

INSEGURIDAD JURÍDICA POR ANARQUÍA JURISPRUDENCIAL

AL NO HABER UN TRIBUNAL DE CASACIÓN NACIONAL QUE UNIFIQUE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN TODO EL PAÍS, LOS DISTINTOS JUECES PUEDEN RESOLVER SOBRE UN MISMO HECHO CON INTERPRETACIONES JURÍDICAS DIFERENTES, LO QUE VUELVE IMPREVISIBLES SUS DECISIONES. EN LA ARGENTINA, LA CONCENTRACIÓN DE PODER POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA NO RESOLVIÓ ESTA SITUACIÓN, SINO TODO LO CONTRARIO. PARA UNA VERDADERA SOLUCIÓN, ES NECESARIA UNA REFORMA, SIGUIENDO EL MODELO DE CONTROL CENTRALIZADO DE CONSTITUCIONALIDAD EUROPEO.



por E. RAÚL ZAFFARONI.
*Profesor Emérito de la Universidad
de Buenos Aires*



1.

Seguridad jurídica.

Suele decirse que el derecho es lo que *los jueces dicen que la ley dice*. Sin profundizar en la filosofía jurídica, en el plano práctico de cualquier Estado de derecho, la llamada *seguridad jurídica* es *previsibilidad*, o sea, que cada habitante goce de la certeza de que su acción es conforme o contraria al derecho, que en el primer caso nadie le privará de su derecho y en el segundo –con alta probabilidad pero con absoluta legitimidad– será objeto de una sanción civil, penal, administrativa, etcétera.

2.

Previsibilidad de las sentencias.

La *seguridad jurídica* requiere –entre otras cosas– que las decisiones de los jueces sean previsibles. Dado que casi toda ley admite varias interpretaciones, para evitar la *inseguridad* es necesaria una doctrina judicial o *jurisprudencia* con unidad de criterio.

Cuando un tribunal decide que un contrato es lícito y que otro es ilícito, o que una acción es delito y otro que no lo es, sin que nadie resuelva cuál es el criterio válido, no existe *seguridad jurídica* y, más aún, los habitantes sufrirán una limitación de su espacio social, porque, por prudencia, se abstendrán de celebrar ese contrato o de realizar esa conducta.

3.

Nomofilaxis y casación.

Para evitar *inseguridad jurídica*, en el derecho comparado existen tribunales que definen el derecho objetivo, es decir, que se encargan de lo que se denomina *función nomofiláctica* (*nomos*, ley; *phylaxis*, vigilancia). Se llega a estos tribunales mediante un *recurso de casación*, que impetra que se *rompa o quiebre* (del francés, *decasser*) la sentencia que interpretó mal el derecho. El *recurso de casación* tiene por objeto, pues, fijar la doctrina jurisprudencial y –en el derecho comparado– no se confunde con las diferentes acciones o recursos de *inconstitucionalidad*, cuyo objetivo es descalificar normas contrarias a las constitucionales ante tribunales que ejercen el *control de constitucionalidad*. Ambas competencias, además, surgieron modernamente como opuestas.

4.

La casación francesa.

En efecto: tanto la casación como el control constitucional fueron producto de revoluciones de finales del siglo XVIII –la primera de la Revolución Francesa y el segundo de la Revolución Norteamericana–, como resultado de que cada una de ellas perseguía objetivos diferentes.

La Revolución Francesa quiso desplazar a una clase social (nobleza) y dar hegemonía a otra (burguesía), para lo cual eliminó a los jueces del antiguo régimen y, para evitar el riesgo de que nuevos jueces reprodujesen su arbitrariedad, el Parlamento (Legislativo) organizó bajo su directa dependencia un tribunal de casación, que tenía por función anular (*romper*) toda sentencia que no se ajustase a sus leyes. La desconfianza revolucionaria hacia los jueces determinó que, mediante la casación, el propio Legislativo controlase las sentencias (puede decirse que eran *legisladores controlando a jueces*).

5.

El control judicial norteamericano.

A diferencia de la anterior, la Revolución Norteamericana no quiso cambiar ninguna estructura de clases, sino solo quitarse de encima a la Corona inglesa. Ante el temor de que el gobierno federal que creaba pudiese volverse una carga semejante, decidió que sus jueces (y en última instancia un tribunal o Corte Suprema) controlasen a los legisladores federales (Congreso) mediante el recurso de inconstitucionalidad. A la inversa de la Revolución Francesa, la norteamericana puso *jueces a controlar legisladores*.

6.

La casación napoleónica.

Con Napoleón, la Corte de Casación francesa salió del Legislativo y pasó a ser la cabeza de un aparato judicial jerarquizado en forma de ejército, al que imponía su jurisprudencia.

En el siglo XIX, el modelo de tribunal de casación como instancia suprema y gobierno de un judicial verticalizado con carrera burocrática, se extendió a toda Europa continental y dominó hasta la segunda posguerra mundial.

Dado que sus tribunales supremos se limitaban a la función nomofiláctica, Europa no conocía el control de constitucionalidad. Por ende, los Estados europeos no eran *Estados constitucionales de derecho*, sino meramente *legales*, no habiendo ningún tribunal con potestad para declarar la inconstitucionalidad de una ley.

La seguridad jurídica requiere –entre otras cosas– que las decisiones de los jueces sean previsibles. Dado que casi toda ley admite varias interpretaciones, para evitar la inseguridad es necesaria una doctrina judicial o jurisprudencia con unidad de criterio.



El resultado de esta insólita historia no puede ser más desopilante: cinco personas tienen en nuestro país la potestad de asumir la casación y también la última instancia de cualquier causa nacional o provincial, pudiendo hacerlo o no hacerlo según su gusto, sin contar con que la Corte Suprema no tiene términos para resolver. Al mismo tiempo disputa funciones administrativas con el Consejo de la Magistratura y, de hecho, maneja el presupuesto de todo el Poder Judicial.

7.

Estados constitucionales de derecho.

Los países que siguieron el modelo norteamericano fueron –al menos formalmente– *Estados constitucionales de derecho*. La falta de control de constitucionalidad se hizo sentir en Europa en el período de entreguerras, aunque no logró resolverse. La Constitución de Austria de 1921 (inspirada por Kelsen) estableció un tribunal centralizado e independiente del judicial, que era el único que podía controlar la constitucionalidad de las leyes (*control centralizado*), a diferencia del sistema norteamericano, en que cualquier juez puede hacerlo y la Suprema Corte en última instancia (*control difuso*).

8.

La expansión del control centralizado en Europa.

Las casaciones y sus burocracias judiciales cumplieron un triste papel en los totalitarismos de entreguerras (Alemania, Italia y la Francia de Vichy), por lo que a partir de la última posguerra comenzó a difundirse el control de constitucionalidad centralizado, siguiendo al modelo austríaco de Kelsen.

Si bien algunos países mantienen la tradición napoleónica y el tribunal europeo de Derechos Humanos suple en cierta medida el control de constitucionalidad, son muchos los que establecieron tribunales constitucionales (Alemania, Italia, Austria, España, Portugal, etc.).

Se trata de verdaderos tribunales políticos (resuelven conflictos de poderes, ejercen el poder electoral, oficializan partidos políticos, etc.) que pueden hacer caer *erga omnes* la vigencia de una ley inconstitucional. Como disponen de un verdadero poder contra-legislativo, se organizan conforme a una ingeniería institucional compleja: sus jueces son designados con mandatos temporales, por lo general renovables por tercios y con fuente de nominación plural.

9.

Control concentrado y difuso.

Durante mucho tiempo, el derecho constitucional comparado consideró que el control centralizado de constitucionalidad europeo y el difuso norteamericano se contraponían y eran incompatibles. En las últimas décadas ambos sistemas no se consideran excluyentes y, de hecho, varias constituciones los han combinado, algunas de nuestra región.

10.

La función nomofiláctica en el modelo europeo.

Con el control centralizado, los tribunales supremos siguen funcionando en todos los países europeos de ese modelo, pero como máxima instancia judicial, encargada especialmente de la función nomofiláctica. Se trata de tribunales numerosos, divididos en salas especializadas, integrados por jueces de carrera, que también incorporan algunos académicos.

11.

El derecho común argentino.

Como es sabido, nuestro federalismo en materia legislativa difiere del norteamericano, pues los códigos de fondo (el llamado *derecho común*) emerge del Congreso nacional, en tanto que en Estados Unidos es materia de la legislación estadual (provincial), por lo que allí la casación nacional no es necesaria en materia de derecho común.

En nuestro país existen casaciones provinciales a cargo de los superiores tribunales y, en materia penal, para la justicia federal y para la Capital, pero no existe un tribunal de casación que unifique criterios jurisprudenciales para todo el país.

12.

La confusión entre casación y apelación.

En las propias casaciones de la justicia federal, nacional y provinciales, al menos en lo penal, el concepto mismo de *casación* se ha desvirtuado en buena medida, desdibujando los límites entre el recurso casatorio y la apelación, para cumplir con la Convención Americana de Derechos Humanos (incorporada a la Constitución, inc. 22° del art. 75).

El art. 8°, 2, h de la Convención (y el 14,5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) impone que toda sentencia condenatoria sea revisada íntegramente (el llamado *dobles conforme*), por lo cual (en el *caso Casal*), la Corte Suprema dispuso que toda casación debe revisar el derecho y los hechos, adoptando la tesis del *agotamiento de la capacidad de revisión* proveniente de la doctrina y jurisprudencia alemanas. El tribunal de casación penal que sea, por ende, debe revisar ahora todo lo que fuese posible, no siendo revisable solo lo que sea producto de la intermediación (impresión personal, por ejemplo).

13.

Inexistencia de casación nacional.

Como, en materia del llamado *derecho común*, no existe un recurso de casación ni un tribunal que decida unificando los dispares criterios interpretativos de los múltiples tribunales de todo el país, entre nosotros invocar jurisprudencia de otros tribunales es solo interesante para ilustración del juez ante quien se la invoca, pero nada impide que este sostenga y resuelva conforme a una interpretación jurídica diferente.

Como es obvio, esto hace imprevisibles las decisiones de los jueces, que solo acatarían la jurisprudencia de sus propios tribunales superiores o cámaras, pero nada impediría que, regido por una misma ley en todo el país, un contrato fuese ilícito hasta una acera de una avenida y viable en la otra acera, o que una conducta sea delictiva de un lado de esa avenida y atípica en la acera opuesta.

14.

La doctrina de la arbitrariedad.

Como nunca faltan sentencias disparatadas en este mar de inseguridad jurídica, después de décadas de considerarlo normal y aceptable, en 1909 la Corte Suprema confirmó una sentencia absolutoria, pero al pasar (en un *obiter dictum*, que es una suerte de comentario al margen expresado en los fundamentos) se declaró competente para revocar sentencias *arbitrarias*, fundada en que nadie puede ser privado de su propiedad sin decisión judicial (*Don Celestino M. c/ don Alfredo y don Eduardo Rocha, por falsificación de mercaderías y de marca de fábrica*). Se enunció así la llamada *doctrina de la arbitrariedad*, como construcción pretoriana (creación puramente judicial), dado que se trata de un supuesto no contemplado en la Constitución ni en la ley 48 en forma expresa.

Según esta doctrina, la Corte entendió que hay casos *normales* (contemplados en la ley 48) y otros *excepcionales*, en que la sentencia recurrida es *arbitraria* y, *por excepción*, se atribuyó la competencia para revisar hechos y derecho, o sea que no solo se atribuyó (*excepcionalmente* a su elección) la casación, sino también la tercera instancia, tanto en materia federal como también de derecho común.

15.

Omnipotencia jurisdiccional de creación pretoriana.

Cabe observar que la distinción entre materia *federal* y de *derecho común* nunca quedó clara y, además, pese al enorme y meritorio esfuerzo doctrinario, tampoco es claro el concepto de *sentencia arbitraria*, o sea que, en síntesis y sin perjuicio de admitir alguna atenuación, nuestra Corte Suprema se declaró a sí misma competente en cualquier causa, como casación y como última instancia, pero solo cuando ella misma así lo decida.

16.

La prudencia de la Corte durante años.

Si bien enunció la doctrina de la arbitrariedad en el mencionado *obiter dictum* de 1909, fue prudente al principio y hasta 1939 no anuló ninguna sentencia por aplicación de esa doctrina, lo que hizo en un caso en que la segunda instancia y sin razón alguna, había excluido a dos menores herederos de una indemnización (*Victoria Storani de Boidanich e Hijos v. Ansaldi, Imperiale y Boggio*).

Cabe observar que nuestra Corte Suprema no echó mano de semejante excepción invocando el derecho a la vida o a la libertad, sino que, tanto en el *obiter dictum* de 1909 como en su primera aplicación en 1939, lo hizo preservando el derecho de propiedad del art. 17 constitucional.

Al parecer, no hubo nuevas sentencias por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad, al menos expresamente, hasta 1948 (*Municipalidad de Buenos Aires c / Cía. Primitiva de Gas*), pero con posterioridad, sus decisiones siguieron al compás de los avatares políticos de los años sucesivos: la Constitución de 1949 otorgó a la Corte Suprema función casatoria, pero su derogación por decreto *de facto* en 1956 volvió a la situación anterior. La Corte Suprema, con las composiciones posteriores a 1955, echó mano de la arbitrariedad para descalificar sentencias anteriores a esa fecha, aunque sin exagerar el número de casos.

17.

La imprudencia del último medio siglo.

En las últimas cinco décadas esta situación cambió por completo, puesto que se multiplicaron insólitamente las sentencias por *arbitrariedad*, hasta el punto de ocupar prácticamente casi toda la actividad jurisdiccional de la Corte Suprema. Las invocaciones de *arbitrariedad* abarrotan al tribunal de causas, dificultando seriamente su funcionamiento: lo *excepcional* se volvió *normal* hasta ahogar al propio tribunal.

18.

El certiorari.

Como solución a la sobrecarga de la Corte Suprema, en 1990 la ley 23.774 reformó el código de procedimientos civiles e introdujo en su art. 280 el *certiorari* (potestad del tribunal para rechazar sin fundamento alguno las causas que no quiera resolver). De este modo, la Corte Suprema rechaza ahora algo más del 90% de las causas que invocan la arbitrariedad, que hoy ocupan prácticamente todo su trabajo.

19.

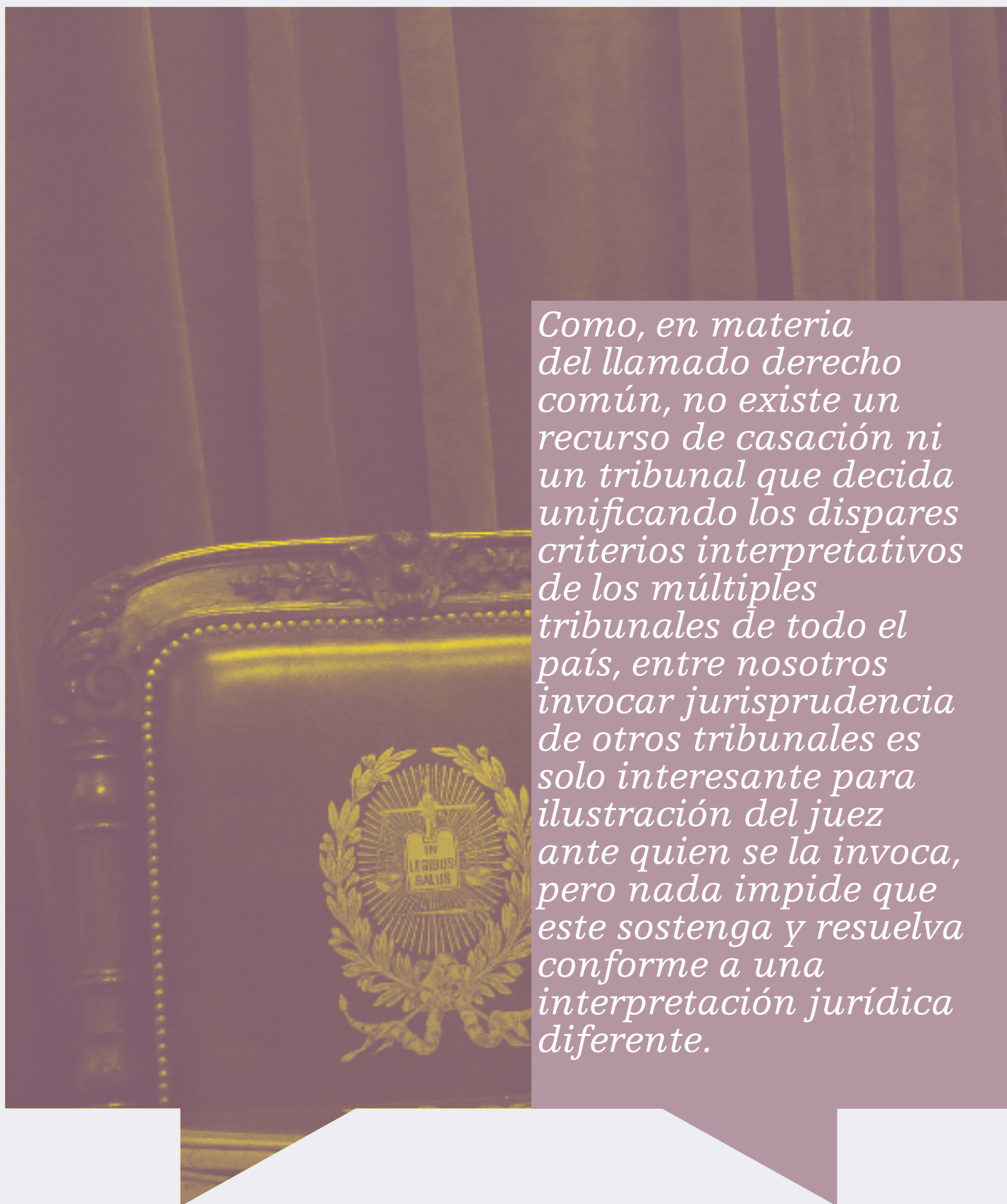
La inaudita concentración de poder.

El resultado de esta insólita historia no puede ser más desopilante: cinco personas tienen en nuestro país la potestad de asumir la casación y también la última instancia de cualquier causa nacional o provincial, pudiendo hacerlo o no hacerlo según su gusto, sin contar con que la Corte Suprema no tiene términos para resolver. Al mismo tiempo disputa funciones administrativas con el Consejo de la Magistratura y, de hecho, maneja el presupuesto de todo el Poder Judicial. Esta inaudita concentración de poder, provocada por creación de sus propios jueces, choca frontalmente con el principio republicano de gobierno. No hay en el mundo democrático ningún caso en que se concentre en cinco personas semejante poder jurisdiccional, administrativo y político. Nuestro Poder Judicial tiene la organización más *sui generis* y antirrepublicana de todo el derecho constitucional comparado.

20.

Nadie cumple la función nomofiláctica.

Nadie cumple, en nuestro país, la función nomofiláctica. La Corte puede hacerlo cuando lo decide, pero su jurisprudencia –como es sabido– no es obligatoria para el resto de los jueces de la República, pues carece del poder de imponerla, es decir, del llamado *stare decisis* (estar a lo decidido) de la Suprema Corte norteamericana.



Como, en materia del llamado derecho común, no existe un recurso de casación ni un tribunal que decida unificando los dispares criterios interpretativos de los múltiples tribunales de todo el país, entre nosotros invocar jurisprudencia de otros tribunales es solo interesante para ilustración del juez ante quien se la invoca, pero nada impide que este sostenga y resuelva conforme a una interpretación jurídica diferente.

21.

La Corte no responde a ningún modelo casatorio.

Pero, además, en los casos en que decide intervenir, no tiene más remedio que *delegar su trabajo en sus funcionarios*, porque el tribunal no está estructurado para la casación que, conforme a la lógica y al derecho comparado, siempre debe ser hecha por un tribunal numeroso, dividido en salas e integrado por jueces especializados en la materia en la que cumplen su función nomofiláctica. Solo pueden unificar criterios interpretativos en cada rama del derecho (establecer doctrina) quienes conocen en profundidad esa rama, lo que es imposible en nuestra Corte, dado que nadie es capaz de conocer de ese modo todo el derecho.

22.

La normalización de la inseguridad jurídica.

En síntesis: ante la carencia de una casación en el orden nacional, que ni siquiera atenúa una inaudita concentración de poder en cinco personas, vivimos una *inseguridad jurídica normalizada* en que cada tribunal sigue interpretando a su gusto las leyes en forma imprevisible para el ciudadano, lo que se traduce en arbitrariedad, puesto que esta *normalidad republicanamente patológica* posibilita decisiones jurisdiccionales conforme a valoraciones personales, prejuicios y, en ocasiones, intereses inconfesables.

23.

Soluciones posibles.

Para superar esta situación de arbitrariedad institucionalizada causada por la normalización de la anarquía jurisprudencial, es menester una fuerte decisión política. Es posible pensar algunas soluciones, al menos paliativas, dentro del vigente marco constitucional, aunque todas tienen inconvenientes.

Hace algunos años se pensó en crear un tribunal nacional para los casos de arbitrariedad, con competencia en toda la República. Esta solución tiene dos inconvenientes. El primero es que es difícil que nuestras provincias acepten que un tribunal diferente de la Corte Suprema sea competente para revisar las sentencias de sus superiores tribunales. El segundo es que este tribunal sería creado por ley y, por cierto, nada impide que en el futuro, y *por excepción*, la Corte (que por la Constitución seguiría siendo suprema) decida asumir la revisión de las sentencias de este tribunal, con lo cual no se habría hecho otra cosa que añadir una instancia más a las existentes, o sea, generar una nueva complejidad burocrática que demore aún más los procesos.

Otra posible solución dentro del actual marco constitucional consistiría en aumentar el número de jueces de la Corte Suprema, dado que la Constitución no lo establece, integrándola con unos quince jueces. De este modo se la podría dividir en salas especializadas que decidan los casos de la llamada *arbitrariedad*, en tanto que el pleno de los quince fuese competente en los casos contemplados en la ley 48.



24.

La solución más seria.

De toda forma, estamos mencionando paliativos y, hasta cierto punto, posibles *parches*, pero la verdadera solución solo tendría lugar mediante una reforma constitucional que estableciese un tribunal constitucional con verdadero poder, análogo a los europeos, y que la actual Corte Suprema, convenientemente ampliada y especializada, se encargase de la función nomofláctica. Solo de esta manera saldríamos definitivamente de la situación absurda en que una misma ley puede ser interpretada por los jueces de tantas formas como competencias existen en la República.

Esta inaudita concentración de poder, provocada por creación de sus propios jueces, choca frontalmente con el principio republicano de gobierno. No hay en el mundo democrático ningún caso en que se concentre en cinco personas semejante poder jurisdiccional, administrativo y político. Nuestro Poder Judicial tiene la organización más sui generis y antirrepublicana de todo el derecho constitucional comparado.

