

## LA CORTE SUPREMA ARGENTINA Y SU JURISPRUDENCIA

Por Silvia B. Palacio de Caeiro

Las decisiones de la Corte, tienen “el carácter y la autoridad de ley obligatoria para todos los Estados y todos los individuos, es preciso que sean conocidas del pueblo. Al lado de la influencia y poder que ejercen sobre la garantía de los derechos y sobre la suerte y organización del país, es necesario agregar la publicidad, no sólo porque todos los que habitan el suelo de la República pueden ser en ellas heridos o respetados en sus derechos, sino también para levantar ante el tribunal de la Corte Suprema el poder de la opinión del pueblo, quien, a la par que gana en inteligencia con el estudio de las decisiones judiciales, con su censura hace práctica la responsabilidad de los jueces, los cuales ganan en su vez en respetabilidad y prestigio ante sus conciudadanos, según sean la ilustración y honradez que muestren en sus decisiones. De esta manera logra también el pueblo, por un medio indirecto, pero que obra poderosamente sobre el hombre, prevenir la corrupción de la conciencia de sus jueces.”\*

**Sumario: I.- Introducción. II.- Importancia de la jurisprudencia en el sistema jurídico argentino. III.- Proyección de la jurisprudencia de la CSJN**

### I.- Introducción

El proceso revolucionario de mayo de 1810 del que surgió el primer gobierno criollo, desembocó, luego de vicisitudes, luchas fratricidas y contradicciones ideológicas, en la organización institucional de 1853 culminando con el dictado de la Constitución Nacional en dicho año, ciclo constitucional que concluyó con las modificaciones introducidas en 1860.<sup>1</sup>

En el diseño republicano de la Carta Magna, la división de los poderes del Estado – ejecutivo, legislativo y judicial -, quedó perfectamente delimitada en sus facultades, atribuciones, deberes y obligaciones, como asimismo el ámbito de su funcionamiento intrínseco.<sup>2</sup>

En el régimen argentino, la génesis del derecho se halla en la ley, situación que nace del principio de legalidad consagrado por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

---

\* Prefacio al primer tomo de Fallos, Dr. José M. Guastavino, Secretario de la CSJN. La Corte Suprema de Justicia, instalada el 15 de enero de 1863, comenzó a editar en 1864 la colección de sus fallos que sigue publicándose.

<sup>1</sup> Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, con la colaboración de Antonio Castagno, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, 2º ed. actualizada y aumentada, expresa que Mariano Moreno, brillante y temperamental Secretario de la Primera Junta de 1810, es considerado “el primer constitucionalista argentino, justicieramente calificado como el *espíritu de Mayo* y símbolo en la Revolución de Mayo”.

<sup>2</sup>En tal contexto lo concerniente al Poder Judicial se singularizó en la segunda parte, título primero correspondiente a las autoridades nacionales, sección tercera, actuales arts. 108 a 119.

La obligación de los jueces de fallar conforme al derecho vigente se deriva de los arts. 31, 33, 116, 117 y cc. de la C.N. La referencia contextual normativa se dirige a la Constitución, a las leyes de la Nación y a los tratados con las naciones extranjeras.

La atribución y función principal conferida a la Corte Suprema y a los restantes tribunales del país, quedó establecida para el “conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75”.<sup>3</sup>

Con base en dicha reserva, se inicia el proceso de codificación en el derecho argentino,<sup>4</sup> que otorga preeminencia al derecho escrito como fuente material del ordenamiento al que todos los magistrados están obligados a aplicar, excepto que se declare la inconstitucionalidad de algún precepto.

Esa construcción constitucional asentada en el sistema de la ley, se plasma en el Título I del Código Civil “De las leyes”, en los arts. 15, 16, 17, 22 y cc.

El art. 15, impone a los jueces juzgar aún cuando exista silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

El art. 16, consagra el método de interpretación para la hipótesis de lagunas legales, establece que si una cuestión no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Preceptiva corroborada por el art. 17, cuando establece que los usos y costumbres no pueden crear derechos sino únicamente cuando las leyes se refieran a ellos, y por su art. 22, en cuanto afirma que lo que no está contemplado en ningún artículo del Código, no puede tener fuerza de ley y por lo tanto no obliga.

La jurisprudencia como fenómeno jurídico no encuentra cabida en norma alguna; menos aún es reconocida como una fuente complementaria ni subsidiaria.

El ordenamiento argentino de clara influencia continental, no tiene asimilado la doctrina del precedente obligatorio para la solución de las controversias.

---

<sup>3</sup> Dentro de las Atribuciones del Congreso Nacional, el artículo 75 expresa: “Corresponde al Congreso:... Inc. 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.” (Antiguo art. 67, inc. 11).

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán, *Historia política y constitucional argentina*, Ediar, Bs. As., 1977, T. III, p. 182.

Aún cuando lo relativo al valor de la jurisprudencia ocupó un lugar destacado desde las primeras épocas institucionales del país; Sarmiento y Alberdi se refirieron al mismo en un encendido debate.<sup>5</sup>

Anota Garay, “Es sorprendente que el tópico de la “jurisprudencia”, con particular referencia al derecho judicial argentino y a los distintos regímenes procesales y de administración de justicia existentes, haya revestido tan poco interés por parte de la doctrina”.<sup>6</sup>

En esa línea se ha opinado, que en los países de tradición jurídica continental y romanista el tema de la jurisprudencia es poco abordado, pues despierta una resistencia racionalista, por lo cual no se lo ha tratado “oficialmente en forma frontal”. Esa situación afecta la “verdad de los resultados obtenidos” y, en especial, “la enseñanza misma del Derecho”.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Sarmiento, Domingo F., *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Estudio Preliminar por Tulio Ortiz, Facultad de Derecho, UBA, La Ley, 2004, p. 4, exponía “El derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante en los puntos análogos o idénticos, hace autoridad en la República Argentina, pueden ser alegadas en juicio, sus autores citados como autoridad reconocida, y adoptada su interpretación como interpretación genuina de nuestra constitución (...) el comentario norteamericano pasa a ser argentino; la práctica norteamericana regla, y las decisiones de sus tribunales federales, antecedente y norma de los nuestros. Alberdi, Juan B., controvirtió esta postura en *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, El Ateneo, Madrid, 1913, donde sostuvo que el derecho comparado y su jurisprudencia no tenían el valor que le asignaba Sarmiento. Para el autor de las Bases la jurisprudencia era una herramienta necesaria para mejorar y corregir las leyes sin tener que derogarlas, ni cambiarlas.

<sup>6</sup> Garay, Alberto F., *La igualdad ante la ley*, Abeledo – Perrot, Bs.As., 1989, p. 116, cita n° 38. Los trabajos que se citan a continuación constituyen un pequeño muestrario del tratamiento que en doctrina se le ha dado al tema de la jurisprudencia: Imaz, Esteban, “Meditaciones sobre la jurisprudencia”, *La Ley*, 98-854; Aftalión, Enrique R. y Vilanova, José “La jurisprudencia como fuente de derecho”, *La Ley*, 81-769; Luder, Italo A. “Concepto, Función y Técnica de la jurisprudencia”, *La Ley*, 37-901; id. “El valor de la jurisprudencia”, *La Ley*, 40-69; Jiménez de Asúa, Luis, “Norma individualizada, jurisprudencia e interpretación”, *La Ley*, 20, 184; Mercader, Amilcar A., “La función interpretadora del juez en la sentencia”, *J.A.*, 1947- II, 498; Frías, Pedro J. (h), “La supremacía de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *J.A.*, 1951- III, 23; Ayarragaray, Carlos A., “Sentencias obligatorias y recurso extraordinario”, *J.A.*, 1950-II, 167; Dromi, José Roberto, “La jurisprudencia como fuente y como conocimiento del derecho”, *J.A.*, 1968-II, 753; id. *El Poder Judicial*, Ciudad Argentina, Mendoza, 1984; id. *Los jueces*, Ciudad Argentina, Bs.As., 1992, Capítulo, “Jueces y Jurisprudencia”, p. 77 y ss.; Sagües, Néstor P., “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *E.D.* 93-891; id. “La “fuerza normativa” de la constitución y la actividad jurisdiccional”, *E.D.*, 170- 823; Lima, Susana “La jurisprudencia y la seguridad jurídica”, *E.D.*,164, 732; Navarro, Marcelo Julio, “Actualidad de jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del acatamiento de su propia doctrina”, *La Ley*, 1997-C, 1137; Bianchi, Alberto B., “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación de la *stare decisis*)”, *E.D.*, Suplemento Derecho Constitucional”, 25/7/00, p. 1. La opinión doctrinaria más actual sobre la proyección de la jurisprudencia de la CSJN, es la aproximación que realiza Bianchi en este trabajo. Allí indaga si en la jurisprudencia de la Corte puede encontrarse una aplicación fáctica del *stare decisis*; la influencia que esta postura tiene en la tarea del Tribunal, y la compatibilidad de tal principio del esquema anglosajón en el sistema jurídico argentino. Luego una reseña genérica de las posturas de la CSJN, Bianchi concluye que en la práctica el Tribunal emplea y ejerce *stare decisis*.

<sup>7</sup> Cunha, Carlos E. J. da, “Jurisprudencia “y “Case Law”, *La Ley*, 97- 885.

Ello ocurre también en relación a “la enseñanza de la jurisprudencia (como una entidad independiente) en las universidades, tema que, generalmente, se reduce al manejo pre-temático de las colecciones de fallos (repertorios), sin base científica alguna que de razón a la tarea, por mero contacto, y no dando al alumno los fundamentos para saber realmente qué está haciendo cuando busca un precedente para argumentar como abogado o para decidir como juez.”<sup>8</sup>

Desde la visión filosófica, se ha considerado: “Aplicar el derecho significa pensar conjuntamente el caso y la ley de manera tal que el derecho propiamente dicho se concrete. Por ello, a menudo la jurisprudencia, es decir los fallos que se dictan son más importantes que la ley general de acuerdo con la cual son tomadas las decisiones; con toda razón en la medida en que el sentido de algo general, de una norma, sólo puede ser justificado y determinado realmente en la concreción y a través de ella.”<sup>9</sup>

En los países de raíz anglosajona, la jurisprudencia por su condición de fuente directa del derecho, tiene un papel protagónico y preponderante desde hace muchos siglos, no obstante ello, su desenvolvimiento y desarrollo sigue ocasionando encendidas polémicas, como la suscitada entre Hart y Dworkin.<sup>10</sup>

Sin embargo, en la República Argentina, a partir de las últimas décadas del siglo XX, se comenzó a notar la preocupación doctrinaria por abordar lo concerniente a la jurisprudencia, en forma más integral y abarcativa, examinándose en especial, la proyección que posee la proveniente de la CSJN.

La actividad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sido estudiada en general, desde su función institucional, rol que desarrolla en su calidad de poder del Estado, cabeza de la justicia federal, síntesis de la rama judicial de gobierno, tribunal arbitral en disputas limítrofes entre provincias y guardiana del sistema republicano - federal y del sistema político.

Los tratadistas examinan, en general, aquellas causas denominadas políticas y las cuestiones que interesan a delimitación de las competencias y facultades de los poderes Ejecutivo y Legislativo y los criterios asumidos por

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Gadamer, Hans – George, *La razón en la época de la ciencia*, Ed. Alfa, Barcelona, 1981, p. 52. Ihering, Rudolf von, *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, Madrid, t. III, p. 14, citado por Álvarez Gardiol, Ariel, *El siglo XXI y el razonamiento forense*, bajo la dirección del Dr. Olsen Ghirardi, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Instituto de Filosofía del Derecho, Advocatus, Córdoba, 2000, p. 13. Refiriéndose a la jurisprudencia, Rudolf von Ihering, expresaba: “no dudo en sostener que es un precipitado de la razón humana en materia de derecho. Un precipitado he dicho y éste es el término exacto, es decir el depósito de la sana razón de millares de individuos, tesoro de la experiencia en el que cada uno ha debido sufrir la crítica de su pensamiento y de su vida práctica. Quien se hace dueño de ese tesoro no obra ya con su propia débil razón ni se apoya en su peculiar experiencia, sino que además trabaja con la fuerza intelectual de todas las generaciones pasadas y con la experiencia de millares de siglos que pasaron.”

<sup>10</sup> Rodríguez, César, *La decisión judicial – El debate Hart – Dworkin*, Ed. Siglo de Hombres Editores – Universidad de los Andes, 1997.

la Corte Suprema en épocas de gobiernos constitucionales y en las de facto.<sup>11</sup>

Las obras relativas a la jurisprudencia de la CSJN, están interesadas en destacar su protagonismo respecto a la organización y división de la función pública, conforme a posiciones sostenidas por diferentes integraciones del Tribunal en los distintos períodos políticos argentinos.

También existen valiosos estudios dirigidos a analizar la independencia de la CSJN mostrada a través de sus decisiones de cuestiones de relevancia constitucional e institucional<sup>12</sup> y el efecto horizontal de sus sentencias.<sup>13</sup>

Un enfoque diferente, permite sistematizar algunos de los elementos relevantes que sirven y facilitan la comprensión de la jurisprudencia de la CSJN como fuente material del derecho, indagando su proyección y función en el campo del derecho y las importantes consecuencias que de ellas se derivan para el sistema jurídico nacional.

Desde este punto de vista, el estudio de la jurisprudencia de la CSJN, reside en encontrar respuesta a algunas preguntas: ¿Qué rol o papel desempeña la jurisprudencia en el sistema jurídico argentino?, ¿Cuál es la

---

<sup>11</sup>Pueden citarse las obras siguientes: Bidart Campos, Germán, *La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales*, actualizada por Pablo Manili, Ediar, Bs.As., 2009; Fayt, Carlos S. *Nuevas fronteras del derecho constitucional – La dimensión político- institucional de la Corte Suprema de la Nación*, La Ley, Bs.As., 1995; Carrió, Alejandro, *La Corte Suprema y su Independencia*, con la colaboración de Alberto F. Garay, Abeledo – Perrot, Bs.As., 1996; Oteiza, Eduardo, *La Corte Suprema – Entre la justicia sin política y la política sin justicia-*, Librería Editora Platense, La Plata, 1994; Santiago, Alfonso (h) *La Corte Suprema y el control político- Función política y posibles modelos institucionales*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs.As., 1999; AA.VV., *Función política de la Corte Suprema – Obra en homenaje a Julio Oyhanarte* -, Santiago, Alfonso (h) y Álvarez, Fernando (coordinadores), Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs.As., 2000; Roger, William D., Wright Carozza, Paolo, *Seguridad jurídica o crisis económica*, Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1995. Asimismo se han ocupado del tema los trabajos siguientes: Spota, Alberto A. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte del poder político del Estado”, *La Ley*, 1990-B, 480; Bianchi, Alberto B., “Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema”, *La Ley*, 1997-B, 994; id., “¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional (Perspectivas actuales y futuras del recurso extraordinario)?” E.D. 172-923, .Masnatta, Héctor “Magistratura y Política”, *La Ley*, 1997-B, 1088; Ventura, Eduardo P. M., “El papel moderador de la Corte Suprema en el sistema republicano de gobierno”, *Seminario de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, AA.VV., Educa, Buenos Aires, 1999, p.11; Farer, Tom J. “Las obligaciones de la Corte Constitucional de un estado democrático”, *Seminario de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, os. Cid., p. 30; Santiago, Alfonso, “Actualidad en la jurisprudencia de derecho constitucional – La Corte Suprema desde el pacto de Olivos hasta nuestros días – Principales fallos institucionales 1994 –1999”, *La Ley*, 2000-A, 1069; Falcón, Enrique M., “La función política y los tribunales superiores” en AAAA, *El papel de los tribunales superiores*, Berizonce, Hitters, Oteiza, Coordinadores, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 19.

<sup>12</sup> Manili, Pablo L., *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de La Nación 1863 – 2007*, Universidad, Bs. As., 2007.

<sup>13</sup>Legarre, Santiago, Rivera (h), Julio César, "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical", *La Ley*, 2009-E, 820.

validez y eficacia de la jurisprudencia de la CSJN?, ¿Cómo procede la jurisprudencia argentina frente a las lagunas del derecho, los casos difíciles o los casos dudosos?, ¿Cómo fallan los jueces en la jurisdicción constitucional de ese Supremo Tribunal?

Estos interrogantes, ponen acento en la *praxis* del derecho argentino contemporáneo, a fin de desentrañar si responde a una concepción positivista, rígida y formalista, o, si por influencia de otros regímenes (angloamericano) las decisiones judiciales también integran el concepto de derecho.

Para responderlos es factible aplicar una metodología pragmática y práctica, focalizada en el análisis de los precedentes concretos de la CSJN, que permiten extraer las “reglas de derecho” surgidas de la doctrina judicial.

Indagar los pronunciamientos de la CSJN posibilita conocer los enfoques aplicados en la hermenéutica constitucional y los test o criterios de ponderación utilizados para aplicar las leyes o resolver los casos.

## **II.- Importancia de la jurisprudencia en el sistema jurídico argentino**

El análisis de la proyección de la jurisprudencia es acentuado desde diferentes disciplinas jurídicas: derecho civil, filosofía del derecho, derecho procesal, derecho constitucional y procesal constitucional.

Desde el derecho civil, la doctrina nacional argentina examina lo relativo al valor de la jurisprudencia, partiendo de la óptica que proporciona el Código Civil, pudiéndose notar una importante evolución entre antiguas y modernas opiniones.

Mientras las primeras,<sup>14</sup> con un criterio estricto negaban efectividad a la jurisprudencia como fuente del derecho, las segundas evidencian una posición aperturista, que admite la actividad creativa de los jueces, la validez de los precedentes judiciales y su equiparación, en algunas hipótesis, a categoría normativa.<sup>15</sup>

Autorizados autores como Salvat, Spota, Llambías,<sup>16</sup> Borda,<sup>17</sup> entre otros, reconocen la actividad creadora del derecho que realizan los jueces en variadas oportunidades y circunstancias, debido a la insuficiencia o deficiencia del orden normativo formal de prever todas las situaciones que la realidad judicial plantea.

Asumen la función creativa de la jurisprudencia y la presencia de un activismo judicial relevante en puntuales supuestos.

La filosofía del derecho estudia la cuestión del valor de la jurisprudencia desde el sistema de fuentes del orden jurídico, en particular examina los problemas a que dan lugar las lagunas del derecho, la resolución

---

<sup>14</sup> Llerena, Baldomero, *Código Civil Argentino*, Imprenta, Litografía y Encuadernación de Jacobo Peuser, Bs.As., 1899, p. 55.

<sup>15</sup> Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, T.E.A., (9ª ed.), Bs. As, 1950, Parte General, p. 24. Spota, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Depalma, Bs. As., 1947,

<sup>16</sup>Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil – Parte General -*, Perrot, Bs. As., 1970,

<sup>17</sup> Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil – Parte General-*, (10º ed. actualizada), Perrot, Bs. As., 1991; idem, Borda, Guillermo A. “Simposio sobre principios jurídicos. Discurso preliminar”, E.D., 186 - 1095.

de los denominados “casos fáciles” y “casos difíciles”, las facultades de los jueces en los regímenes jurídicos occidentales.

Superado en el siglo XX el formalismo decimonónico, que rigió como modelo predominante desde fines del siglo XVIII, los positivistas Kelsen<sup>18</sup> - pirámide normativa - y Hart<sup>19</sup> - regla de reconocimiento -, instalaron el método de la discrecionalidad judicial, el cual mediante la voluntad y elección que realizan los jueces en el acto jurídico de realizar y aplicar el derecho conduce a la búsqueda de una decisión vinculada con el ordenamiento vigente

La contribución del post-positivismo con decisivos componentes iusnaturalista de Dworkin,<sup>20</sup> y su pretendida respuesta correcta para “casos difíciles”, insufló perfiles a la cuestión de la jurisprudencia como fuente del derecho, al expresar que los magistrados deben acudir a los principios jurídicos donde encuentran desde el propio ordenamiento los elementos necesarios para la protección de los derechos, admitiendo el necesario acatamiento de prácticas judiciales anteriores.

En el plano nacional, Nino, Carrió, Alchourron y Buligyn, Martínez Paz, Cueto Rúa, Andruet (h), entre otros prestigiados autores, acceden a conclusiones referidas a la afirmación de la actividad creadora de los magistrados, cuando el ordenamiento jurídico es limitado o exiguo para proporcionar una respuesta, la cual deben encontrar los jueces con base en principios jurídicos y precedentes anteriores, mediante una labor interpretativa abierta, evolutiva, real y práctica.

Se afirma desde allí, que la tendencia a la generalización exhibida por la jurisprudencia constitucional de la CSJN, opera en la *praxis* como fuente del derecho,<sup>21</sup> admitiéndose el rol creativo del derecho judicial.<sup>22</sup>

El punto de vista del derecho procesal resalta en el campo de esa disciplina, el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho.

Alsina,<sup>23</sup> Oderigo,<sup>24</sup> Díaz,<sup>25</sup> Palacio,<sup>26</sup> Podetti, en influyentes obras, exponen que además de la tarea interpretativa que realizan los magistrados

---

<sup>18</sup> Kelsen, Hans, *Was ist die reine Rechtslehre?*, Zurich, 1953, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (3ª ed.), Fontamara, Méjico, 1993; id. *What is Justice?*, University of California Press, Berkeley, California, (1971), *¿Qué es justicia?*, Planeta – De Agostini S.A., Barcelona, 1993.

<sup>19</sup> Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Traducción de Genaro Carrió, Abeledo – Perrot, Bs. As., 1998.

<sup>20</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Right Seriously*, 1977. Traducción *Los derechos en serio*, Planeta – Agostini, Bs. As, 1993.

<sup>21</sup> Cueto Rúa, Julio C., *Fuentes del derecho*, Ed. Abeledo – Perrot, Bs. As., 1994 (passim); id. *Una visión realista del derecho – Los jueces y los abogados*, Abeledo – Perrot, Bs. As. 2000, p. 128 y ss.

<sup>22</sup> Andruet, Armando Segundo (h), "El derecho judicial, los jueces y la sociedad" en AAVV, *Cuadernos de la Especialidad en Derecho Judicial*, edcc, Córdoba, 2007, p. 19.

<sup>23</sup> Alsina, Hugo, *Tratado Teórico – Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial- Parte General*, (2º ed.), Ediar, Bs.As. 1963, T. I, p. 261.

<sup>24</sup> Oderigo, Mario A., *Lecciones de Derecho Procesal*, Depalma, Bs. As. 1958, p. 117, ver nota nº 156.

<sup>25</sup> Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal*, Abeledo – Perrot, Bs. As., 1968, T. I, Parte General.

coexiste una labor constructiva, derivada de la exigencia del art. 15 del Código Civil que les impone el deber de fallar aunque medie silencio, oscuridad o insuficiencia legal.

Desde la mirada procesalista se recuerda la situación producida en el año 1949 cuando se reformó la Constitución Nacional y en el tercer apartado del art. 95 se estableció que la interpretación que la CSJN hiciera de los artículos de la Carta Magna mediante recurso extraordinario federal de la legislación federal y de los códigos y leyes inferiores, poseía carácter de fallo obligatorio. No obstante haber sido abrogada esa disposición por la reforma constitucional habida en 1956, la Corte Suprema a través de pronunciamientos posteriores mantiene igual ideario en relación al acatamiento de su jurisprudencia.<sup>27</sup>

La contemplación que proporciona el derecho constitucional y la novel disciplina del derecho procesal constitucional, enfoca el estudio de la jurisprudencia partiendo del principio republicano de la división de poderes y el reparto institucional establecido en la Constitución,<sup>28</sup> con la finalidad de deslindar las respectivas facultades y competencias asignadas a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Linares Quintana, Bidart Campos, González Calderón, Spota, Frías, Oyhanarte, Fayt, Carrió, Sagües, Vanossi, Hernández, Haro, Gelly, Quiroga Lavié, Garay, Bianchi, Sabsay, Badeni, Carnota, Alfonso Santiago (h), Oteiza, Gil Domínguez, Legarre, Manili, Bazán, Sofía Sagües, Ibarlucía, entre otros importantes doctrinarios, encaminan sus análisis a la trascendencia política de las decisiones de la Corte Suprema y a lo que ellas representan en la función pública de gobierno.<sup>29</sup>

Se destaca que la “función judicial es creación y aplicación del derecho y está determinada por normas generales que regulan el procedimiento y el contenido de la norma que debe crearse.”<sup>30</sup>

Desde el derecho constitucional y el procesal – constitucional, se indaga y responde a los interrogantes que suscita la función y proyección de

<sup>26</sup> Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo – Perrot, (2ª. Edición), Bs. As., 1975, T. I, p. 192 y sgtes.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Parte Especial, T. VI, Alfa, Bs. As., 1956, p. 91.

<sup>29</sup> El aspecto institucional de la jurisprudencia de la CSJN fue examinado también por: González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino*, Lajonane y Cía De., (2ª ed. corregida.), Bs.As. 1926. El autor sostiene que casi desde su primera composición hasta la época en que publica su obra, la CSJN argentina a diferencia de la norteamericana tuvo un papel de escaso protagonismo en la vida institucional argentina y que pareciera haber estado al margen de su verdadera y trascendente función de intérprete final de la C.N. Afirma que no estuvo al nivel de la importancia institucional, política y social del tribunal, pues sólo excepcionalmente, había establecido la interpretación constitucional (p. 417); Sánchez Viamonte, Carlos, *El constitucionalismo – Sus problemas*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1957, encara el aspecto institucional de la jurisprudencia de la Corte en el capítulo XV, p. 231 y coincide con la opinión de González Calderón acerca de la escasa importancia que tuvo en el desarrollo político del país.

<sup>30</sup> Fayt, Carlos A., *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, Depalma, Bs. As., 1994, p. 57.



la jurisprudencia de la CSJN, en la actividad integrativa y creativa de derechos, en la conciliación del esquema constitucional de la división de poderes con principios de igualdad y seguridad jurídica que garantiza una jurisprudencia unificada, en la adecuación del principio de independencia de criterio de los jueces.

Se observa el encuadre constitucional, de aquellos criterios que sostienen la unificación y obligatoriedad de la jurisprudencia de la CSJN, la situación del tema en las diferentes etapas republicanas principalmente en los textos constitucionales emergidos de 1853, 1949 y 1994, el valor de la jurisprudencia de la CSJN en la interpretación judicial de la Constitución Nacional y el control de constitucionalidad, la posibilidad de afirmar en la actualidad una evolución del derecho judicial hacia la obligatoriedad de los fallos de la CSJN y su eficacia vinculante, el acercamiento al sistema anglosajón de *stare decisis*,<sup>31</sup> la pertinencia de afirmar activismo judicial legítimo y creativo.

Agudamente, décadas atrás aseguraba Bidart Campos refiriéndose a la génesis del derecho argentino, que la palabra “fuentes”, “...conduce superficialmente a afirmar la preeminencia del derecho escrito – constitución formal, codificación legislativa, etc.-; pero un análisis más profundo como hemos pretendido hacer en la parcela del derecho constitucional, demuestra que más allá del derecho escrito y de sus normas formuladas, tiene cabida la costumbre – derecho consuetudinario y derecho espontáneo – y el derecho judicial – jurisprudencia -.”<sup>32</sup>

La proyección constitucional dimanada directamente hacia las demás ramas jurídicas, es un modo novedoso de estudiar el derecho, practicarlo y aplicarlo.

### III.- Proyección de la jurisprudencia de la CSJN

La jurisprudencia de la CSJN se muestra en múltiples oportunidades como fenómeno innovador de figuras jurídicas, integrador y complementario del ordenamiento nacional.

La *praxis* enseña, que la jurisprudencia posee calidades de fuente subsidiaria, cuando un precedente resulta aplicable en forma reiterada y constante a situaciones análogas posteriores, mientras se mantengan similares circunstancias, o cuando el juez suple la omisión del legislador, completa o integra algún vacío legislativo, o se anticipa a una solución legal.

---

<sup>31</sup> Bidart Campos, Germán, “Relaciones de la jurisprudencia vinculatoria con la división de poderes y la igualdad jurídica”, op. cit., preconiza la necesidad de establecer un sistema que reconozca la obligatoriedad del precedente, similar al principio del *stare decisis* (p. 754); id. Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino - El derecho constitucional del poder*, op. cit., aborda en el capítulo XXXIX “El derecho judicial”, lo relativo a la *stare decisis*; Sagües, Néstor, *Derecho Procesal Constitucional – Logros y obstáculos* -, Ad-Hoc, Bs.As., 2006, p. 267 y ss.; Cunha, Carlos E. J. da, “Jurisprudencia” y “Case Law”, *La Ley*, 97 - 885; Cárdenas, Emilio J. “El sistema del “*stare decisis*”, su búsqueda de flexibilidad”, *La Ley*, 1984 – B, 762; Bianchi, Alberto B., “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación de la *stare decisis*)”, op. cit.

<sup>32</sup> Bidart Campos, Germán, *Historia política y constitucional argentina*, op. cit., p. 182.

Con esa tendencia pronunciamientos relevantes de la CSJN dan cuenta que la uniformidad y el seguimiento de su jurisprudencia es una constante alegada por ese alto tribunal.

Los criterios referidos al valor de la jurisprudencia de la CSJN se han consolidado a través de sus propios pronunciamientos, que se han referido a la eficacia que poseen sus sentencias en relación con la jurisprudencia inferior de los demás jueces federales o provinciales.<sup>33</sup>

La CSJN acude a diversas razones a favor del efecto vinculante de sus decisiones: a) obligación de seguir el precedente dictado en el mismo proceso; b) obligación de seguir sus propios precedentes en distintos procesos; c) eficacia o valor que la propia Corte reconoce a sus criterios respecto a las sentencias dictadas por los tribunales inferiores en cuestiones análogas.

La tercera de las razones expuestas, halla sustento en la doctrina del *leal acatamiento* que impone el seguimiento de los precedentes de la CSJN con base en estándares elaborados por el propio tribunal.

Ellos son la *obligación moral* de los jueces de seguir los criterios fijados y la *autoridad institucional* que posee el precedente de la CSJN, los que determinan el *seguimiento condicionado* de prácticas judiciales anteriores.

A través de la doctrina del *leal acatamiento* y del *seguimiento condicionado*, queda establecida la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Alto Tribunal, excepto cuando en el caso concreto existan particularidades, distinciones, razones de peso peculiares y muy fundadas que revelen la inconveniencia jurídica de apartarse de aquella.

Pero esos estándares del *leal acatamiento* y del *seguimiento condicionado*, parecen insuficientes para reputada doctrina de mayor actualidad, la cual reclama a la CSJN que establezca de modo claro y contundente que el respeto de su jurisprudencia es *deber jurídico* de los tribunales inferiores, abandonando las referencias del *deber moral*, en mérito a las confusiones y vaguedades a que da lugar ese concepto.

Sagües, quien encarna esta avanzada científica, afirma en recientes publicaciones que en la postura de la Corte se muestra el ejercicio de una *interpretación constitucional mutativa por adición* del art. 117 de la Constitución Nacional, en cuyo mérito, se agregó a la citada disposición, “una frase según la cual los tribunales inferiores deben aplicar la doctrina que ella fije, salvo que dieren razones valederas y nuevas para apartarse de ella”.<sup>34</sup>

La construcción por vía doctrinaria, judicial y especializada, del imperativo que brega por la uniformidad de la jurisprudencia conforme a criterios de la CSJN, es una noción relacionada con el valor, proyección y unificación de los precedentes respecto a casos análogos.

---

<sup>33</sup> “Santín, Jacinto s/ Impuestos Internos”, Fallos: 212: 51; ídem, “Dimensión Integral de Radiodifusión S.R.L. c/ San Luis, Provincia de s/ daños y perjuicios”, D. 207. XXIII., 25/09/2001, Fallos: 324: 3025. Sagües, Néstor P. “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, E.D., 93-981, cit.

<sup>34</sup> Sagües, Néstor P., *Logros y obstáculos del derecho procesal constitucional*, op. cit.,” La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema”, La Ley, 14/8/08, p. 1.

Aunque deba admitirse como una singularidad de la jurisprudencia, la permeabilidad para producir mutaciones o movimientos evolutivos de los criterios, cuya excepcionalidad radica en la necesidad de un ineludible giro hacia nuevos criterios o teorías advertidos más adecuados, pertinentes, justos y acordes, lo que traduce el diálogo dinámico con la comunidad y sus reclamos.

Este movimiento intrínseco que posibilita la variación de las posturas asumidas con anterioridad, ha sido avalado específicamente por la Corte, como una forma de admitir la evolución y desarrollo del derecho, aunque vale aclarar que el proceso mutativo debe estar presidido por la prudencia, ecuanimidad y valoraciones asentadas en la interpretación previsor, certeza y seguridad jurídica.

Respecto a este punto, es interesante advertir que también en el régimen del *common law*, con la finalidad de propender a un adecuado desarrollo del derecho, se admite con excepcionalidad el cambio del precedente – *overruling* – para evitar que una adhesión demasiado rígida pueda conducir a soluciones injustas.<sup>35</sup>

En ciertos e importantes aspectos sociales y comunitarios es imprescindible la relación dialéctica de la magistratura con una sociedad que requiere adecuadas respuestas a legítimos reclamos.<sup>36</sup>

La significación de los procesos y figuras innovativas introducidas o reafirmadas por la jurisprudencia de la CSJN, verifican un respetado criterio reiterado en lapsos prolongados y dan pie a modernas doctrinas que admiten el activismo judicial legítimo en el plano nacional.<sup>37</sup>

El método de la inducción deductiva,<sup>38</sup> posibilita extraer conclusiones que demuestran la influencia de la jurisprudencia en el campo de la elaboración, modificación y evolución del derecho, como así también en determinados supuestos y bajo específicas condiciones, la real incidencia de aquella en la creación de institutos o figuras jurídicas nuevas.

La *praxis* revela que frente a lagunas jurídicas, omisiones legales o cuestiones dudosas, la jurisprudencia ha mostrado idoneidad para llenar los vacíos normativos y para establecer variantes jurídicas inéditas, que posibilitaron realizar la justicia en un caso concreto, con fuerza suficiente para producir avances y proyectarse ulteriormente en el sistema jurídico como una fuente generadora del derecho.

---

<sup>35</sup> Legarre, Santiago, Rivera (h), Julio César, “Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”, La Ley, 2005-F, 850, relatan que la *House of Lords*, superior tribunal inglés, a partir del año 1966, atenuó la rigurosidad del *common law* respecto a la obligatoriedad del precedente, a través de *overruling*, que funciona como una especie de derogación parcial del anterior criterio y facilita su desplazamiento. En similar forma, la Corte Suprema de EEUU, también aplica esa función, cuando considera adecuado reconsiderar o cambiar una postura ya fijada.

<sup>36</sup> Masciotra, Mario, en AAAA, *El papel de los tribunales superiores*, op. cit., p. 73.

<sup>37</sup> Sagües, Néstor P., “Reflexiones sobre el activismo judicial legítimo (A los cincuenta años de la creación jurisprudencial del amparo federal), en AAVV, *Derecho Procesal Constitucional*, ponencia de las Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional, EDUCC, Córdoba, 2008, p. 375.

<sup>38</sup> Alchourron – Buligyn, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1975 (2ª reimpresión, 1993), se refieren al indicado método.

Algunas de esas soluciones originales hallaron luego su concreción legal en una norma positiva, otras en cambio, siguen observándose por los tribunales en reconocimiento de la autoridad de la jurisprudencia superior.

Todas en definitiva, contribuyeron con su fuerza creativa a establecer novedosas figuras jurídicas que convirtiéndose en derecho consuetudinario fueron acatadas puntualmente por los jueces.

La referida situación no sólo se advierte en cuestiones de hermenéutica y control de constitucionalidad, sino también en supuestos que exigen la interpretación y aplicación del derecho común, llegados a la instancia extraordinaria en mérito a la doctrina de la arbitrariedad.<sup>39</sup>

Ello sucedió con el amparo<sup>40</sup> el desarrollo del control de constitucionalidad difuso,<sup>41</sup> la acción declarativa de inconstitucionalidad, importantes aristas del régimen del recurso extraordinario federal como la doctrina de la arbitrariedad, gravedad institucional y la trascendencia, el régimen de nulidades en el derecho administrativo, el desarrollo de la acción de habeas data con anterioridad a su ley reglamentaria, la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, la modificación de la ley de matrimonio civil permitiendo la disolución del vínculo conyugal, entre muchos otros asuntos.

Los casos "Mignone", "Verbitsky", "Casal", "Mendoza", "Arriola", "Halabi", por citar algunos de mayor relevancia de la CSJN actual, dan cuenta de la plenitud y potencialidad de la jurisdicción constitucional que va perfilando el actual transitar de la CSJN, que incursiona además en

---

<sup>39</sup> Palacio de Caeiro, Silvia B., "La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la creación del derecho", Rev. Foro de Córdoba, Ed. Advocatus, Febrero 1999, Año X, N° 51, p. 49; "La doctrina de la arbitrariedad y sus efectos en el sistema jurídico argentino", en AAVV, *Derecho Procesal Constitucional*, ponencia de las Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional, EDUCC, Córdoba, 2008, p. 375.

Casos relacionados con las franquicias de seguros de automotores en el transporte público de personas. Fallos: 329:3488; 330:3483; 331:379; "Gauna c. La Economía Comercial", 4/3/08; "Obarrio c. Microómnibus Norte S.A.", 4/3/08, entre otras recientes causas relativas al tema.

<sup>40</sup> Bianchi, Alberto B. "Una meditación de la función institucional de la Corte Suprema", La Ley, 1997-B, 994, cit.

<sup>41</sup> Vanossi, Jorge R., Vanossi, Jorge, *Teoría Constitucional*, op. cit., t. II, p. 275/276, expresa "La función que ha cumplido la Corte Suprema – equivalentes a la de otros tribunales en otros países que admiten el sistema de control jurisdiccional – mediante el recurso extraordinario, tendiente a asegurar esa supremacía se ha visto robustecida más allá de los instrumentos que le ha concedido el derecho positivo sancionado por el legislador, para llegar a la utilización de lo que cabe denominar las grandes creaciones pretorianas de los jueces, especialmente de los de la Corte Suprema. Esas creaciones "pretorianas" han sido consideradas por algunos críticos como verdaderas invasiones en la órbita reservada del legislador; pero, en realidad, han sido instrumentos destinados – en algunos casos – a implementar lo que el legislador había determinado embrionariamente, y – en otros casos – a suplir una situación lagunosa que por ausencia de la actividad del legislador había quedado sin ser cubierta. La principal creación pretoriana que ha hecho la Corte argentina en los límites del modelo constitucional que nuestro país ha adoptado – que es el modelo norteamericano – es, precisamente, el propio control de constitucionalidad ejercido por medio de los jueces..."

sentencias exhortativas con mandatos afirmativos hacia los demás poderes del Estado.<sup>42</sup>

Actualmente ha adquirido mayor fuerza dentro del régimen del recurso extraordinario federal, la causal de la arbitrariedad normativa de las sentencias, cuando los magistrados inferiores en cuestiones constitucionales y en las de derecho común, se apartan sin mayores fundamentos de los argumentos esgrimidos por la CSJN en que conforman una jurisprudencia reiterada y consolidada, incumpliendo el deber de conformar sus criterios con los de aquella en su calidad de intérprete suprema de la Constitución Nacional.<sup>43</sup>

Entre los fundamentos que tornan aconsejable el seguimiento del precedente, pueden mencionarse razones asentadas en la señalada interpretación previsoras que otorgan la necesaria previsibilidad al sistema, igualdad y seguridad jurídica, coherencia, economía procesal, certeza y estabilidad jurídica, asentados en la necesidad de pacificación individual y social.

Esto demuestra una vez más, la aproximación al sistema de la *stare decisis*, cuya base se encuentra en las condiciones de igualdad, previsibilidad, economía y respeto al acierto y sabiduría de magistrados.

La interpretación constitucional mutativa por adición al art. 117 de la Constitución Nacional, que implica el activismo judicial en el criterio de Sagües, bien puede extenderse al régimen del Código Civil.

Las características contemporáneas que estructuran el sistema jurídico de la República Argentina, demuestran la confluencia de la legislación (proyección positivista del derecho) con precedentes judiciales que innovan y resuelven de modo creativo en ausencia de enunciados específicos y aún en su contra como ya se ha visto, cuando descalifican por inconstitucionalidad sus normas.

El activismo judicial legítimo, por su calidad de fuente subsidiaria en el proceso complementario e integrador del derecho argentino, permite la asimilación de la jurisprudencia reiterada, constante y uniforme de la CSJN al sistema estructurado por los arts. 31, 116 y 117 y cc. de la Constitución y arts. 15, 16, 17, 22, concordantes del Código Civil y demás normativa sustantiva referente.

El derecho español en el art. 1.6 del Código Civil de España, ofrece una fórmula válida cuando expresa "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el

---

<sup>42</sup> Palacio de Caeiro, Silvia B., "Jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad y sentencias exhortativas", Derecho Procesal Constitucional, Jurisprudencia Argentina, Bs.As., 2009; Sagües, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Logros y Obstáculos*, Ed. Ad - Hoc, Bs. As., 2006, p. 75; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes", La Ley 2007-D, 1242; Sagües, Sofía, "El diálogo institucional en el activismo jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Internet, El Dial.com, Suplemento de derecho constitucional, Biblioteca jurídica on line, entre otros autores que se ocupan de este tema.

<sup>43</sup> Palacio de Caeiro, Silvia B., "La doctrina de la arbitrariedad y sus efectos en el sistema jurídico argentino", op. cit.

Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.”

Con esa visión ha llegado el momento de solucionar el gran déficit del sistema jurídico argentino, mediante una modificación de los arts. 116 y 117 de la Constitución y de puntuales disposiciones del Código Civil, que permita reconocer en el plano legislativo que la jurisprudencia de la CSJN reiterada, sostenida y convalidada por lapsos prolongados, es también una fuente legitimada, válida, eficaz y complementaria del derecho nacional.

La importancia y trascendencia del tema, deja entreabierto un ámbito de diálogo al que la jurisprudencia de la CSJN y la ciencia jurídica nacional, están invitados en estos tiempos del Bicentenario.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Las reflexiones precedentes están basadas en mi tesis doctoral aprobada en la Universidad Nacional de Córdoba, bajo el título: "Función y proyección de la jurisprudencia de la CSJN en el sistema jurídico argentino", inédita y en proceso de publicación.