

RECENSIÓN

GARAY, Alberto F.; LEGARRE, Santiago; AHUMADA, Carolina; RATTI MENDAÑA, Florencia e YLARRI, Juan S., *La Corte Suprema y los precedentes obligatorios*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2022, 242 pp. Prólogo de María del Carmen Battaini.

IGNACIO COLOMBO MURÚA¹

En la obra que reseñamos se realiza un exhaustivo análisis del fallo *Farina* (Fallos: 342:2344) dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 26 de diciembre de 2019 y que versa sobre la interpretación de la causal de interrupción de la prescripción de la acción penal que se estipula en el artículo 67, inc. e) del Código Penal (el dictado de una sentencia condenatoria no firme). En este pronunciamiento se dispone en la parte resolutive y de manera novedosa que “la doctrina judicial de esta Corte referida a la interpretación del

1. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UCA). Diploma de Estudios Avanzados (DEA) (Universidad de Castilla la Mancha, España). Profesor de Derecho Constitucional en grado y posgrado en las Universidades Nacional de Salta y Católica de Salta. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director del Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Salta. Miembro Correspondiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Juez de Garantías en el Poder Judicial de la Provincia de Salta. Correo electrónico: colombomurua@yahoo.com.ar.

artículo 67, inc. e) del CP es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales del país”.

El abordaje de la cuestión resulta ser una tarea acertada y necesaria, desde que la sentencia se presenta, al menos en principio, como novedosa respecto de la construcción del valor del precedente como fuente del derecho en el sistema constitucional argentino. Es, en ese sentido, un fallo que extiende sus efectos más allá de la solución del caso concreto, puesto que implica una concepción general de lo que la CSJN pretende generar con relación a su propia autoridad y respecto de la actitud que, consecuentemente, los operadores jurídicos deberían asumir con relación a su jurisprudencia.

Ahora bien, los autores plantean aquí diversos y agudos interrogantes críticos con relación a la estrategia asumida por el tribunal, ya que, por un lado, se marca que la selección del caso para efectuar esta tarea de diseño general es en extremo problemática y, por el otro, que la forma en que esa tarea constructiva se ha plasmado en el fallo resulta inconsistente con una buena técnica del precedente.

Como se destaca en diversos pasajes de la obra, en la configuración del sistema normativo argentino coexisten dos tradiciones que resultan de difícil conciliación, y que, si no se las delimita con claridad, pueden impactar negativamente a la hora de determinar la función específica de la Corte Suprema de Justicia. Es que nuestra principal fuente constitucional es la norteamericana (*common law*), pero nuestro derecho común arraiga en la tradición continental europea (*civil law*).

No obstante ello, esta divergencia ha tenido una consagración constitucional en la reforma de 1860 –extraña a la tradición norteamericana (art. 67, inc. 11, actual art. 75, inc. 12)– que ha establecido un interesante balance sistémico. Esta desarmonía, entonces, parecería corregirse adecuadamente en nuestro ordenamiento al delimitarse, sobre la base del esquema federal, los órganos jurisdiccionales encargados de interpretar al derecho común –ejerciendo casación a su respecto– del órgano encargado de la interpretación final del derecho federal (la CSJN).

Es precisamente en este punto en el que se concentra el eje de la crítica argumental que recorre e hilvana los distintos capítulos de la obra. Es que ese delicado equilibrio es el que se resquebraja en el pro-

nunciamento analizado, en donde la Corte Suprema se erige como intérprete final del derecho común, al modo casatorio, imponiendo una doctrina judicial obligatoria para todos los fueros del país. Ello demuestra, entiendo, que tanto el caso seleccionado como el modo de resolver han sido inadecuados para proyectar una robusta teoría del precedente vertical en el derecho argentino –como parece pretender la Corte en su actual composición–.

Para poder resolver adecuadamente un problema resulta necesario dividir analíticamente las cuestiones que se encuentran implicadas en él. Esta tarea es desarrollada exitosamente por los autores y es, tal vez, el aporte más significativo de la obra. Así, se destaca que: i) una cosa es la función y competencia de la Corte frente a un problema de interpretación del derecho común (como ocurre en el caso) y otra lo es frente a una cuestión federal; ii) no operan del mismo modo los fallos de última instancia dictados en un sistema de fuente civilista, que los dictados en el marco de un esquema de *common law*; iii) no es lo mismo construir un precedente con su respectiva argumentación y *ratio decidendi* que dictar un fallo que se pronuncia en el marco de una misma causa y ante el incumplimiento de un tribunal inferior (este último supuesto es el preponderante en la causa). La crítica articulada en el trabajo explica que en *Farina* estos niveles de análisis no se encuentran debidamente diferenciados en su tratamiento y allí radica su principal falencia.

Así, por ejemplo, la Corte parece desatender que se está resolviendo un caso concreto con ribetes procesales particulares y que, por ello, no parece una causa adecuada para construir un precedente general. Podría decirse que la principal cuestión, que llevó a la Corte a introducir un novedoso esquema “casatorio” en la parte resolutiva, era el particular incumplimiento en el marco de esa causa, al menos según la interpretación de la Corte, de las “claras” y “precisas” instrucciones impartidas al fuero de la provincia de Buenos Aires. Dicho de otro modo, en el caso *Farina*, la Corte se encontraba contrariada ante lo que consideraba un alzamiento del fuero provincial de Buenos Aires y por ello resolvió con vehemencia, por así decir, buscando asentar su propia autoridad en el caso concreto pero, tal vez, descuidando la dimensión general del pronunciamiento. Es por ello que resulta dudoso que el pronunciamiento pueda tomarse ple-

namente con valor general más allá de las particularidades concretas reseñadas.

En el primer capítulo, Alberto Garay efectúa un repaso de los vaivenes procesales de la causa y realiza un análisis de la “fundamentación de la sentencia desde la perspectiva que proporciona la doctrina del precedente, según como la Corte Suprema la ha venido empleando desde el siglo XIX”. En ese sentido destaca que el fallo, pese a los fundamentos esgrimidos, termina resolviendo una cuestión de interpretación de derecho común. Refiere a que el artículo 67, inc. e), es vago, puesto que no se indica si la única condena no firme a la que hace alusión es solo la de primera instancia o si también deben computarse a esos efectos las que se deriven de las distintas instancias recursivas. En consecuencia, “despejar esa vaguedad importa interpretar y aplicar el Código Penal, actividad que está reservada a los tribunales provinciales (arts. 75, inc. 12 y 116 de la CN, y 15 de la Ley N° 48)”².

En cuanto a la teoría del precedente, presenta una serie de consideraciones de cómo debe construirse correctamente una “doctrina judicial” y señala que la Corte no ha seguido esas reglas en el caso en análisis. En ese sentido, la Corte ha formulado argumentos divergentes, que hasta parecen incompatibles entre sí, y que por ello se dificulta la tarea del intérprete-aplicador que debe asir la *ratio decidendi*. Entiende, entonces, que la Corte podría haber resuelto la causa sin incurrir en estas contradicciones, recurriendo al mero aunque relevante fundamento de la violación de la garantía del plazo razonable –la causa llevaba en trámite recursivo catorce años–. Ello hubiera sido consistente con sus precedentes y no tendría que haber ingresado a consideraciones propias del derecho común –para lo cual, afirma el autor, carece de competencia–. Estos déficits de argumentación, en definitiva, atentan en contra de lo que la propia Corte pretende: que se sigan sus precedentes.

Santiago Legarre, a su turno, enmarca su análisis en la tradición acuñada por la Corte en los casos *Santín* (Fallos: 212:51, 59), *Balbuena* (Fallos: 303:1770) y *Cerámica San Lorenzo* (Fallos: 307:1094), que inaugu-

2. Garay, Alberto, Capítulo: “Simplezas y complicaciones de un caso fácil”, p. 25.

ra la “doctrina intermedia” del seguimiento del precedente, esto es, la que estipula que los precedentes se deben seguir salvo que se aporten “nuevos argumentos”. En palabras del autor, “el principio general es el seguimiento del precedente relevante y la excepción es el apartamiento justificado, mediante el aporte de nuevos argumentos por parte del tribunal inferior”. Esta doctrina, explica, es, una vez más, producto de la intersección problemática de marcos del *common law* con el *civil law*, puesto que uno exige el seguimiento rígido del precedente y, el otro, establece la no obligación de seguimiento.

Legarre explica la diferencia entre el esquema de seguimiento “atenuado”, esto es, la postulación de “nuevos argumentos”, y la técnica del *distinguishing* propia del *common law*. En el *common law* el tribunal inferior no puede apartarse válidamente de un precedente del tribunal superior ni aunque aporte nuevos argumentos. La única manera de escapar de la obligación de seguimiento es demostrar que el caso actual difiere, en su plataforma fáctica, del pronunciamiento precedente. No hay posibilidad, allí, de diálogo ni de marcar errores; el precedente debe ser seguido, salvo que se argumente exitosamente que es un supuesto fácticamente disímil.

Es en este marco que el autor presenta a *Farina* como un eslabón más en la construcción de la tesis intermedia. Tal vez, concluye, la única novedad esté en la parte resolutive del fallo, al declamar el seguimiento obligatorio de la interpretación del artículo 67, inc. e), para todos los tribunales del país, lo que parece implicar una imposibilidad de apartarse de ella, incluso aportando nuevos argumentos.

Sin embargo, el análisis no debe detenerse en un caso aislado, sino que es necesario estudiar la continuidad en la jurisprudencia. En esa línea, en los fallos *Vidal* (Fallos: 345:244), dictado pocos meses después de *Farina*, y *Vilte* (Fallos: 345:123) –del año 2022–, con cita a *Cerámica San Lorenzo* (Fallos: 311:2453), la Corte vuelve a enunciar la doctrina intermedia. Siendo ello así, concluye el autor, la doctrina intermedia goza de buena salud.

Carolina Ahumada analiza el impacto del fallo en el ámbito del derecho penal, en cuyo marco valora la importancia de la obligatoriedad vertical de los precedentes para establecer una interpretación restrictiva y taxativa respecto del poder punitivo estatal.

Destaca que en materia penal existe un amplio seguimiento y acatamiento de los fallos de la CSJN e indaga respecto de distintos pronunciamientos que han tenido gran incidencia en el modelo de enjuiciamiento penal. Ello implicó, valora, que cuestiones que “antes suscitaban innumerables planteos y litigios se aquietaran mediante la resolución del caso por la Corte y el acatamiento masivo de los tribunales penales del país”.

No obstante ello, y en consonancia con la crítica uniforme que realizan todos los autores de la obra, subraya que, incluso en el ámbito penal, la sentencia resulta problemática, puesto que se construye sobre la base de “sistemas contrapuestos, cuya compatibilización y coexistencia no parece viable en tanto se sustentan en principios políticos que se excluyen mutuamente”³. En esa línea, recalca que la Corte no se limita a atribuir una solución jurídica sobre un análisis de los hechos –siguiendo el modelo del *common law*–, sino que formula una interpretación concreta de un dispositivo normativo –en línea con el *civil law*–. Concluye, en consecuencia, que *Farina* es el reflejo de esta dualidad no resuelta.

A su turno, Florencia Ratti Mendaña llama la atención sobre el particular interés que la actual integración de la Corte ha manifestado respecto de la teoría del precedente. Tanto es así que, recuerda, el tribunal “indicó que los tribunales inferiores deben conformar sus decisiones a los precedentes de la Corte aun ante la inexistencia de una norma que así lo establezca”⁴. En ese marco, advierte, debe analizarse el precedente *Farina*.

La autora realiza un prolijo análisis de los hechos de la causa y de los argumentos vertidos por la Corte, y remarca el doble problema que este pronunciamiento enfrenta: “(...) tenemos aquí, por un lado, la cuestionable competencia constitucional de la Corte en materia de derecho común y, por el otro, la aún más cuestionable competencia constitucional de la Corte para interpretar derecho común con carác-

3. Ahumada, Carolina, Capítulo: “El caso «Farina»: certezas y disyuntivas”, p. 108.

4. Ratti Mendaña, Florencia, Capítulo: “Lo que «Farina» nos dejó. Análisis de la doctrina judicial obligatoria creada por la Corte”, pp. 118 y 119.

ter obligatorio y para todos los casos futuros que deban resolver los tribunales del país”⁵. A su vez, destaca que no queda para nada claro que la interpretación del artículo 67, inc. e), que realizan los tribunales de provincia sea arbitraria, pues parece ser una interpretación posible del texto legal. Ello, paradójicamente, marca una inconsistencia entre lo que se considera arbitrario en *Farina* y los propios precedentes de la Corte.

La autora demuestra, con una indagación precisa de los antecedentes citados por la Corte, que no resulta ajustada la afirmación respecto a que el fuero penal de la provincia de Buenos Aires se hubiera apartado de “reiterados fallos” de la Corte en los que se explicitó que el dictado de la condena no firme es el único acto que interrumpe la prescripción conforme la letra del artículo 67, inc. e), del CP. En síntesis, se muestra que, paradójicamente y en este caso, la Corte ha utilizado incorrectamente la teoría del precedente.

Efectúa un análisis de la doctrina del seguimiento “atenuado” que ha adoptado la Corte argentina desde sus orígenes y marca las inconsistencias de un viraje, como parece suceder ahora, hacia un modelo casatorio de raigambre continental-europeo. Repasa el voto parcialmente disidente de Rosenkrantz y proyecta las posibles soluciones que se pudieron haber tomado válidamente.

Desde una perspectiva “consecuencialista” reflexiona sobre el impacto que un pronunciamiento de estas características, impropias del sistema argentino, puede tener en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, por ejemplo, dejar impunes delitos graves en los que múltiples jueces confirmaron la condena. Deriva de un análisis de la jurisprudencia posterior al caso *Farina* que esas preocupaciones se están verificando en la praxis. Se pregunta, en ese sentido, si es posible, después de ese pronunciamiento cuasi-casatorio, una prudente vuelta al esquema del precedente, en donde la Corte pudiera admitir sentencias “en las que los tribunales inferiores se desvinculen de *Farina* a partir de la técnica del *distinguishing* (...). Por ejemplo, si se trata de delitos más graves o de procesos que no se han extinguido por tantos años, ¿se podría sostener que la interpretación amplia del artículo 67,

5. Ídem, p. 128.

inc. e), en tales casos, no es inconstitucional?”⁶. En esa línea, explora como posible solución una modificación legislativa para despejar los problemas interpretativos que ha generado el punto bajo discusión.

Recuerda el contexto específico y particular de la causa, relativo al enfrentamiento de la Corte con el Tribunal Superior de Buenos Aires y concluye que *Farina* no parece haber sido una buena elección para consagrar, de modo tan tajante, la obligatoriedad de una doctrina judicial de la Corte.

Por último, Juan Ylarri desarrolla un minucioso repaso respecto de la teoría del precedente, esto es, cómo fue tratada en la doctrina argentina y la evolución jurisprudencial –y zigzagueante– que ha tenido. Repasa los hechos de la causa y realiza una distinción entre el seguimiento de un precedente y cumplir, en una misma causa, con las indicaciones dadas por la CSJN –ambos extremos presentes en *Farina*–.

Por otro lado, efectúa consideraciones sobre la perspectiva que parece surgir del posicionamiento histórico del máximo tribunal, esto es, la de asignar a sus precedentes una obligatoriedad atenuada, esto es, que puede ser desatendido solo si se esgrimen nuevos argumentos. En ese sentido, plantea el problema práctico de este estándar débil, y que se verifica en el alto índice de incumplimiento por parte de los tribunales inferiores, multiplicando las causas que llegan a la Corte. A su vez, se pregunta si un sistema de control de constitucionalidad difuso puede funcionar sin un verdadero sistema de *stare decisis*.

El autor entiende que bien analizada la cuestión, en *Farina* se ha mantenido la posición respecto a que la Corte no tiene, en principio, la función de casación, solo que se ha marcado que en algunos casos excepcionales puede ejercerla. Eso se deriva de las particulares situaciones de la causa y que la jurisdicción local no había seguido las “reiteradas” indicaciones y la jurisprudencia emanada del tribunal.

Concluye que “[r]esulta claro que la situación de desigualdad e inseguridad jurídica que se produce con la aplicación del *stare decisis* «criollo» debe ser corregida, puesto que es una «buena doctrina» en la teoría, pero en la práctica es anárquica y caótica”.

6. Ídem, p. 151.

RECENSIÓN

En síntesis, la obra muestra cómo deben analizarse y desmenuzarse los fallos relevantes, como lo es el caso *Farina*; ello, a los efectos de comprender cabalmente su proyección jurídica pero, también, sus problemas e interrogantes. En ese sentido, diría, lo que se debe determinar es si el caso en estudio implica realmente un planteo novedoso en cuanto a la teoría del precedente doméstico, esto es, si es posible derivar del fallo efectos generales, o si debe concluirse que, arrebatada por las circunstancias particulares, esto es, por el supuesto incumplimiento reiterado de la jurisdicción bonaerense, la Corte particulariza su decisión y, por ende, solo debe ser considerado como un pronunciamiento coyuntural que, por ser tal, no aporta a la construcción general de la doctrina.