sup>20</sup>. Con un razonamiento similar, CUETO RÚA destacaba que “es preferible que exista un criterio

<sup>16</sup> CSJN, 28/3/2017, “Schiffirin, Leopoldo H. c/Poder Ejecutivo nacional s/acción meramente declarativa”; *Fallos*, 340:257, consid. 7°.

<sup>17</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, libro II, 1269a-22.

<sup>18</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 97, a. 2.

<sup>19</sup> Existen muchas otras razones en contra del cambio, aunque aquí se ponga el foco en la seguridad jurídica como elemento del bien común. Pero vale la pena mencionar, entre otras, la igualdad jurídica (la necesidad de que no se aplique la norma, en casos similares, de modo distinto), la confianza en la judicatura, la legitimidad del Poder Judicial, economía procesal o eficiencia judicial, entre otros.

<sup>20</sup> MONTEJANO trae a colación el dicho de GOETHE, también recogido por LEGAZ LACAMBRA: “prefiero la injusticia al desorden”, y explica que esto debe entenderse en el sentido de que no hay justicia posible en una sociedad que no reposa en el orden, en la tranquilidad, en la seguridad [*Los fines del derecho*, p. 50. La seguridad, para este autor, es un presupuesto de la justicia (p. 63), una exigencia del derecho natural (p. 65)].

definido, aunque criticable, a que no exista criterio alguno. Los miembros de la comunidad buscan certeza, seguridad. La incertidumbre paraliza y fomenta la anarquía<sup>21</sup>.

También suele desalentarse el cambio de criterio sentado en precedentes judiciales con un argumento democrático. Esta posición asume que, cuando el cambio sea necesario en una democracia, no es la interpretación jurisprudencial, sino la ley –norma escrita emanada del poder representativo– la que debe producir tal innovación<sup>22</sup>, es decir, la modificación de la regla del juego<sup>23</sup>. En la Corte Suprema argentina, su actual vicepresidente, CARLOS ROSENKRANTZ, se ha inclinado en este sentido al afirmar, sobre su rol en dicho tribunal, que es el tipo de juez que cree que debe juzgar a la luz del derecho y de las tradiciones de interpretación y que “la responsabilidad de cambiar el estado de cosas es de los órganos representativos de la voluntad popular”<sup>24</sup>. En esta misma línea, desde otro ángulo, se afirma que la teoría del precedente tiende a fortalecer las instituciones políticas, pues obliga a la ciudadanía a acudir a ellas en busca del cambio, en lugar de golpear la puerta de los tribunales<sup>25</sup>.

En la búsqueda de la verdad probable que impera en el derecho, respetar el precedente significa valerse de la experiencia. En este caso, de la experiencia de otros magistrados. Por lo que considerar

<sup>21</sup> CUETO RÚA, *Fuentes del derecho*, p. 145.

<sup>22</sup> MERRIL, *Originality, stare decisis and the promotion of judicial restraint*, “Constitutional Commentary”, n° 22, 2005, p. 275. Coincidentemente, KOZEL, *Settled versus right*, p. 18: “el cambio en el derecho debe ocurrir no a través de los tribunales, sino de otros canales: canales tales como la sanción de leyes federales y estatales para proteger derechos fundamentales o la propuesta de enmiendas constitucionales de consideración y debate nacional. Cuando el proceso político no puede o no quiere actuar, el derecho permanece intacto, incluso ante el costo de soportar un error del pasado”.

<sup>23</sup> Cfr. ALVIM WAMBIER, *La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el Estado de derecho. Civil law y common law*, “Themis”, n° 58, p. 80. La actual jueza de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, AMY C. BARRETT, receptó este argumento y puso de manifiesto que fue apoyado por el juez BLACK de la Suprema Corte y por el académico LAWRENCE MARSHALL; cfr. BARRETT, *Statutory stare decisis in the Courts of appeals*, “George Washington Law Review”, n° 73, 2004-2005, p. 319, 325 y siguientes.

<sup>24</sup> ROSENKRANTZ, *El tema del impuesto a las ganancias no es la consagración de un privilegio*, [www.lanacion.com.ar/2190572-carlos-rosenkrantz-el-tema-del-impuesto-a-las-ganancias-no-es-la-consagracion](http://www.lanacion.com.ar/2190572-carlos-rosenkrantz-el-tema-del-impuesto-a-las-ganancias-no-es-la-consagracion), (consultado el 18/8/2022).

<sup>25</sup> MERRIL, *Originality, stare decisis and the promotion of judicial restraint*, “Constitutional Commentary”, n° 22, 2005, p. 273 y p. 275, nota al pie n° 15.

esa experiencia es parte de la prudencia jurídica y dejarla de lado requiere una razón de primer orden. En este sentido, MASSINI ha sostenido que “el recurso a la jurisprudencia permite un diálogo intemporal entre todos aquellos que tuvieron entre sus manos la responsabilidad de decidir situaciones semejantes. La riqueza y virtualidades de este diálogo son enormes, ya que a raíz de la variabilidad y contingencia de las cosas humanas, el único modo de lograr cierta seguridad en los juicios consiste en el recurso al pasado, extrayendo pautas y parámetros de decisión de la experiencia que solo él puede darnos”<sup>26</sup>.

A partir de lo dicho, parece adecuado afirmar que, como principio general, debe haber una presunción en contra del cambio de criterio: el curso preferido de acción es el mantenimiento del precedente y el respeto por lo ya decidido en casos relevantemente similares<sup>27</sup>. El apartamiento de los precedentes es, entonces, una suerte de *ultima ratio*<sup>28</sup>: una excepción habilitada únicamente frente a determinados factores o circunstancias, que deben ser delineados con la mayor objetividad posible –para evitar que las meras preferencias personales de los jueces se cuelen en favor del cambio– y minuciosamente evaluados en el caso concreto.

Cuándo se produce esa excepción, cuándo es necesario asumir los costos que *per se* origina el cambio es, quizá, el aspecto más problemático de la doctrina del precedente. En la segunda parte de este trabajo se intentará dar algunas respuestas a este asunto.

## § 2. **LA CARGA ARGUMENTATIVA DEL CAMBIO**

Tal como se mencionó en el acápite anterior, la Corte Suprema argentina ha exigido “una argumentación suficiente”<sup>29</sup> para dar lugar

<sup>26</sup> MASSINI, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, p. 60. Coincidentemente, KOZEL, *Settled versus right*, p. 38, se refiere al razonamiento judicial como una empresa colectiva en la que la experiencia de otros jueces puede mejorar la toma de decisiones.

<sup>27</sup> No viene al caso extenderse sobre este punto aquí, pero sí aclarar que, si hubiera una diferencia relevante, el precedente sería inaplicable o susceptible de ser distinguido (*distinguished*).

<sup>28</sup> Cfr. SODERO, *Sobre el cambio de los precedentes*, “Isonomía”, n° 21, p. 230. En igual sentido, TARUFFO, “Dimensiones del precedente”, en *Cinco lecciones mexicanas*, p. 197 y 198.

<sup>29</sup> CSJN, 28/3/2017, “Schiffrin, Leopoldo H. c/Poder Ejecutivo nacional s/acción meramente declarativa”, *Fallos*, 340:257, consid. 7°.

al abandono de un precedente. Aún más, en “Arte Radiotelevisivo” se ha referido a una “carga argumentativa calificada”, según la cual “quien pretenda del tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata deberá exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable”<sup>30</sup>. Esto, con una curiosidad: la Corte entendió que esa carga se profun diza cuando la parte que solicita el cambio de criterio también ha intervenido en el caso en el que se hubiera dictado el precedente.

Desde la teoría de la decisión, el abandono de los precedentes sin una justificación expresa resulta inadmisibles<sup>31</sup>, por cuanto lesiona la coherencia del tribunal y la obligación de los jueces de fundar sus decisiones, a la vez que menoscaba la certeza en el derecho. Fundar el apartamiento de un precedente viene exigido por el principio de inercia, por el cual resulta irrazonable abandonar una concepción ya aceptada sin fundamento<sup>32</sup>.

El cambio de jurisprudencia requiere, entonces, una mayor fundamentación<sup>33</sup>, una justificación especial<sup>34</sup>, el desarrollo de razones suficientes<sup>35</sup>. En principio es quien promueve el cambio quien tiene,

<sup>30</sup> CSJN, 11/2/2014, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/EN-JGM s/amparo ley 16.986”, *Fallos*, 337:47, consid. 7°.

<sup>31</sup> Cfr. SODERO, *Sobre el cambio de los precedentes*, “Isonomía”, n° 21, p. 229.

<sup>32</sup> Desde la teoría de la argumentación, ALEXY postula que “ningún hablante puede contradecirse” y que quien pretende tratar a *A* de modo diverso que a *B* está obligado a fundamentarlo. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 185 y 191. SPOTA se ha referido a esto como el “principio de la lógica de los antecedentes” (*Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, p. 69 a 75, y *El principio de la supremacía de la Constitución y los medios establecidos para garantizarla en la Argentina, en el ámbito del Poder Judicial federal*, LL, 1993-C-766).

<sup>33</sup> SAGÜES, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, t. 1, p. 204 y 205.

<sup>34</sup> Cfr. “Dickerson v. United States”, 530 US 428, 443-44 (2000); “Lawrence v. Texas”, 539 US 558, 577-78 (2003); “Arizona v. Gant”, 556 US 332, 348-51 (2009).

<sup>35</sup> Aunque la expresión fue criticada por su amplitud: “La noción de ‘razón suficiente’, sin embargo, puede abarcar cualquier tipo de situación y, por eso mismo, no es digna de confianza. Solo se puede superar esta desconfianza aclarando cuáles son razones suficientes para excepcionar el estándar y por qué lo son”. Cfr. MENDONÇA, *Igualdad en la aplicación de la ley*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, año 5, n° 1, p. 325.

sobre sí, tal carga argumentativa<sup>36</sup>. Esta carga aplica tanto para la parte que pretende estimular, en el tribunal, la reconsideración de su criterio<sup>37</sup>, como para el propio tribunal, cuando finalmente elige el camino del cambio<sup>38</sup>.

### § 3. **LA JUSTIFICACIÓN ESPECIAL**

El presupuesto básico de cualquier decisión judicial que pretende derogar un precedente conlleva reconocer explícitamente esa derogación. Es en vano teorizar sobre la fundamentación que debe ofrecer el tribunal si antes este no se ha tomado el trabajo de encontrar el precedente aplicable, invocarlo y, entonces sí, justificar por qué el criterio que allí se asienta debe ser abandonado<sup>39</sup>.

En otras palabras, la justificación exige “*hacerse cargo*” del precedente. El primer paso, por ende, es reconocer su existencia. No basta con ignorarlo y desarrollar el plexo argumentativo en favor del nuevo criterio como si se tratara de una cuestión en la que no existe un precedente. Los jueces que se encuentran con la existencia de un precedente no tienen la libertad de evaluar el caso como si lo estuviera decidiendo por primera vez. No pueden sencillamente elegir el criterio que consideran correcto o más conveniente. Pueden existir múltiples y válidas razones para adoptar una cierta solución, pero si existe ya un precedente que adopta otra, tales razones no son suficientes: es necesario que existan razones adicionales que demuestren que es preciso dejar de lado la solución anterior.

Una vez que se ha invocado el precedente y se lo reconoce como integrante del marco de la decisión, el segundo paso consiste en dialogar con él y explicitar el cambio que se está proponiendo. Es decir que no alcanza con remitir a las disidencias contenidas en el pre-

<sup>36</sup> Cfr. AHARON, *Judicial discretion*, p. 241.

<sup>37</sup> Así lo dijo la Corte en CSJN, 11/2/2014, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/EN - JGM s/amparo ley 16.986”, *Fallos*, 337:47, consid. 7°.

<sup>38</sup> Así se reconoció en CSJN, 28/3/2017, “Schiffrin, Leopoldo H. c/Poder Ejecutivo nacional s/acción meramente declarativa”, *Fallos*, 340:257.

<sup>39</sup> Esto sucede, por ejemplo, en CSJN, 13/3/2012, “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, *Fallos*, 335:197, donde ni siquiera se mencionan los precedentes en los que la Corte había reconocido el derecho a la vida de la persona por nacer, sobre la base de la interpretación constitucional y convencional. Se volverá sobre esto más adelante.

cedente<sup>40</sup> o hacer una mención meramente retórica de su existencia, para luego continuar con el libre criterio del juzgador. Es imprescindible que el tribunal dialogue con la decisión anterior, muestre sus falencias, analice sus argumentos y, si corresponde, los refute.

La fundamentación supone no solo una enunciación de las bondades del nuevo criterio, sino la evidencia de que es necesario derogar el criterio anterior<sup>41</sup>. El tercer paso es, entonces, mostrar por qué el cambio es necesario. Los integrantes del tribunal deben ellos mismos encontrar los motivos por los cuales hacer caer la presunción de que las cosas deben mantenerse como están y para eso, en primer lugar, es preciso que los busquen y, luego, que los pongan de manifiesto en la sentencia. Si no los encuentran o, peor aun, si ni siquiera los buscan (ignoran el precedente, a sabiendas o en virtud de un uso descuidado de la jurisprudencia) o si simplemente se limitan a manifestar por qué el criterio que ellos proponen es mejor, esa alteración del precedente está injustificada. En definitiva, pesa sobre el tribunal que abandona un precedente una carga: está obligado a llevar adelante un esfuerzo argumentativo para demostrar que se está ante un caso de excepción, que es necesario alterar el *statu quo*, convencer a los justiciables –y a toda la sociedad– de que la situación que impera, por algún motivo, no puede persistir. Para esto se han identificado factores que sopesar a la hora de decidir si un precedente debe ser mantenido o derogado.

Finalmente, es útil que el tribunal visualice –y explicité– la capacidad de universalización de la nueva solución y de su adopción como pauta para resolver las situaciones concretas que pudieran darse en el futuro<sup>42</sup>. Esto último comprende la consideración de que la nueva solución propuesta es la que mejor se adecúa al bien común como

<sup>40</sup> Esto es moneda corriente en nuestra Corte Suprema: sucede en CSJN, 22/6/1987, "Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo nacional-Camps, Ramón y otros", *Fallos*, 310:1162; íd., 26/3/2019, "Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/inc. de verificación", *Fallos* 342:459; íd., 20/4/2010, "Baldivieso César A. s/causa n° 4733", *Fallos*, 333:405; íd., 28/7/2005, "Sánchez, María del C. c/ANSeS s/ajustes varios", *Fallos*: 328:2833. Estos casos serán oportunamente examinados en la segunda parte de este trabajo.

<sup>41</sup> GASCÓN, *Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent*, "Archive für Rechts-und Sozial Philosophie", n° 133, p. 41 y 42.

<sup>42</sup> MARINONI, "El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del civil law: la contribución de Taruffo", en FERRER BELTRÁN - VÁZQUEZ (eds.), *Debatando con Taruffo*, p. 133 a 156.

fin del derecho. El tribunal está creando un nuevo precedente que, potencialmente, regirá en un universo de casos. La experiencia de vigencia del precedente pasado puede brindarle un panorama de la casuística configurada y ayudarlo a encontrar una mejor respuesta para los casos que vendrán<sup>43</sup>.

No siempre la Corte argentina ha cumplido con estos parámetros. El caso paradigmático de la invocación retórica del precedente es “Vizzoti”<sup>44</sup>, donde se abandonó el criterio sentado en “Villarreal”<sup>45</sup> y “Mareco”<sup>46</sup>, sobre la constitucionalidad del límite a la base salarial previsto en la ley de contrato de trabajo para calcular la indemnización por despido sin justa causa. Solo se mencionaron aquellos precedentes en el primer considerando, al relatar que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había fundado su decisión justamente en ellos. Luego no volverán a aparecer en toda la sentencia.

Algo similar sucedió en “Alitt”<sup>47</sup>, que modificó la interpretación del art. 33 del Cód. Civil adoptada en “Comunidad Homosexual Argentina (CHA)”<sup>48</sup> y dispuso reconocer la personería jurídica a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual. La Corte reconoció explícitamente que, con esa decisión, estaba abandonando el criterio sentado en el precedente “CHA”, pero no desarrolló un diálogo con la argumentación de ese precedente, tendiente a desacreditarla ni a mostrar lo ineludible del cambio. Simplemente se enumeraron los fundamentos del tribunal en favor del reconocimiento de la personería jurídica. Si bien una cuestión está directamente relacionada con la otra, puesto que los argumentos en un sentido debilitan, en cierto modo, los argumentos en sentido contrario, no hay una consideración seria del precedente. Para peor, en este último caso,

<sup>43</sup> Vuelve a aparecer aquí la idea de que los jueces anteriores son interlocutores del juez actual, quien debe aprovechar su experiencia para acercarse lo mejor posible a la verdad probable propia de lo jurídico.

<sup>44</sup> CSJN, 14/9/2004, “Vizzoti Carlos c/AMSA SA s/antigüedad art. 245 de la LCT modif. art. 153”, *Fallos*, 327:3677.

<sup>45</sup> CSJN, 10/12/1997, “Villarreal, Adolfo c/Roemmers s/cobro de salarios”, *Fallos*, 320:2665.

<sup>46</sup> CSJN, “Mareco, Juana Yolanda c/Textil Formosa E. P.”, *Fallos*, 306:1094.

<sup>47</sup> CSJN, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c/Inspección General de Justicia y otro s/recurso contencioso administrativo”, *Fallos*, 329:5266.

<sup>48</sup> CSJN, 22/11/1991, “Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia s/personas jurídicas”, *Fallos*, 314:1531.

citaron únicamente la disidencia del precedente que estaban abandonando, en respaldo del nuevo criterio (consids. 7° y 8° del voto de la mayoría y consid. 9° del voto concurrente de FAYT).

En “Baldivieso”<sup>49</sup> se derogó el precedente “Zambrana Daza”<sup>50</sup>: ni en el voto mayoritario (de los jueces LORENZETTI, FAYT, MAQUEDA y ZAFFARONI) ni en el voto concurrente (de PETRACCHI y HIGHTON DE NOLASCO) se justificó el abandono del precedente que necesariamente tiene lugar a partir de la solución del caso que proponían. A pesar de que, como surge del relato de los antecedentes de la causa, tanto la defensa como los tribunales inferiores habían esbozado una distinción entre ambos casos, el tribunal no se hizo cargo de apoyarla o rebatirla ni de fundar por qué se dejaba de lado la interpretación formulada en ese precedente. Únicamente la jueza ARGIBAY se hizo cargo de la existencia de ese precedente y justificó por qué, a su parecer, debía permanecer el criterio allí sentado (más allá de que por otras razones igualmente votó por declarar la nulidad de lo actuado en ese expediente).

#### § 4. *EL ANÁLISIS CIRCUNSTANCIADO DEL CAMBIO: CASO POR CASO*

No existe una causal justificatoria del cambio de precedente en abstracto, cuya mera invocación baste para fundarlo. La configuración de las circunstancias concretas que exigen o ameritan un cambio, así como la relevancia de cada factor que lo justifique, deben ser evaluadas en cada caso concreto y sopesadas, a su vez, con las desventajas que conlleva el abandono del precedente<sup>51</sup>. Se trata de un análisis caso por caso<sup>52</sup>. Esta ponderación, a su vez, debe quedar

<sup>49</sup> CSJN, 20/4/2010, “Baldivieso César s/causa n° 4733”, *Fallos*, 333:405.

<sup>50</sup> CSJN, 12/8/1997, “Zambrana Daza, Norma B. s/ infracción a la ley 23.737”, *Fallos*, 320:1717.

<sup>51</sup> En este sentido, ver SODERO, *Sobre el cambio de los precedentes*, “Isonomía”, n° 21, p. 217 a 254. En la misma línea, FINNIS coloca, como uno de los ocho desiderata del gobierno del derecho, que las reglas sean relativamente estables (*Natural law and natural rights*, p. 270 y 271). Cierta estabilidad de las reglas –esto es, cierta seguridad– es, generalmente, abrazada por todas las posturas filosóficas. Quizás con excepción de NIETZSCHE, del fascismo italiano –con su lema “vivere pericolosamente”–, y de juristas como LARENZ, cercanos al nacionalsocialismo, tal como se advierte en MONTEJANO, *Los fines del derecho*, p. 64.

<sup>52</sup> Cfr. WALKER JR., *The role of precedent in the United States: how do precedents lose their binding effect?*, “Stanford Law School China Guiding Cases Project”, 2016, *passim*.

plasmada en la sentencia que provoca un cambio de precedente. Por eso no es posible desarrollar una teoría general sobre los cambios de precedentes o alcanzar una fórmula que permita resolver, *a priori*, si un precedente debe ser mantenido o derogado. Aquella razón que pudo haber justificado, en el pasado, el *overruling* de un precedente, puede no configurarse en el presente o no tener la entidad suficiente, en un caso posterior, para dejar de lado el principio general de que el precedente no puede modificarse. Sin perjuicio de ello, puede ser útil identificar los factores que habitualmente ayudan (o, en ocasiones, compelen) a los jueces a tomar la decisión de abandonar o mantener un precedente, lo que se hará seguidamente.

### **C) FACTORES QUE AUTORIZAN, EXIGEN O IMPIDEN JUSTIFICAR UN CAMBIO DE PRECEDENTE**

Ha sido dicho, hasta aquí, que el tribunal que desea modificar su criterio debe dar razones para ese cambio. Ahora bien, tal justificación especial o argumentación suficiente no pueden tener cualquier contenido: presuponen, por un lado, la consideración de los costos que el abandono del criterio acarrea y, por el otro, el hallazgo de una muy buena razón para promover el cambio. En relación con esto último, la Corte argentina ha ido delineando, influenciada por el *stare decisis* estadounidense, ciertos factores que deben configurarse para habilitar el abandono de un precedente. En la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos de América, a su vez, pueden identificarse otros factores tradicionales.

Sobre la base de los principios asentados en la primera parte y de los valores del Estado de derecho que el precedente tiende a asegurar, se consideran a continuación algunos factores que han surgido de la jurisprudencia de los tribunales mencionados y que han sido problemáticos en su aplicación.

#### **§ 5. EL PRECEDENTE ERRÓNEO**

Desde 1937, en el caso “Baretta”, la Corte argentina admitió que la solución de un caso debía buscarse en los precedentes, “a menos que resultase de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito”. En esa

sentencia, la Corte invocó múltiples doctrinarios de los Estados Unidos de América e, incluso, mencionó expresamente la existencia de una suerte de principio de *stare decisis* en materia constitucional<sup>53</sup>.

El error y la inconveniencia se convirtieron así –y persisten, hasta hoy– en los factores que el propio tribunal reconoce como criterios para el abandono de un precedente. En efecto, la referencia al error como factor de cambio se repitió en varias oportunidades. Por ejemplo, en “Montalvo”<sup>54</sup> –con la propuesta de mantener el criterio sobre la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal sentado en “Bazterrica”– el juez PETRACCHI (en disidencia) dijo que el *stare decisis* no es una regla absoluta ni rígida y que, en casos excepcionales, los tribunales, “como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión”. Citó, en sustento de su afirmación, un caso de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América<sup>55</sup> y también invocó el caso “Baretta”. Seguidamente, agregó que entre las causas para fundar un cambio de criterio, la Corte estadounidense había “considerado que no existen razones importantes para mantener un precedente que se considera erróneo”<sup>56</sup>.

En cierto modo, el error en el precedente también fue el argumento que le permitió, a los jueces ARGIBAY y ZAFFARONI, deshacerse del precedente “Chocobar”<sup>57</sup> en “Sánchez”<sup>58</sup>. En efecto, sostuvieron que el argumento central de “Chocobar” presentaba “falencias de tal magnitud que hacían imposible a esta Corte mantenerlo”. Esa falencia radicaba, según los ministros, en la falsa premisa de que la ley de convertibilidad había derogado el artículo pertinente de la ley 18.037 (régimen general de movilidad de jubilaciones). Afirmaron que, si bien eran conscientes de que eso alteraba la continuidad que debe regir en los precedentes, se configuraba la salvedad que ya se

<sup>53</sup> CSJN, 1939, “Baretta, Miguel c/Prov. de Córdoba. Ferrocarril del Sud c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*, 183:409, p. 413.

<sup>54</sup> CSJN, 11/12/1990, “Montalvo, Ernesto psa. inf. ley 20.771”, *Fallos*: 313:1333.

<sup>55</sup> La cita fue de la disidencia del juez Black, en “Green v. US”, 356 US 165, p. 195.

<sup>56</sup> CSJN, 11/12/1990, “Montalvo, Ernesto psa. inf. ley 20.771”, *Fallos*: 313:1333, consid. 16.

<sup>57</sup> CSJN, 27/12/1996, “Chocobar Sixto c/INSP-Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajustes por movilidad”, *Fallos*, 319:3241.

<sup>58</sup> CSJN, 28/7/2005, “Sánchez, María del C. c/ANSeS s/reajustes varios”, *Fallos*: 328:2833.

había esbozado en “Baretta”, de conformidad con la cual la Corte podría apartarse del precedente si hubiera causas graves que hicieran ineludibles el cambio de criterio (consid. 3°). La fórmula del error y la inconveniencia como factores de cambio del precedente se reiteró en otros precedentes de la Corte<sup>59</sup>. ARGIBAY quizás es la jueza del tribunal que más seriamente se ha tomado los precedentes, pero ya desde sus audiencias de confirmación manifestaba que no se sentiría obligada a votar de acuerdo a la jurisprudencia si no creyera que esa resolución estuviese bien<sup>60</sup>.

En Estados Unidos de América, en cambio, la cuestión del error como factor de abandono de un precedente ha conllevado un profundo debate. Tradicionalmente, el error fue considerado un factor habilitante del *overruling* en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América<sup>61</sup>. Sin embargo, desde la década de 1980, ha surgido la idea de que no basta que el o los jueces que deben resolver un caso entiendan que el precedente fue resuelto erróneamente para apartarse de él<sup>62</sup>.

El juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, SCALIA, sostuvo en varias ocasiones que el verdadero punto del *stare decisis* es que la justificación especial necesaria para derogar un precedente debe ir más allá de la demostración de que el precedente era errado<sup>63</sup>. Actualmente, varios miembros del tribunal se han manifestado en ese sentido. El actual *chief justice* de la Suprema Corte, ROBERTS, ha afirmado que, a los efectos de evaluar cuándo un precedente constitucional que se considera erróneo debe ser reexaminado y, eventualmente, modificado, se debe ponderar la necesidad

<sup>59</sup> El último uso de este estándar que arroja la página oficial de la Corte es en el caso CSJN, 9/5/2019, “Ingenieros, María G. c/Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/accidente-ley especial”, *Fallos*, 342:761.

<sup>60</sup> Versión taquigráfica de la Reunión de la Comisión de Acuerdos de la Cámara de Senadores de la Nación, llevada a cabo en el Salón Azul el 23/6/2004, p. 12.

<sup>61</sup> Cfr. STARGER, “*The dialectic of stare decisis doctrine*”, en PETERS (ed.), *Precedent on the US Supreme Court*, p. 19 a 45. En igual sentido, NELSON, *Stare decisis and demonstrably erroneous precedent*, “*Virginia Law Review*”, vol. 87, n° 1, 2001, p. 1 a 84.

<sup>62</sup> Esta idea fue desarrollada por diversos profesores, como GERHARDT, *The role of precedent in constitutional decision-making and theory*, “*George Washington Law Review*”, n° 60, vol. 1, 1991, p. 112-113, y MONAGHAN, *Stare decisis and constitutional adjudication*, “*Columbia Law Review*”, n° 88, 1988, p. 756 a 63.

<sup>63</sup> “*Hubbard v. United States*”, 514 US 695, 716 (1995) (voto concurrente del juez SCALIA).

de que los interrogantes constitucionales sean decididos frente a la importancia de que sean decididos correctamente<sup>64</sup>. La jueza KAGAN hizo suyo el argumento años más tarde<sup>65</sup>. La jueza SOTOMAYOR, por su parte, entendió que “establecer que un precedente es erróneo no justifica, sin más, su derogación”<sup>66</sup>.

En la doctrina, también se ha afirmado que permitir que un juez o un tribunal dejen sin efecto un precedente, únicamente sobre la base de considerarlo erróneo, importa negar su obligatoriedad, y atribuirle una mera fuerza persuasiva<sup>67</sup>. Se postula que la adhesión al precedente, incluso en aquellos casos en que la decisión parezca equivocada a la mayoría del tribunal actual, contribuye a la noción de que el derecho es de carácter impersonal<sup>68</sup>.

Esta posición parte de la idea de que la fuerza del precedente no se deriva de que sea correcto, sino del mero hecho de que haya sido dictado<sup>69</sup>. Tal parecer es compartido por especialistas argentinos y de otras parte del mundo<sup>70</sup>; para tales autores la esencia del *stare decisis*

<sup>64</sup> “Citizens United v. FEC”, 130 S. Ct. 876, 920 (2010), del voto concurrente del *chief justice* ROBERTS.

<sup>65</sup> Cfr. “Harris v. Quinn”, 134 S.Ct. 2618, 2652 (2014) (disidencia de la jueza KAGAN).

<sup>66</sup> “Alleyne v. United States”, 133 S.Ct. 2151, 2164 (2013) (voto concurrente del juez SOTOMAYOR).

<sup>67</sup> HELLMAN, *The importance of appearing principled*, “Arizona Law Review”, n° 37, p. 1120, nota al pie 75.

<sup>68</sup> En referencia al precedente constitucional, pero aplicable a todos los casos: MONAGHAN, *Stare decisis and constitutional adjudication*, “Columbia Law Review”, n° 88, 1988, p. 757.

<sup>69</sup> GRAY, *Judicial precedents. A short study in comparative jurisprudence*, “Harvard Law Review”, vol. 9, n° 1, p. 27 a 28.

<sup>70</sup> GARAY, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, p. 203: “debemos tener presente que una de las características de la remanida ‘obligatoriedad’ consiste en que ella solo es tal cuando quien debe resolver un nuevo caso análogo quiere hacerlo de otra manera a como lo fue en el precedente. Pues un juez que considere que el caso presente merece la misma solución que la del o los anteriores, no sentirá que esa obligación es algo que se le impone a su voluntad: es él mismo quien así lo juzga”. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, “Revista de Processo”, vol. 39, n° 229, 2014, p. 6: “Scopriamo cioè che efficacia o vincolo hanno modo di esprimersi ad una condizione: che il giudice, se non fosse per quell’efficacia o per quel vincolo, deciderebbe la causa in modo diverso, e magari migliore. Tutte le volte che, invece, il giudice, per sua autonome valutazioni, avrebbe risolto la fattispecie oggetto del giudizio in maniera identica a come è stata precedentemente risolta da altri giudici, non sussiste, evidentemente, alcuna operatività del precedente: quando decido che due più

“es la adhesión a decisiones anteriores lisa y llanamente porque alguna vez los casos pasados han sido decididos de ese modo, aunque el tribunal en el caso posterior se sintiera preparado para decir, sobre la base de otro criterio interpretativo, que la interpretación que brinda el precedente es errónea”<sup>71</sup>.

En otras palabras, la obligatoriedad del precedente no podría ceder frente al mero reconocimiento de su error. Esta es la que se conoce como la “versión fuerte” del *stare decisis*, a la cual no le interesa si el precedente es erróneo: “el segundo tribunal no se preguntará si es demostrablemente erróneo en virtud del derecho subyacente, sino que lo seguirá a menos que haya probado ser inviable o esté causando otros problemas. Únicamente ese tipo de desventajas prácticas justificaría derogar un precedente”<sup>72</sup>. Si no existe una razón o justificación especial para derogarlo –fundada en otros factores tales como la disfuncionalidad o inviabilidad del precedente, la falta de confianza de la sociedad en él o los cambios materiales en los hechos–, el precedente deberá ser mantenido, aun cuando fuera errado o los actuales jueces tuvieran sus reservas respecto de la solución que adopta.

Esta versión del *stare decisis*, en los Estados Unidos de América, habría tenido origen en un voto de la jueza O’CONNOR en “Arizona v. Rumsey”<sup>73</sup> y se habría desarrollado con detalle en “Payne v. Tennessee”<sup>74</sup>. Finalmente, se consagró en “Casey”, donde la mayoría sostuvo que “la decisión de derogar el precedente debe fundarse en alguna razón especial por encima de la creencia de que el caso ante-

---

due fanno quattro, non arrivo al risultato grazie all’autorità di chi ha fatto lo stesso calcolo ed è pervenuto allo stesso risultato prima di me”). SCHAUER, *Precedent*, “Stanford Law Review”, vol. 3, n° 39, p. 576: “If precedent matters, a prior decision now believed erroneous still affects the current decision simply because it is prior. Only if a rule makes relevant the result of a previous decision regardless of a decision maker’s current belief about the correctness of that decision do we have the kind of argument from precedent routinely made in law and elsewhere”.

<sup>71</sup> PAULSEN, *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?*, “Yale Law Journal”, n° 109, p. 1538, nota al pie n° 8. En el mismo sentido, véase SCHAUER, *Precedent*, “Stanford Law Review”, vol. 3, n° 39, p. 571.

<sup>72</sup> NELSON, *Stare decisis and demonstrably erroneous precedent*, “Virginia Law Review”, vol. 87, n° 1, 2001, p. 53. En el mismo sentido, MONAGHAN, *Stare decisis and constitutional adjudication*, “Columbia Law Review”, n° 88, 1988, p. 755.

<sup>73</sup> 467 US 203, 212 (1984).

<sup>74</sup> 501 US 808, 827-30 (1991).

rior fue decidido erróneamente”<sup>75</sup> y que “Roe v. Wade” debía mantenerse “más allá del grado de renuencia que alguno [...] pudiera tener”<sup>76</sup>. También apareció en “Kimble v. Marvel”, oportunidad en la que la Suprema Corte afirmó: “el argumento de que hay un error –incluso un buen argumento al respecto– no puede justificar dejar de lado el precedente [...] no es suficiente para derogar un precedente el que nosotros hubiéramos decidido el caso de un modo diferente”<sup>77</sup>. Algo similar sucedió en “Patteron v. McLean Credit Union”<sup>78</sup> y en “Dickerson v. United States”<sup>79</sup>, al invocar los principios del *stare decisis* como impedimento para dejar sin efecto el precedente, más allá de si estaban de acuerdo o no con él o si hubieran decidido la cuestión del mismo modo si lo hubiesen tenido que resolver por primera vez.

Frente a esto, se erige una versión “débil” de *stare decisis* que, aunque con sus variantes, se caracteriza por reconocer peso argumentativo al hecho de que el precedente sea erróneo. NELSON, por ejemplo, define al precedente demostrablemente erróneo como aquel que objetivamente se aparta de la interpretación permisible que la norma exige<sup>80</sup> y entiende que, en esos casos, debe ser derogado, a menos que exista una razón o justificación especial para mantenerlo (la confianza, su funcionalidad, los costos de la derogación). El autor parte de la hipótesis –que intenta comprobar en la historia estadounidense– de que cuanto más se acepta la determinación del derecho a partir de fuentes externas (el derecho natural, la justicia, la razón práctica), menos deferencia se le puede reconocer al *stare decisis*. Porque, en todos los casos que se aparten de esa fuente externa, será necesario derogar el precedente y acomodarlo a ella.

<sup>75</sup> 505 US 833, 864 (1992). Aunque, en rigor, en “Casey” el voto plural analizó si “Roe” era erróneo y concluyó que, si lo era, el error no residiría en haber otorgado un “derecho constitucional al aborto”, sino en no haber estimado lo suficiente el interés estatal en la protección del feto. 505 US 833, 858 (1992).

<sup>76</sup> 505 US 833, 861 (1992).

<sup>77</sup> “Kimble v. Marvel Entertainment”, LLC, 135 S.Ct. 2401, 2409 (2015).

<sup>78</sup> 491 US 164 (1989), p. 175.

<sup>79</sup> 530 US 428 (2000), p. 429.

<sup>80</sup> NELSON, *Stare decisis and demonstrably erroneous precedent*, “Virginia Law Review”, vol. 87, n° 1, 2001, *passim*. En similar sentido, MARKMAN critica los precedentes que le hacen decir a la ley lo que esta no dice (*Precedent: tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions*, “Texas Review of Law & Politics”, vol. 8, n° 2, p. 283 a 288).

En definitiva, desde la “versión débil” de *stare decisis*, no todos los precedentes erróneos deben ser derogados: hay algunos que sí, pero muchos otros que no<sup>81</sup>. Así, si el precedente se limita a consagrar una de las muchas interpretaciones jurídicas posibles que la vaguedad del derecho habilita, el hecho de que el juez posterior considerase que otra de las interpretaciones posibles es más correcta, más conveniente o más eficaz, no bastaría para abandonar ese precedente. Debería argumentar que existen otras razones que justifican el abandono (en este punto, la versión fuerte y la débil convergen, ambas exigen el estándar de la justificación especial). Por ejemplo: la norma permite la interpretación *A* y *B*, y el precedente adopta el criterio *A*. Incluso si el juez posterior tuviera razones para pensar que la interpretación *B* es la adecuada, debe atenerse a la interpretación consagrada en el precedente. En cambio, en aquellos casos en los que el precedente recepta una interpretación que demostrablemente se aparta de la norma (en el ejemplo que se venía desarrollando, el precedente consagra la interpretación *C*), allí la carga argumentativa se invierte: el precedente debe ser dejado de lado, a menos que existan razones atendibles para mantener ese error. El juez THOMAS, de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, adhiere a esta terminología de precedente demostrablemente erróneo<sup>82</sup>.

“Dobbs” retoma la idea de que el error es uno de los factores (aunque, ciertamente, no el único) que la Suprema Corte debe considerar al momento de derogar un precedente. El voto mayoritario alude allí, como primer factor para justificar la derogación de “Roe” y en “Casey”, a la naturaleza del error cometido en esos precedentes y al daño que ese error provoca. El error, para ellos, reside en que el reconocimiento del derecho al aborto era absolutamente incompatible con cualquier interpretación de la Constitución y que la Corte haya sustraído del poder democrático la decisión sobre el aborto<sup>83</sup>. La Corte no se refirió allí al error demostrable, sino que aludió al precedente “*terriblemente*”

<sup>81</sup> Las divisiones entre ambas versiones se desdibujan, desde el momento en el que parece que no ha existido un juez de la Suprema Corte que considere que jamás se puede derogar un precedente erróneo. Incluso la disidencia en “Dobbs” admite esta posibilidad.

<sup>82</sup> “Gamble v. US”, 587 US (2019) (slip. op.), p. 2, voto concurrente de THOMAS, “Ramos v. Louisiana”, 590 US (2020) (slip. op.), p. 2 y 3, voto concurrente de THOMAS.

<sup>83</sup> “Dobbs”, p. 44 y 45.

erróneo, en una terminología propuesta por KAVANAUGH en precedentes anteriores<sup>84</sup>.

Pretender resolver si el carácter erróneo del precedente tiene peso para derogarlo parece exigir un previo acuerdo sobre el concepto de error. En otras palabras, la noción de error –para poder ser aplicada consistentemente como factor de derogación de un precedente– presupone un acuerdo mínimo sobre la posibilidad de conocer la verdad, de extraer soluciones objetivas y correctas de la ley, en definitiva, sobre la inteligibilidad del derecho. El problema, en un mundo de pluralismo ideológico e interpretativo, es que muchos jueces actuales no comparten tal optimismo sobre la objetividad del derecho, sobre la posibilidad de alcanzar la verdad ni de conocer el bien o lo justo<sup>85</sup>. En consecuencia, esos jueces posiblemente tenderán a otorgarle al concepto de “precedente erróneo” un contenido maleable a su ideología: el riesgo consiste en que tal concepto les puede funcionar como válvula de escape para desechar lo que no sea acorde con aquella. Para poner un ejemplo, dado el pluralismo existente en las teorías sobre la interpretación de la Constitución en los Estados Unidos de América, para los originalistas será un error demostrable aquel precedente que interprete la Constitución desviándose de su significado original, mientras que para un juez activista el error consistirá en desviarse de las exigencias de la evolución de la sociedad y las necesidades de la sociedad actual. Es decir, el error se configurará de acuerdo a los presupuestos iusfilosóficos de cada juez: algunos considerarán que el precedente erróneo –y, por ende, derogable– es el injusto; otros, el que se opone al significado original de la Constitución; otros, el que limita la autonomía, la libertad o el libre desarrollo de la personalidad, y otros el que no resulta útil. Por eso, si bien en la teoría no podemos renunciar a afirmar la existencia de la verdad en el derecho (apodíctica o probable, según sea el

<sup>84</sup> “Janus”, 585 US (2018) (slip. op.), p. 34 a 47 y “Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt”, 587 US (2019) (slip. op.), p. 16 a 18.

<sup>85</sup> De hecho, en un estudio tendiente a examinar la retórica del *overruling* en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, se contrasta la retórica objetiva del pensamiento clásico del siglo XIX con la retórica posmoderna, fragmentada, indeterminada, de fines del siglo XX. Cfr. JACOBS, *God save this post-modern Court: the death of necessity and the transformation of the Supreme Court's overruling rethoric*, “University of Cincinnati Law Review”, n° 63, 1995, *passim*. Sobre las implicancias del posmodernismo en la retórica del *overruling*, que la ha privado de contenido, véase especialmente la parte II de dicha investigación (p. 1142 en adelante).

caso) y, en virtud de ello, a postular que el precedente que se aparte de esa verdad, de ese bien jurídico, debería ser derogado, en la práctica debemos ser conscientes de que abrazar la idea de que el error debe ser enmendado conlleva el peligro de que tal concepto de error sea deformado por el relativismo y de que el precedente, en definitiva, se manipule según resulte o no funcional a la ideología del juez de turno.

Ante este dato de la realidad –la pluralidad y discrepancia interpretativa y filosófica– han surgido teorías del *stare decisis* como la de KOZEL<sup>86</sup>, quien postula que, en un mundo regido por el pluralismo interpretativo, el precedente puede ser una solución a la discrecionalidad judicial. Pero, para ello, los efectos reales que provoca el precedente no deben ser tenidos en cuenta a la hora de decidir si mantenerlos o derogarlos, puesto que eso abre, una vez más, la puerta a las diferencias interpretativas<sup>87</sup>. Propone, entonces, reposar en factores impermeables a esas diferencias interpretativas, tales como la confianza que ha despertado ese precedente en la sociedad (*reliance*), el cambio en los hechos y la posibilidad de extraer de él una regla aplicable a casos futuros (*workability*). Desde esta posición, los jueces deberían hacer concesiones constantes y resolver los cambios de criterio sobre la base *de factores* que dejen de lado la corrección del precedente. Aunque pudiera parecer que KOZEL renuncia a la noción de bien y a la búsqueda de justicia en el derecho, en realidad, deja una puerta abierta al afirmar que habría una pequeña categoría de casos que constituirían la excepción a esa desconsideración de los efectos reales del precedente: aquellos que fueran extraordinariamente dañinos<sup>88</sup>.

A esta altura, parece necesario recuperar la tradición realista clásica, para echar luz a la cuestión de qué tipo de errores no pueden tolerarse a la hora de decidir si derogar un precedente. Conviene traer a colación lo que ARISTÓTELES afirmaba respecto de la mutación de la ley, aplicado aquí al precedente judicial: “Cuando la mejora sea pequeña y, en cambio, sea malo el acostumbrar a abrogar con facilidad las leyes, es evidente que hay que permitir algunos errores de los legisladores y de los gobernantes”<sup>89</sup>. En la misma línea –como se mencionó en la primera parte de este trabajo– TOMÁS de AQUINO aducía

<sup>86</sup> KOZEL, *Settled versus right, passim*.

<sup>87</sup> KOZEL, *Settled versus right*, p. 121 y siguientes.

<sup>88</sup> KOZEL, *Settled versus right*, p. 123.

<sup>89</sup> ARISTÓTELES, *Política*, 1269a-23.

que el cambio de la ley, si bien es un perjuicio en sí mismo al bien común, está justificado cuando el beneficio para el bien común que trae la nueva ley es grande y notorio o cuando nos encontramos ante una injusticia manifiesta<sup>90</sup>.

Por su parte TOMÁS de AQUINO muestra, además, que la prudencia –que debe regir al juez en la toma de decisiones– versa sobre lo humano, lo contingente y que la verdad en esos casos no es una certeza apodíctica: “La prudencia, como se ha dicho, trata de las acciones contingentes. En estas no puede el hombre regirse por la verdad absoluta y necesaria, sino por lo que sucede comúnmente”<sup>91</sup>. Lo que sucede, comúnmente, esa verdad en los hechos contingentes, la brinda la experiencia (la experiencia, en este caso, de los jueces pasados). Por ende, en materia jurídica, muchas veces debemos conformarnos con una verdad probable<sup>92</sup>. Si bien hay principios evidentes del derecho natural –así como conclusiones inmediatas de esos principios– que efectivamente constituyen verdades apodícticas y que no pueden ser dejadas de lado por ninguna norma, no todo está determinado por la ley natural. Como sostenía TOMÁS de AQUINO, la mayoría de las cuestiones deben ser determinadas por la ley positiva y, una vez que ella las determina de un modo, es justo cumplirlas así<sup>93</sup>.

Entonces, si la interpretación judicial contenida en el precedente no se refiere a una verdad apodíctica o no compromete un principio del derecho natural, sino que es una entre tantas interpretaciones posibles de lo contingente jurídico, debe ser mantenida, por más de que el juez pueda tener razones para adherir a otra interpretación que considere más conveniente, oportuna o eficaz. En cambio, el error que consiste en una desviación de los primeros principios del derecho natural no puede ser sostenido<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 97, a. 2.

<sup>91</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, II-II, q. 49, a. 1. Por ello el derecho es parcialmente dialéctico. Cfr. RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, p. 295.

<sup>92</sup> Con mucha claridad, afirmaba ARISTÓTELES: “Es propio del hombre sensato e instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos en la medida en que lo admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara razones probables, como reclamar demostraciones exactas a un retórico” (*Ética a Nicómaco*, I, 3, 1094b 25).

<sup>93</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 3.

<sup>94</sup> Esta postura se acerca al constitucionalismo del bien común (*common good constitutionalism*), que recientemente está adquiriendo notoriedad en los

El otro error que ameritaría dejar de lado un precedente sería el apartamiento objetivo de la Constitución o de la norma, cuando ese apartamiento no obedece a razones de derecho natural. El juez del precedente debe ser un juez deferente, pues el activismo, de la mano de un precedente vinculante, es altamente peligroso para el Estado de derecho. Así, ante la existencia de una norma escrita, y frente a la conveniencia de que estemos regulados por la ley y no por los hombres<sup>95</sup>, un precedente que se apartara de toda interpretación razonable de la norma debería ser abandonado, a menos que tal abandono produjera un mal mayor que el provocado por el precedente.

A la luz de lo analizado, el concepto de precedente erróneo podría reducirse a aquel que se aparte manifiestamente de la ley escrita o del derecho natural, siempre que seguir ese precedente cause mayor injusticia que reemplazarlo por otro. Tal propuesta de solución no es, por lo demás, extraña a la tradición jurídica anglosajona ni a la práctica del precedente, si se tiene en cuenta que el propio BLACKSTONE consideraba que el precedente absurdo o injusto no era derecho y, por ende, no debía ser seguido. Por lo demás, otros autores tradicionales del *common law* –p.ej., COKE– apelaban también a fuentes objetivas de validez del derecho –como la ley divina, el derecho natural y la razón<sup>96</sup>. Sin embargo, la constatación de una verdad probable en muchos aspectos del derecho –y la admisión de que, en esos casos, sea valioso mantener el *statu quo*– permite superar la absoluta incompatibilidad que algunos han señalado entre el iusnaturalismo y el precedente vinculante<sup>97</sup>. También deja en claro que la adhesión a una doctrina

---

Estados Unidos de América de la mano de VERMEULE, como una recuperación de la tradición iusnaturalista clásica. VERMEULE llama a los conservadores a abandonar la postura originalista, que sirvió para hacer frente al progresismo, pero que está vacía de contenido moral. En su lugar, propone recuperar una moral natural objetiva. Sobre esto, véase VERMEULE, *Common good constitutionalism*, [www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/](http://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/).

<sup>95</sup> ARISTÓTELES, *Política*, Libro III, 1282-b, 20.

<sup>96</sup> NELSON, *Stare decisis and demonstrably erroneous precedent*, “Virginia Law Review”, vol. 87, n° 1, 2001, p. 25.

<sup>97</sup> Ver, por ejemplo, MAGALONI, *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial estadounidense*, p. 32 y ss., especialmente, p. 33: “el carácter vinculante del precedente era incompatible con la visión blackstoniana del *common law*”, p. 36, y sus citas. La incompatibilidad se fundaría en que, al considerar que los jueces simplemente *declaran* el derecho y no lo crean, el precedente que se apartara de lo que el derecho verdaderamente es, necesariamente debería ser dejado de lado.

del precedente vinculante, con excepciones, no necesariamente debe conllevar la separación entre el derecho y la moral.

La postura ofrecida es, por otra parte, superadora del racionalismo ilustrado que, al parecer, primaba en la retórica clásica de la derogación del precedente en los Estados Unidos de América del siglo XIX y comienzos del XX. Desde esa mirada, el derecho era una ciencia capaz de alcanzar una certeza similar a la matemática, un todo completo con una respuesta correcta alcanzable por la razón humana para todos los supuestos<sup>98</sup>. Si el precedente consagraba la respuesta incorrecta, no era considerado derecho. La contingencia del obrar humano –que aquí se recupera de la mano de ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO– permite redescubrir que el método jurídico es parcialmente deductivo, que en muchos casos solo podemos aspirar a una verdad probable y que, en tales supuestos, conviene que la respuesta probable se mantenga estable.

Vale decir, por último, que en Argentina la propuesta de precedente erróneo como precedente injusto puede ser encuadrada en el propio discurso de la Corte, que ha reconocido que el precedente puede ser dejado de lado por “razones de justicia”. Así, en “García de Thorndike”<sup>99</sup>, y luego en “Barreto”, se hizo referencia a “razones de justicia” como fundamento de un cambio de criterio. Este factor, que nuestra la Corte ancla precisamente en ciertas disidencias del tribunal estadounidense, no es un tópico que aparezca en la retórica de este último<sup>100</sup>.

## § 6. ***EL NUEVO “TALISMÁN” 101 DE LA CORTE ARGENTINA. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS***

Cuando la Corte Suprema argentina enumera en su jurisprudencia los factores que habilitan el abandono de un precedente no menciona

<sup>98</sup> GREY, *Langdell's Orthodoxy*, “University of Pittsburgh Law Review”, n° 45, p. 2, nota 6.

<sup>99</sup> CSJN, *Fallos*: 248:115.

<sup>100</sup> En efecto, a pesar de la profunda injusticia acarreada por “Roe” y por “Casey” (que avalaron más de treinta y seis millones de abortos), esta realidad no fue tratada en “Dobbs” (salvo por una mención en el voto concurrente de THOMAS). Claro que, a diferencia del ordenamiento estadounidense, en el argentino la justicia es un valor promovido por el propio Preámbulo de la Constitución. La propia Corte ha aludido a razones de justicia para deshacerse de un precedente.

<sup>101</sup> Se recoge esta metáfora, empleada por MILLER, para referirse al uso del derecho extranjero en la jurisprudencia argentina (cfr. *The authority of a foreign*

el derecho internacional de los derechos humanos (DIDDHH). No obstante, en la práctica, su invocación ha sido recurrente a la hora de fundamentar un cambio de criterio (o de llevar adelante un cambio jurisprudencial, sin fundamentarlo) en casos trascendentes para nuestro país.

Si bien desde la teoría debería aceptarse que un cambio normativo provocase uno jurisprudencial acorde, como se verá, la invocación del DIDDHH para fundar el abandono de ciertos precedentes no siempre cumple con los principios enumerados en la primera parte de este trabajo ni responde a un cambio normativo (en ocasiones, en cambio, responde a interpretaciones o dictámenes de órganos especializados o a fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que Argentina no fue parte). Es más, en varias oportunidades la Corte había interpretado tales instrumentos en los precedentes aplicables, en un sentido diametralmente opuesto. Entonces, se incluye una remisión genérica a instrumentos internacionales, sin hacerse cargo de la existencia de tales precedentes, o sin evaluar la aplicación al caso concreto de tales instrumentos o mediante la invocación inexacta de decisiones de tribunales regionales. Otras veces, parecería que los DIDDHH son una pantalla que encubre el cambio de criterio debido al cambio de composición. De allí que se postule que la apelación al DIDDHH constituye un “talismán” a través del cual, en ocasiones, la Corte se desentiende de la argumentación que ella misma exige para abandonar un precedente. Seguidamente se recogen, a modo de ejemplo, algunos casos en los que esto ha sucedido.

“*Ekmekdjian c/Sofovich*”<sup>102</sup> constituye un hito de la jurisprudencia argentina. Generalmente, el caso despierta atención por la decisión de fondo que consagró y su impacto en la temática de fuentes en nuestro derecho, pero lo cierto es que, en lo que aquí interesa, esa sentencia dejó sin efecto un precedente dictado tan solo cuatro años antes: “*Ekmekdjian c/Neustadt*”<sup>103</sup>. No hubo allí fundamentación

---

*talismán: a study of US constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine elite's leap of faith*, “*American University Law Review*”, n° 46, p. 1483 a 1572). FERRARI, en el manuscrito de su tesis doctoral, aún no defendida, tomó también esta idea para hacer referencia al uso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por parte de la Corte argentina.

<sup>102</sup> CSJN, 7/7/1992, “*Ekmekdjian, Miguel Á. c/Sofovich, Gerardo y otros*”, *Fallos*: 315:1492.

<sup>103</sup> CSJN, 1/12/1988, “*Ekmekdjian, Miguel Á. c/Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo*”, *Fallos*, 311:2497.

explícita del cambio: la Corte se limitó a decir que no compartía, en su actual integración, la postura que había adoptado el tribunal en el precedente. Además, intentó efectuar una distinción con el precedente, sobre la base del diverso contenido de las injurias y los intereses que había detrás, que sin embargo tampoco justificó el abandono de la interpretación consagrada sobre el derecho de réplica y su carácter operativo.

Es así que, en esa ocasión, la interpretación del tribunal regional –adoptada gracias a un cambio de composición de la Corte– fue decisiva en el abandono de un precedente reciente. En definitiva, lo que motivó el cambio fue la modificación en la integración de la Corte, aunque también impactó aquí el DIDDH, pero la reinterpretación de los instrumentos internacionales aplicables fue la razón alegada por la cual “el tribunal en esta composición” no compartió el precedente. La nueva composición adhirió a la OC 7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (consid. 21), que había interpretado el art. 14.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>104</sup>. También apareció por primera vez allí lo que SABELLI denomina el argumento de “la evitación de la responsabilidad internacional”<sup>105</sup>, según el cual la adopción de una postura contraria haría incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

Por su parte, PETRACCHI y MOLINÉ O’CONNOR, en su disidencia, coincidieron con la mayoría en cuanto al abandono del criterio sentado en “Ekmekdjian c/Neustadt” y, en consecuencia, en el carácter operativo del derecho a réplica. Para ello, manifestaron expresamente que la cuestión “se esclarece si se la estudia desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”. Aunque, en su voto, la fundamentación del cambio parece ser algo más sólida, dado que aludieron también a aquellas razones de justicia que, tantos años después, impedían mantener la interpretación del carácter programático del derecho de réplica, pues dicho criterio ya se había vuelto injusto.

<sup>104</sup> Asimismo, como “antecedentes relevantes” de su recepción normativa, se invocan múltiples instrumentos internacionales, como el Proyecto de Código de Honor de Periodistas de las Naciones Unidas, admitido por una comisión de la Asamblea General de 1952 y múltiples ejemplos de derecho extranjero (consids. 13 y 14).

<sup>105</sup> SABELLI, *No habrá más penas ni olvidos. O de cómo la Corte Suprema sentó las bases de la crisis de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal en los casos de delitos de lesa humanidad*, JA, 2006-I-376.

Algo similar ocurrió con el cambio de criterio producido entre “Camps”<sup>106</sup> y “Simón”<sup>107</sup>, que tampoco fue debidamente justificado. Esa vez, lo que intermedió entre un precedente y otro fue el dictado del fallo “Barrios Altos”<sup>108</sup>, por parte de la Corte IDH. La traslación al caso argentino de dicha solución del tribunal regional –que repudiaba la autoamnistía otorgada por el gobierno peruano–, fue vista por la Corte como “imperativa” (consid. 23), aun cuando significaba echar por tierra la interpretación constitucional que la propia Corte había consagrado en “Camps”, según la cual las leyes de “obediencia debida” y “punto final” eran constitucionales. De este modo, con una aplicación retroactiva del DIDDHH –no exentas de críticas<sup>109</sup>–, la Corte abandonó su criterio.

En “Schiffrin”<sup>110</sup> también se visualiza la fuerte influencia del argumento internacional en el abandono del criterio establecido en “Fayt”<sup>111</sup>, respecto de la inconstitucionalidad del límite de edad incorporado en la Constitución en la reforma de 1994. Reaparece allí la doctrina de la evitación de la responsabilidad internacional.

Lo mismo sucede en “Fal”<sup>112</sup>, cuando la Corte decidió que no es punible la interrupción del embarazo cuando este es producto de violación: nuevamente, se invocan instrumentos internacionales (en su mayoría, *soft law*), y la interpretación de esos instrumentos por órganos que no resultan vinculantes para nuestro país. Esto significó echar por tierra lo que la propia Corte en precedentes como

<sup>106</sup> CSJN, 22/6/1987, “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo nacional-Camps, Ramón y otros”, *Fallos*, 310:1162.

<sup>107</sup> CSJN, 14/6/2005, “Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertades”, *Fallos*, 328:2056.

<sup>108</sup> Corte IDH, 30/11/2001, “Barrios Altos vs. Perú”, *reparaciones y Costas*, serie C87.

<sup>109</sup> Cfr. ELÍAS, “Simón” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de derecho*), *JA*, 2006-III-351; ROSENKRANTZ, *En contra de los “préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, vol. 6, n° 1, 2005, p. 71 a 96. La mayor crítica que puede hacerse al uso de “Barrios Altos”, para modificar el precedente de la Corte es que no existía siquiera una plataforma fáctica similar al caso argentino, por cuanto el caso peruano implicaba una autoamnistía.

<sup>110</sup> CSJN, 28/3/2017, “Schiffrin, Leopoldo H. c/Poder Ejecutivo nacional s/acción meramente declarativa”, *Fallos*, 340:257.

<sup>111</sup> CSJN, 19/8/1999, “Fayt, Carlos S. c/Estado nacional s/proceso de conocimiento”, *Fallos*, 322:1616.

<sup>112</sup> CSJN, 13/3/2012, “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, *Fallos*, 335:197.

“Portal de Belén”<sup>113</sup>, “Sánchez”<sup>114</sup> y “Tanus”<sup>115</sup>, en los que claramente había reconocido el derecho a la vida de la persona por nacer, sin siquiera mencionarlos<sup>116</sup>.

En el caso “Institutos Médicos”<sup>117</sup>, se dejó de lado el criterio establecido, tan solo cuatro meses antes, en el precedente “Asociación Filantrópica Francesa”<sup>118</sup>, sin siquiera hacerse cargo de ese cambio de criterio<sup>119</sup> y con una argumentación en clave de DIDDHH. Ambos casos se trataban de reclamos por daños provocados por mala praxis en el nacimiento y consiguiente discapacidad, y en ambos los establecimientos médicos habían declarado su quiebra, por lo que el damnificado reclamaba un privilegio en el cobro sobre la base de su discapacidad. En el primer caso, el privilegio fue denegado, mientras que en el segundo fue concedido. Así, los magistrados que integraron la mayoría de decisión, en el segundo caso impusieron su interpretación de las exigencias del derecho convencional en desmedro de la interpretación diametralmente opuesta que la Corte había consagrado unos meses antes en un precedente con una plataforma fáctica sustancialmente similar. En efecto, el juez MAQUEDA sostuvo que “en el caso se presentaba una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que este tribunal no puede desatender en orden a las exigencias

<sup>113</sup> CSJN, 5/3/2002, “Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, *Fallos*, 325:292.

<sup>114</sup> CSJN, 22/5/2007, “Sánchez, Elvira c/M° J y DDHH-Art. 6°, ley 24.411 (res. 409/01)”, *Fallos*, 330:2304.

<sup>115</sup> CSJN, 11/1/2001, “T. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, *Fallos*, 324:5.

<sup>116</sup> Sobre esto, ver RATTI, “*La argumentación de la Corte Suprema argentina sobre cambio de precedente: del dicho al hecho*”, en LIONETTI DE ZORZI - LELL (eds.), *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*, p. 87 a 89.

<sup>117</sup> CSJN, 6/11/2018, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros”, *Fallos*, 341:1511.

<sup>118</sup> CSJN, 26/3/2019, “Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/inc. de verificación”, *Fallos* 342:459.

<sup>119</sup> Peor aun, como parece habitual en la Corte, se invocaron las disidencias de tal precedente como si se trataran de la decisión oficial del tribunal. Sobre esto, véase RATTI, “*La argumentación de la Corte Suprema argentina sobre cambio de precedente: del dicho al hecho*”, en LIONETTI DE ZORZI - LELL (eds.), *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*, p. 87 a 89.

de los tratados internacionales citados”. El juez ROSATTI, por su parte, reconoció que “la pretensión debía ser analizada bajo el prisma de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad consagrados en los instrumentos de esa naturaleza” (consid. 11). Nada se dijo, en este caso, del error, la inconveniencia o las razones de justicia que explicarían abandonar el criterio sentado por la Corte en “Institutos Médicos”. Hay que decir, por lo demás, que en este giro jurisprudencial el factor clave parece haber sido la excusación del ministro ROSENKRANTZ y la integración del tribunal con la conjueza MEDINA, cuyo voto modificó así la composición de la mayoría y la minoría.

Los casos mencionados hacen pensar que el DIDDH puede haber encubierto grandes quiebres en la jurisprudencia de la Corte argentina, producidos sin una profunda reflexión sobre el respeto por lo decidido por el tribunal anteriormente y sobre la necesidad de introducir el cambio.

## § 7. *EL CAMBIO DE COMPOSICIÓN*

Algunos de los supuestos mencionados en el párrafo anterior, en los que se invocó el DIDDH como fundamento del nuevo criterio, encubrían un cambio de composición del tribunal. “Institutos Médicos” es, probablemente, un caso paradigmático en este sentido. También la Corte alude expresamente, en “Ekmekdjian c/Sofovich”, a la famosa (y criticada) frase, según la cual “la Corte en su actual composición” no comparte el precedente<sup>120</sup>. La historia de la Corte Suprema argentina da cuenta de muchas situaciones de manipulación del precedente judicial a partir de los cambios en la composición del tribunal (no solo a partir de “la variación en la composición de los nombres de sus ministros, sino también por el cambio de composición en la cantidad de los ministros”<sup>121</sup>).

<sup>120</sup> La frase aparece en el voto mayoritario de “Montalvo”, donde se afirma que “sin desconocer” la existencia de precedentes en sentido contrario, “esta Corte, en su actual composición, decide retomar la doctrina” de ‘Colavini’”. CSJN, 11/12/1990, “Montalvo, Ernesto, psa. inf. ley 20.771”, *Fallos*: 313:1333. De todos modos, la Corte luego proporciona otros argumentos para fundar el cambio (ver consids. 26 y 27).

<sup>121</sup> Cfr. OTEIZA, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*. En el mismo sentido, ver SEDLACEK, “*Bases para la aplicación de la teoría del precedente de la República Argentina*”, presentado en XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

El cambio de jurisprudencia horizontal provocado por el cambio de las personas físicas que integran el tribunal ha sido aceptado desde siempre en nuestro ordenamiento jurídico, sin mayores cuestionamientos. Al comentar la ley 7055 –que introdujo por primera vez el plenario entre las dos cámaras civiles de la Capital Federal– se admitía el cambio de esa doctrina, entre otras razones, a partir de un cambio de composición<sup>122</sup>. En el mismo sentido, se sostenía que “la jurisprudencia de los tribunales, para que tenga fuerza, necesita de los elementos del tiempo, *del cambio de personal*, de la semejanza de los casos y de su número [...] solo cuando hay uniformidad en un lapso más o menos largo, que permita el cambio en el personal de los tribunales, se les debe considerar como una interpretación semejante a la doctrinal”<sup>123</sup>.

Actualmente, la aceptación de esta suerte de “cambio jurisprudencial personalizado” sigue estando vigente y da lugar a afirmaciones tales como que un inferior debe mantener el criterio del superior “*mientras no se altere la integración de su revisor*”<sup>124</sup>. Del mismo modo, las partes que acuden ante la Corte no tienen ningún reparo en argumentar el cambio de composición como factor justificatorio del cambio de criterio que están solicitando. Ello se visualiza con claridad en el caso “Baldivieso”<sup>125</sup> –que abandonó el criterio sentado en el caso “Zambrana Daza”<sup>126</sup>– en cuyo voto ARGIBAY señala:

<sup>122</sup> “La jurisprudencia fijada por las dos cámaras no tiene el valor de un imperativo categórico ineludible, para los jueces inferiores y no importa tampoco impedir que las mismas cámaras, *sea por un cambio en su composición*, sea por una nueva orientación en la evolución social y jurídica, atenuen, modifiquen o abandonen completamente la jurisprudencia anterior, estableciendo una nueva” [GARMENDIA, *Derecho civil y procesal. Fallos dictados por las cámaras de apelaciones constituidas en tribunal pleno desde la sanción de la ley n° 7055 sobre reorganización de la justicia ordinaria de la Capital*, p. 13 (el resaltado nos pertenece)].

<sup>123</sup> MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. I, p. 50 a 51 (el resaltado nos pertenece).

<sup>124</sup> MOSSMAN, *El precedente judicial en Argentina*, “Revista de Derecho Público”, 2016, [www.academia.edu/27109776/El\\_precedente\\_judicial\\_en\\_Argentina\\_publicado\\_en\\_Revista\\_de\\_Derecho\\_Publico\\_Ed\\_Rubinzal\\_Culzoni\\_2016-1\\_Cuestiones\\_Procesales\\_del\\_federalismo\\_argentino\\_1](http://www.academia.edu/27109776/El_precedente_judicial_en_Argentina_publicado_en_Revista_de_Derecho_Publico_Ed_Rubinzal_Culzoni_2016-1_Cuestiones_Procesales_del_federalismo_argentino_1), p. 21 (consultado el 14/11/2018).

<sup>125</sup> CSJN, 20/4/2010, “Baldivieso, César A. s/causa n° 4733”, *Fallos*, 333:405.

<sup>126</sup> CSJN, 12/8/1997, “Zambrana Daza, Norma B. s/ infracción a la ley 23.737”, *Fallos*, 320:1717. En “Zambrana Daza”, la Corte había sostenido que “podía considerarse válida la prueba inculminatoria obtenida durante la atención médica, en contra de la misma persona que ha concurrido a un hospital en procura de asistencia” (cfr. consid. 5° del voto concurrente de ARGIBAY en “Baldivieso”).

“En el recurso extraordinario la defensa criticó que el tribunal a quo rechazara sus agravios aplicando el precedente ‘Zambrana Daza’ a un supuesto de hecho distinto. Situó la diferencia en que en aquel fallo la imputada no se vio inmersa en el dilema de optar entre la cárcel o la muerte, mientras que la situación de Baldivieso era apremiante. Por lo demás, estimó que, ‘*aun si se reputase aplicable el citado precedente, había cambiado la composición de los miembros de la Corte, circunstancia que justificaba su revisión*’”<sup>127</sup>.

La necesidad de evitar que el cambio de composición de un tribunal produzca un cambio en la jurisprudencia es motivo de preocupación también en los sistemas jurídicos pertenecientes al *common law*. En las audiencias en las que el Senado de los Estados Unidos de América interroga a los candidatos para ocupar el cargo de juez de la Suprema Corte, la pregunta sobre la postura del candidato en relación al *stare decisis* es recurrente<sup>128</sup>.

Esto no significa desconocer que, como sostenía el juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, ANTONIN SCALIA, generalmente los cambios de criterio se producen cuando media un cambio en la integración del tribunal<sup>129</sup>.

A lo que apuntan estas reflexiones es a que el cambio en la integración podrá llegar a ser la circunstancia que hace posible que el cambio se haga efectivo, pero no el factor que lo justifica: la nueva integración deberá dar acabada cuenta de las “*razones objetivas*” por las cuales ese precedente debe ser modificado. En otras palabras, el *stare decisis* no es compatible con que el cambio en la identidad de

<sup>127</sup> CSJN, 20/4/2010, “Baldivieso, César A. s/causa n° 4733”, *Fallos*, 333:405, consid. 1° del voto concurrente de la jueza ARGIBAY. El resaltado nos pertenece.

<sup>128</sup> A su vez, la relación de los cambios de precedente y los cambios de composición también fue abordada, en el Reino Unido, por la House of Lords, al momento de interpretar la *practice statement* que pondría fin a la prohibición de *outruling*. En este sentido, afirmó que nada podría ser más indeseable que permitir a los litigantes, una vez que la House hubiera dictado un precedente, el retornar a ella con la esperanza de que un comité con diferente constitución modificase ese precedente y que ese, sin duda, no había sido el objetivo de la *practice statement*: “*Nothing could be more undesirable, in fact, than to permit litigants, after a decision has been given by this House with all appearance of finality, to return to this House in the hope that a differently constituted committee might be persuaded to take the view which its predecessors rejected*”, “*Chancery Lane Safe Deposit and Offices Co. Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*” (1966) AC 85.

<sup>129</sup> “*South Carolina v. Gathers*”, 490 US 805 (1989).

las personas físicas que suscribieron el precedente sea el único motivo para dejarlo sin efecto<sup>130</sup>.

### § 8. **OTROS FACTORES TRADICIONALES DEL “STARE DECISIS” ESTADOUNIDENSE**

Seguidamente, se enlistarán brevemente cuáles son esos factores “objetivos” de *stare decisis* que alegan quienes pretenden aislar la decisión de mantener un precedente de la postura interpretativa del juez, así como quienes niegan el error como factor de cambio. Son aquellos que la Corte de los Estados Unidos de América ha utilizado tradicionalmente y, justamente, varios de ellos se utilizaron en “Dobbs” para complementar el análisis del carácter erróneo de la decisión:

a) *VIABILIDAD (WORKABILITY)*. Responde a la pregunta de si los tribunales, los justiciables y otros interesados han podido o no extraer una regla de esa decisión y obrar conforme a ella sin dificultades<sup>131</sup>. Así, se ha dejado sin efecto el precedente que hubiera resultado de confusa y dificultosa aplicación<sup>132</sup> o que hubiera provocado contradicciones en los tribunales inferiores<sup>133</sup>.

b) *CONFIANZA (RELIANCE)*. La consideración de este asunto se orienta a identificar cómo quedaría afectada la sociedad si el precedente fuera dejado sin efecto. Concretamente, apunta a evaluar la confianza que las personas pudieran haber depositado en él y las probabilidades de que hubieran fundado sus actos, contratos o decisiones a partir de lo que el precedente establecía<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> TRIBE, *The invisible Constitution*, p. 208; FRICKEY, *Stare decisis in constitutional cases: reconsidering national league of cities*, “Constitutional Commentary”, 1985, vol. 2, n° 2, p. 123, 127, 128, 140; ISRAEL, *Gideon v. Wainwright: the “art” of overruling*, “Supreme Court Review”, 1963, p. 217 (“Decisions can hardly gain acceptance as based upon the enduring principles of the Constitution without the prospect that they will live an ‘indefinite while,’ at least beyond the life expectancy of the justices deciding”).

<sup>131</sup> KOZEL, *Settled versus right*, p. 109 y 110.

<sup>132</sup> “Nichols v. United States”, 511 US 738, 746 (1994); “García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority”, 469 US 528, 546 (1985).

<sup>133</sup> “Dobbs”, p. 60.

<sup>134</sup> Para un análisis detallado de este factor en particular, puede consultarse KOZEL, *Precedent and reliance*, “Emory Law Journal”, 2013, p. 1459 a 1507. El factor “confianza” fue mencionado en la *Practice Statement* de la House of Lords, en

En general, se trata de un parámetro que es mayormente aplicado para asuntos comerciales<sup>135</sup>. Algunos proponen que el mecanismo para ponderar este factor sea un balance entre la ganancia esperada y la pérdida esperada, en el que se cuestione "qué tan importante es la previsibilidad para aquellos afectados por la decisión, y si ese nivel de previsibilidad vale el precio de la reiteración de resultados subóptimos, multiplicado por los costos de esos resultados subóptimos"<sup>136</sup>. También se ha interpretado que el precedente genera menor confianza en los casos en que hay fuertes disidencias o una votación muy pareja<sup>137</sup> y se ha demostrado, también, que esos precedentes son los más propensos a ser dejados sin efecto<sup>138</sup>. Su aplicación en "Casey" fue muy cuestionada en "Dobbs"<sup>139</sup>.

c) *CRÍTICA ACADÉMICA*. La verdad no es producto del consenso y no siempre el consenso social refleja lo justo. Tampoco la opinión pública puede ser determinante a la hora de que los jueces decidan si conservar o no un precedente, pues ellos están obligados a aplicar el derecho con objetividad, sin ceder a presiones políticas, académicas ni populares<sup>140</sup>. Así y todo, la incorporación de este factor como parámetro de evaluación puede resultar útil para mostrar el error del precedente o su inhabilidad para producir una regla viable de conducta. Es decir, la crítica puede ser el reflejo de otros factores que ayuden a los jueces en la elucidación de si están dadas las condiciones suficientes para justificar un cambio. Por ejemplo, si el precedente encuentra una gran resistencia y es constantemente desafiado en los tribunales<sup>141</sup>, ello muestra que no es viable o que difícil-

---

la que manifestaron que si bien el precedente podría ser modificado de allí en más, los lores tendrían en cuenta el peligro de afectar retrospectivamente las bases en las que los contratos, acuerdos fiscales u otro tipo de negocios pudieran haber sido realizados. *Practice Statement*, [1966] 3 All E.R. at 77 (U.K.).

<sup>135</sup> "Payne v. Tennessee", 501 US 808, 828 (1991) ("Considerations in favor of stare decisis are at their acme in cases involving property and contract rights, where reliance interests are involved").

<sup>136</sup> SCHAUER, *Precedent*, "Stanford Law Review", vol. 3, nº 39, p. 598.

<sup>137</sup> "Payne", 501 US, 829.

<sup>138</sup> Cfr. LEROY, *Death of a precedent: should justices rethink their consensus norms?*, "Hofstra Law Review", 2014, vol. 43, nº 2, art. 3, p. 378.

<sup>139</sup> Sobre esto, puede verse RATTI MENDAÑA - CALDERONE, *Anatomía de Dobbs. Una sentencia que renueva el debate*", *EDonline*, ED-MMMCCCXC-615.

<sup>140</sup> Esto ha sostenido, justamente, el voto mayoritario en "Dobbs", p. 67 a 69.

<sup>141</sup> "Payne v. Tennessee", 501 US 808 (1991), 729.

mente se haya generado una confianza en él por parte de la sociedad. En “Dobbs” se incluyeron reiteradas menciones al hecho de que “Roe” hubiera sido criticado incluso por quienes se pronunciaban a favor del aborto.

d) *EROSIÓN (ABANDONMENT)*. La invocación de este factor es confusa, pues el abandono de un precedente significaría que este fue dejado sin efecto ya, en una suerte de *overruling* ilegítimo<sup>142</sup>. La única forma de que pueda convertirse en doctrina abandonada es el ejercicio ilegítimo de un *distinguishing* que reduzca la aplicación de la *ratio* a una plataforma fáctica mínima e irrepetible. Pero, en ese caso, lo que hubiera correspondido era el *overruling* y admitir en estos casos el abandono del precedente significaría legitimar el *overruling* anterior ilegítimo. Este factor, de todos modos, ya no aparece con frecuencia en el discurso de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. De hecho, KAVANAUGH no lo menciona en su esquematización de los factores tradicionales del *stare decisis* que ofrece en “Ramos v. Louisiana”<sup>143</sup>, ni tampoco es considerado en el caso “Dobbs”.

## § 9. *CONCLUSIÓN*

Del análisis aquí esbozado cabe concluir que el cambio de criterio por parte de un tribunal, máxime si se trata del tribunal de cierre del sistema, debe ser un asunto analizado con seriedad y, en especial, justificado.

Existen razones de peso que inclinan la balanza, en la mayoría de los casos, hacia la estabilidad, hacia el mantenimiento del criterio fijado. La seguridad jurídica, la coherencia de los tribunales y la necesidad de que los cambios se lleven a cabo por los órganos representativos son algunas de esas razones. Los precedentes se presentan, en tal contexto, como la experiencia de jueces del pasado, que puede esclarecer el camino hacia la búsqueda de la verdad probable que la contingencia del derecho implica.

Eso no siempre es posible mantener: frente a la injusticia manifiesta o a los profundos efectos nocivos que pudiera ocasionar, el pre-

<sup>142</sup> Ver, al respecto, PAULSEN, *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?*, “Yale Law Journal”, n° 109, p. 1561, en especial, nota al pie n° 74.

<sup>143</sup> 590 US (2020) (slip. op.), p. 2, voto concurrente de KAVANAUGH.

cedente debería ceder. Otras razones también podrían ameritar un giro jurisprudencial, como los cambios normativos o fácticos. Mientras que algunas circunstancias, como el cambio de integración de un tribunal, no constituyen un fundamento válido para abandonar el precedente.

Los pilares de la doctrina del cambio de precedente parecen coincidir en los escenarios estadounidense y argentino y atienden a que el cambio responda a factores objetivos. Sin embargo, en la práctica, el tribunal argentino debilita esos pilares, cada vez que ignora la existencia de un precedente aplicable o lo desestima fácilmente, sin la debida fundamentación.

Los principios asentados aquí –según los cuales el cambio es una excepción que, cuando procede, debe ser justificada tanto en la mejora que introduce como en la necesidad de esa mejora y en la consideración prudencial del caso concreto– se presentan como faros que podrían mejorar la práctica de la Corte Suprema argentina.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AHARON, BARAK, *Judicial discretion*, New Haven, Yale University Press, 1989.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. por M. ATIENZA - I. ESPEJO, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALVIM WAMBIER, TERESA A., *La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el Estado de derecho. Civil law y common law*, “Themis”, nº 58, p. 80.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Tecnos, 2018.
- *Política*, M. GARCÍA VALDÉS (trad.), Madrid, Biblioteca Clásica Gredos.
- BARRETT, AMY C., *Statutory stare decisis in the Courts of appeals*, “George Washington Law Review”, nº 73, 2004-2005, p. 319.
- BLAUSTEIN, ALBERT P. - FIELD, ANDREW H., *Overruling opinions in the Supreme Court*, “Michigan Law Review”, nº 57, 1958, p. 184.
- BRENNER, SAUL - SPAETH, HAROLD, *Stare indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*, trad. por S. FIGUEROA - G. SPOERER, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- CHIARLONI, SERGIO, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, “Revista de Processo”, vol. 39, nº 229, 2014, p. 6.
- CUETO RÚA, JULIO, *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- ELÍAS, SEBASTIÁN, “Simón” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de derecho*), *JA*, 2006-III-351.
- FERRER BELTRÁN - VÁZQUEZ (eds.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- FINNIS, JOHN, *Natural law and natural rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

- FRICKEY, PHILIP, *Stare decisis in constitutional cases: reconsidering national league of cities*, “Constitutional Commentary”, 1985, vol. 2, n° 2, p. 123.
- GARAY, ALBERTO F., *La doctrina del precedente de la Corte Suprema*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013.
- GARMENDIA, MIGUEL A., *Derecho civil y procesal. Fallos dictados por las cámaras de apelaciones constituidas en tribunal pleno desde la sanción de la ley n° 7055 sobre reorganización de la justicia ordinaria de la Capital*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1915.
- GARNER, BRYAN A., et al., *Black’s law dictionary*, St. Paul, Minn., West Group, 1999.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent*, “Archive für Rechts-und Sozial Philosophie”, n° 133.
- GERHARDT, MICHAEL J., *The role of precedent in constitutional decision-making and theory*, “George Washington Law Review”, n° 60, vol. 1, 1991, p. 68.
- GRAY, JOHN, *Judicial precedents. A short study in comparative jurisprudence*, “Harvard Law Review”, vol. 9, n° 1, p. 27.
- *Langdell’s Orthodoxy*, “University of Pittsburgh Law Review”, n° 45, p. 2, nota 6.
- HELLMAN, DEBORAH, *The importance of appearing principled*, “Arizona Law Review”, n° 37, p. 1120.
- ISRAEL, JEROLD, H., *Gideon v. Wainwright: the “art” of overruling*, “Supreme Court Review”, 1963, p. 123.
- JACOBS, ANDREW M., *God save this postmodern Court: the death of necessity and the transformation of the Supreme Court’s overruling rethoric*, “University of Cincinnati Law Review”, n° 63, 1995, p. 1119.
- KOZEL, RANDY, *Precedent and reliance*, “Emory Law Journal”, 2013, p. 1459.
- *Settled versus right. A theory of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- LEGARRE, SANTIAGO, *La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis*, JA, 2013-II-3.
- *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ábaco, 2016.
- LEGARRE, SANTIAGO - HANDY, CHRISTOPHER, *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*, “Tulane Law Review”, n° 95, p. 445.
- LEGARRE, SANTIAGO - RIVERA, JULIO C. (H.), *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 1, n° 33, p. 109.
- LIONETTI DE ZORZI, JUAN P. - LELL, HELGA (eds.), *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*, Santa Rosa, Ed. UNLPampa, 2021.
- LEROY, MICHAEL H., *Death of a precedent: should justices rethink their consensus norms?*, “Hofstra Law Review”, 2014, vol. 43, n° 2, art. 3, p. 378.
- MACHADO, JOSÉ, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1898.

- MAGALONI, ANA M. *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial estadounidense*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
- MARKMAN, STEPHEN, *Precedent: tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions*, “Texas Review of Law & Politics”, vol. 8, n° 2, p. 2.
- MASSINI, CARLOS, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- MENDONÇA, DANIEL, *Igualdad en la aplicación de la ley*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, año 5, n° 1, p. 325.
- MERRIL, THOMAS, *Originality, stare decisis and the promotion of judicial restraint*, “Constitutional Commentary”, n° 22, 2005, p. 275.
- MILLER, JONATHAN, *The authority of a foreign talisman: a study of US constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine elite’s leap of faith*, “American University Law Review”, n° 46, p. 1483.
- MONAGHAN, HENRY P., *Stare decisis and constitutional adjudication*, “Columbia Law Review”, n° 88, 1988, p. 723.
- MONTEJANO, BERNARDINO, *Los fines del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967.
- MOSSMAN, VICTORIA, *El precedente judicial en Argentina*, “Revista de Derecho Público”, 2016, [www.academia.edu/27109776/El\\_precedente\\_judicial\\_en\\_Argentina\\_publicado\\_en\\_Revista\\_de\\_Derecho\\_Publico\\_Ed\\_Rubinzal\\_Culzoni\\_2016-1\\_Cuestiones\\_Procesales\\_del\\_federalismo\\_argentino\\_I](http://www.academia.edu/27109776/El_precedente_judicial_en_Argentina_publicado_en_Revista_de_Derecho_Publico_Ed_Rubinzal_Culzoni_2016-1_Cuestiones_Procesales_del_federalismo_argentino_I), p. 21 (consultado el 14/11/2018).
- NELSON, CALEB, *Stare decisis and demonstrably erroneous precedent*, “Virginia Law Review”, vol. 87, n° 1, 2001, p. 53.
- OTEIZA, EDUARDO, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, Platense, 1994.
- PAULSEN, MICHAEL S., *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?*, “Yale Law Journal”, n° 109, p. 1538.
- PETERS, CHRISTOPHER J. (ed.), *Precedent on the US Supreme Court*, New York, Springer, 2014.
- RATTI, FLORENCIA, *El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, “Revista Jurídica Austral”, n° 1, vol. 2, p. 616.
- RATTI MENAÑA, FLORENCIA - CALDERONE, SOFÍA, *Anatomía de Dobbs. Una sentencia que renueva el debate*, *EDonline*, ED-MMMCCCXC-615.
- RECASENS SICHES, LUIS, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1973.
- ROSENKRANTZ, CARLOS, *El tema del impuesto a las ganancias no es la consagración de un privilegio*, [www.lanacion.com.ar/2190572-carlos-rosenkrantz-el-tema-del-impuesto-a-las-ganancias-no-es-la-consagracion](http://www.lanacion.com.ar/2190572-carlos-rosenkrantz-el-tema-del-impuesto-a-las-ganancias-no-es-la-consagracion), (consultado el 18/8/2022).
- *En contra de los “préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, vol. 6, n° 1, 2005, p. 71.
- SABELLI, HÉCTOR, *No habrá más penas ni olvidos. O de cómo la Corte Suprema sentó las bases de la crisis de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal en los casos de delitos de lesa humanidad*, *JA*, 2006-I-376.

- SAGUÉS, NÉSTOR P., *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*, "Estudios Constitucionales", año 4, 2006, p. 17 a 32.
- *Recurso extraordinario*, 5ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2023.
- SCHAUER, FREDERICK, *Precedent*, "Stanford Law Review", vol. 3, n° 39, p. 576.
- SEDLACEK, FEDERICO, "*Bases para la aplicación de la teoría del precedente de la República Argentina*", presentado en XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, 2015.
- SODERO, EDUARDO, *Sobre el cambio de los precedentes*, "Isonomía", n° 21, p. 230.
- SPOTA, ALBERTO, *El principio de la supremacía de la Constitución y los medios establecidos para garantizarla en la Argentina, en el ámbito del Poder Judicial federal*, LL, 1993-C-766.
- *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975.
- TARUFFO, MICHELE, *Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de derecho procesal, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, 2003*.
- TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1993.
- TRIBE, LAWRENCE, *The invisible Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- VERMEULE, ADRIAN, *Common good constitutionalism*, [www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/](http://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/).
- WALKER, JOHN (JR.), *The role of precedent in the United States: how do precedents lose their binding effect?*, "Stanford Law School China Guiding Cases Project", 2016.