

# MANUAL DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

ESTELA B.  
SACRISTAN

LA LEY

**LA LEY**



MANUAL DE  
JURISPRUDENCIA  
Y DOCTRINA



# MANUAL DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA



*Directora*

ESTELA B. SACRISTÁN

*Autores*

ALBERTO B. BIANCHI

ALBERTO BIGLIERI

ALEJANDRA DELFÍN

MARÍA ALEJANDRA FERNÁNDEZ

MARIANO J. FERNÁNDEZ

OSVALDO A. GOZAÍNI

GUSTAVO F. MALDONADO

MARCELA MONTI

FLORENCIA S. RATTI MENDAÑA

ESTELA B. SACRISTÁN

MARÍA EUGENIA ZACAGNINO

LA LEY

Sacristán, Estela B.

Manual de jurisprudencia y doctrina.- 1a ed. -  
Buenos Aires: La Ley, 2013.

864 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2344-0

1. Doctrina. 2. Jurisprudencia. I. Título

CDD 340

© Estela B. Sacristán, 2013

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2013

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved

No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 300 ejemplares

I.S.B.N. 978-987-03-2344-0

S.A.P. 41356592

**ARGENTINA**

ESTELA B. SACRISTÁN es abogada (UMSA, 1992), especialista en Derecho administrativo-económico (UCA, 1998), y doctora en Derecho (UBA, 2006) con tesis calificada sobresaliente.

Entre otras distinciones, recibió, en 1995, el Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ac. N° 6/91).

Es miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e integra el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Es profesora del postgrado en diversas universidades del país. Es profesora adjunta de Derecho Administrativo (UCA) y profesora titular de Taller de Doctrina y Jurisprudencia (UNLZ), así como profesora visitante de la Universidad Austral.

Ha publicado un libro, *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Ábaco, Buenos Aires, 2007, 656 ps., y es autora o coautora de más de un centenar de artículos y comentarios en obras y tratados colectivos y revistas jurídicas especializadas.

Subdirectora de la Revista de Derecho Administrativo (Abeledo Perrot Thomson Reuters, JUAN CARLOS CASSAGNE, dir.), y colaboradora permanente de Régimen de la Administración Pública (Ediciones Rap, EDUARDO MERTEHIKIAN, dir.), participa como expositora y panelista en congresos, jornadas y seminarios de su especialidad tanto en la Argentina como en el exterior.

Trabajó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Administración centralizada y en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal. Desde 2006 se desempeña en el sector privado.

## PRÓLOGO

He aceptado con todo gusto la invitación a prologar este *Manual de Doctrina y Jurisprudencia* dirigido por la Dra. ESTELA B. SACRISTÁN, destinado a que los estudiantes y estudiosos del Derecho profundicen en el estudio de esas fuentes del Derecho, especialmente en el ámbito del Derecho constitucional.

Existen dos visiones alternativas y en parte complementarias de la realidad jurídica. El derecho puede ser visto y definido en primer término como un conjunto de normas que regulan la conducta humana y la vida social. Podemos denominar a esta concepción como la visión sistemática del derecho, ya que la realidad jurídica aparece definida básicamente como un sistema de normas, de reglas generales que pretenden ordenar la convivencia social.

Alternativamente a ella, podemos considerar inicialmente a la realidad jurídica como el conjunto de problemas humanos, en sentido muy amplio, que deben ser resueltos con justicia para lograr la coexistencia armónica de las personas y grupos sociales que conviven en una comunidad política. Ésta es la visión problemática del derecho, donde el foco principal de atención del análisis jurídico se sitúa no ya en las normas, sino en la resolución justa de los diversos problemas reales y concretos que plantea la convivencia humana<sup>(1)</sup>.

Estos dos enfoques, que no son necesariamente excluyentes, condicionan el modo de aproximarnos y definir al fenómeno jurídico, al igual que los modos de concebir y realizar la investigación jurídica, la enseñanza del derecho y el ejercicio de las distintas profesiones jurídicas, como son las de juez, abogado, fiscal, legislador, funcionario público, escribano, etc.

---

(1) RICARDO LORENZETTI, Presidente de la Corte Suprema argentina desde el año 2006, advierte sobre la necesidad de comprender el Derecho tal como funciona en la realidad, como “un instrumento para resolver problemas”. Y señala luego que “en nuestra cultura jurídica no es lo habitual, ya que se estudia la ley y la jurisprudencia de manera estática, es decir como una descripción del sistema de Derecho. Esta actitud es diferente de quien entiende que el Derecho es una herramienta para resolver problemas, y por lo tanto describe los conflictos y los modos de resolverlos. Ello implica concebir al Derecho como un discurso jurídico que es parte de la razón práctica”. *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 11.

Contra lo que a primera vista podría parecer nos a nosotros, hombres de la modernidad jurídica, el momento histórico inicial del derecho se corresponde más con la visión problemática de aquél. Dado el carácter conflictivo propio del comportamiento humano, siempre que ha existido convivencia entre los hombres han surgido y siguen surgiendo problemas y conflictos que deben ser resueltos por la autoridad que asume el gobierno de cualquier organización humana. Aun antes de que en las diversas organizaciones humanas se sancionen las primeras normas escritas por las que ellas se rigen, surgen los problemas humanos de convivencia y ellos deben ser resueltos con justicia por alguna clase de autoridad, de modo que se superen los conflictos y se recree la armonía y la paz grupal. Las normas generales suelen llegar en un segundo momento como modo de prevenir, encauzar y solucionar los conflictos, y de recoger, con cierta sistematicidad, las experiencias adquiridas previamente en su resolución<sup>(2)</sup>. El problema suele preceder, aunque no siempre, a la norma. Como afirma el Digesto “*non ex regula jus sumatur sed ex jure quod regula fiat*”<sup>(3)</sup>: no es de la regla de donde procede el derecho, sino que, por el contrario, la regla, la norma, ha tenido su origen en la solución justa de los casos concretos. En el mismo sentido, ha sostenido en nuestros días GARCÍA DE ENTERRÍA que “la ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una ciencia de problemas singulares”<sup>(4)</sup>. Podemos, por tanto, concluir que “*in principium erat casum*” y que el derecho sigue siendo una ciencia práctica orientada a la resolución de problemas concretos, del mismo modo que la medicina busca prevenir, curar y remediar las enfermedades humanas concretas y no debe ser confundida con las ciencias básicas con las que está relacionada y que le sirven de fundamento: la biología, la bioquímica, la física, etc. En un determinado sistema jurídico puede faltar la Constitución y las leyes generales escritas, pero nunca puede faltar para su operatividad la instancia de los jueces que deciden y resuelven los problemas concretos que le someten las partes<sup>(5)</sup>.

---

(2) Así el Digesto elaborado en tiempos de Justiniano es fruto de una recopilación y elaboración de criterios jurisprudenciales elaborados por los pretores romanos a lo largo de muchos siglos. El 15 de diciembre de 530 el Emperador Justiniano encomendó al famoso jurista TRIBONIANO que escogiera algunos colaboradores idóneos para acometer la compleja tarea de compilar con carácter oficial los precedentes jurisprudenciales que integraban el *ius*, pero que no estaban ya recogidos en *leges*. Para darle un carácter unitario se procedió también a ordenar y eliminar las repeticiones, y resolver los aspectos contradictorios de la ley existente e incluso variar el tenor literal de algunos documentos, si ello era necesario para lograrlo.

(3) Digesto, 50, 17, 1.

(4) Cfr. su prólogo al libro de VIEHWEG, TH., *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.

(5) “Es el problema y no el sistema en sentido racional, lo que constituye el centro del pensamiento jurídico”, ESSER, JOSEF, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial de Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 9.

Con sabiduría y sencillez casi inigualables los romanos afirmaban: “*ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*”. El derecho surge connaturalmente con la existencia de la sociedad, con la coexistencia humana. Con osado atrevimiento me animo a introducir algún elemento adicional en ese parco adagio latino: “*ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi lis (de lis, litis: controversia, conflicto); ubi lis, ibi ius*”. Donde hay hombres, hay coexistencia humana, vida social. Donde hay vida social hay conflictividad<sup>(6)</sup>, problemas que requieren soluciones justas. Precisamente para solucionar esta necesidad humana y social surge espontáneamente el derecho, que en su origen y realidad última no es otra cosa que la solución justa a los conflictos concretos que se dan en el seno de una sociedad. Se puede pretender resolver los conflictos humanos bien por medio de la violencia, por la fuerza, bien mediante el derecho, acudiendo para ello a procedimientos y razones comunes que permiten de modo civilizado y humano superar las naturales diferencias propias de toda convivencia humana<sup>(7)</sup>. Ese modo propio del derecho de resolver los problemas utili-

---

(6) La conflictividad humana tiene muy diversas raíces. Se podría decir que una primera fuente es la diversidad humana, aun a pesar de tener una naturaleza común. Siendo cada persona humana única e irrepetible, esa diferenciación natural es fuente de conflicto (y también de complementación y enriquecimiento mutuos). También la especial dignidad de cada persona humana, su cierto carácter de absoluto y de fin en sí mismo, su apertura y sed de reconocimiento e infinitud, puede engendrar conflictos cuando entra en relación con otros seres que tienen esa misma dignidad y similares pretensiones. El destino universal de la mayoría de los bienes naturales y humanos, la necesidad de su justa distribución y la posibilidad de ser empleados en fines diversos y alternativos, son otras causas de conflictividad. Por otra parte, el desmedido afán de poder, de dominio y de poseer bienes es un motivo adicional, distorsivo aunque muy relevante, de la conflictividad humana y social. HOBBS plantea este último aspecto con particular patetismo: “Al ver que todo deleite es apetito y que el apetito presupone un fin ulterior, no puede existir satisfacción más que en el medio; y, por ende, no debemos maravillarnos cuando vemos que a medida que los hombres alcanzan más riqueza honores o poder, más crece continuamente el apetito; de modo que cuando alcanzan el máximo grado de un tipo de poder persiguen algún otro, en la medida en que se consideran detrás de cualquiera en algún aspecto. Así aquellos que han alcanzado el más alto grado de honor y riquezas han pretendido sobresalir en algún arte, como NERÓN en música y poesía y como CÓMODO en el arte de gladiador. También como efecto de esto algunos encuentran diversión y recreo para sus pensamientos en competir en el juego o en los negocios. Y los hombres consideran como un gran pesar no saber qué hacer. Por tanto la felicidad (que significa un deleite continuo) no consiste en haber prosperado, sino en prosperar... Aunque la comparación de la vida del hombre con una carrera no coincide en todos sus aspectos, se aviene tan bien a nuestro propósito que por medio de esta imagen podemos ver y recordar casi todas las pasiones arriba mencionadas. Pero debemos suponer que esta carrera no tiene otro fin ni otro galardón que ser el primero en ella. Esforzarse es siempre apetencia... Ser continuamente adelantado, humillación. Aventajar siempre al próximo, felicidad. Y abandonar la carrera, morir”, cfr. HOBBS, THOMAS, *Elementos de derecho natural y político*, nros. 7 y 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, ps. 143 y 168.

(7) Se afirma, a este respecto, en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “*considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por*

za el diálogo, la racionalidad y la argumentación para llegar a soluciones razonables que buscan recrear autoritativamente la armonía social alterada.

La complejidad propia de una sociedad de dimensiones amplias como puede ser la urbe romana o el Estado moderno, lleva consigo la complejidad y desarrollo de todo el sistema jurídico. Para prevenir y solucionar mejor esos conflictos y para promover la cooperación entre las conductas humanas, se dictarán normas que ordenen de modo general las diversas situaciones y relaciones humanas que se dan en la sociedad<sup>(8)</sup>. Esas ordenaciones generales muchas veces recogerán las soluciones que en la experiencia histórica fueron dando a los casos concretos quienes tenían a su cargo resolverlos. Surgirán también quienes estudien de modo científico esas soluciones y den sus opiniones o formulen críticas. Esta es la función propia de la doctrina jurídica.

Todo este proceso se advierte con bastante claridad si se estudia el origen y desarrollo del Derecho Romano, el gran monumento jurídico de la antigüedad y nutriente siempre viva de nuestros sistemas jurídicos occidentales. Un sistema jurídico que fue gradualmente evolucionando del *casum* hacia la *regula*.

La llegada de la modernidad, y de modo especial del racionalismo, trajo como consecuencia el intento de centrar toda la atención del proceso jurídico en la ley. Esto, agravado por dos circunstancias históricas:

- a) la aparición del Estado moderno que intentó monopolizar la creación del orden jurídico, arrogándose de modo exclusivo la potestad legislativa y reduciendo o subordinando las demás fuentes del derecho a la ley;
- b) la imposición del modelo matemático de ciencia en todas las áreas, incluida la jurídica. Ello motivó la búsqueda de lo universal,

---

*un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.*

(8) SANTO TOMÁS, en pleno siglo XIII, se pregunta si es más conveniente que existan leyes que regulen la vida social o que, por el contrario, los jueces decidan libremente los casos que le son sometidos a su jurisdicción y se inclina por lo primero: “mejor es que todas las cosas estén reguladas por la ley que dejarlas al arbitrio de los jueces. En primer lugar, porque es más fácil encontrar unos pocos sabios que basten para instituir leyes justas que los muchos que se requerirían para juzgar rectamente en cada caso particular. En segundo lugar, porque los legisladores consideran durante mucho tiempo lo que ha de imponer la ley, mientras que los juicios en los hechos particulares se formulan en casos que ocurren súbitamente y el hombre puede ver más fácilmente lo que es recto después de considerar muchos casos que sólo tras el estudio de uno. Y, por último, porque los legisladores juzgan en universal y sobre hechos futuros, mientras que los hombres que presiden en los juicios juzgan de asuntos presentes, asuntos en los que están afectados por el amor, el odio o cualquier otra pasión; y así se falsean los juicios”, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a.1.

de lo claro y distinto, de la derivación lógica y el rechazo de lo particular y concreto, de lo opinable y prudencial, en definitiva, de lo propio de la razón práctica<sup>(9)</sup>.

Todos estos factores desembocaron en el intento utópico de la codificación y la exégesis: se pretendía de modo anticipado prever todas las posibles situaciones y conflictos y darle una única solución posible a cada una de ellas<sup>(10)</sup>. El juez, mera voz de la ley, limitaba toda su tarea a encuadrar el caso en el supuesto previsto y deducir la consecuencia. Si bien la práctica judicial se encargó de demoler tal intento, sin embargo, los re sabios de esta concepción racionalista y legalista llegan con fuerza hasta nuestros días<sup>(11)</sup> e inspiran aún hoy muchos de los moldes jurídicos de las distintas disciplinas del Derecho.

Este esquema legal característico del período inicial de la modernidad europea se hará aún más complejo con el establecimiento de las constituciones como normas supremas que fijan los procedimientos de creación normativa y los contenidos que las demás normas inferiores habrán de respetar necesariamente y atribuyen a los jueces la facultad de controlar y asegurar esa supremacía constitucional.

---

(9) Afirma JESÚS BALLESTEROS que “las pretensiones de cientificidad han seguido un doble camino: o el formalismo matematizante que ve el derecho como un puro debe ser formalizable (iusnaturalismo racionalista) o simplemente formal, o bien el realismo que sigue las ciencias empíricas como la sociología o la psicología”, *Sobre el sentido del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 52.

(10) La tradicional cuestión de la imposibilidad de que una ley general contenga todas las soluciones a los problemas concretos que plantea la vida social, había sido ya abordado por la filosofía clásica. Así PLATÓN sostiene que “una ley no podrá nunca abarcar a un tiempo con exactitud lo ideal y más justo para todos y luego dictar la más útil de las normas; porque las semejanzas entre los hombres y los actos y el hecho de que nada goza jamás, por así decirlo, de fijeza entre las cosas humanas, no permiten que ningún arte, sea el que sea, imponga en cuestión alguna ningún principio absoluto valedero para todas las cosas y para todo tiempo” (cfr. PLATÓN, *El Político*, 294 b y d). Por su parte, ARISTÓTELES, en el libro V de la *Ética a Nicómaco*, sostiene que “toda ley es universal y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro (...). Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de las cosas, puesto que tal es, desde luego, la índole de las cosas prácticas” (cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, V, 10, 1137 b).

(11) Para LUIS PRIETO SANCHÍS el modelo legalista es “uno de los mitos más persistentes de la ciencia jurídica de los últimos dos siglos”, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 101. Si bien ha sido ya superado conceptualmente por la doctrina iusfilosófica y dejado de lado por la práctica de los tribunales, especialmente de aquellos de más destacada actuación, sigue estando presente de modo preponderante en la enseñanza jurídica y en la mentalidad de muchos abogados, jueces y del público en general.

Adicionalmente, se puede señalar que desde la teoría jurídica y desde la sociología se habla actualmente de la llamada “crisis de la ley”, debilitada:

- a) por la crisis de la racionalidad propia de la posmodernidad;
- b) por la crisis de la política, afectada por los procesos sociales de fragmentación, oligarquización y corporativismo, con la consiguiente pérdida de credibilidad de la ley;
- c) por la crisis de legitimidad del Poder Legislativo como consecuencia de la ruptura de la base de confianza entre los electores y sus representantes políticos, que hace que la ley no sea ya vista como expresión de la voluntad popular, sino tan sólo de la voluntad del Legislador;
- d) por la crisis de la propia ley a causa de su pérdida de efectividad, que se pone de manifiesto en los crecientes fenómenos de anomia, corrupción, inseguridad e impunidad;
- e) por la crisis del sistema legal, en base a la continua aparición de distintas clases de normas jurídica que lo “desordenan”, “fraccionan” y rompen su unidad y armonía que se buscaba alcanzar mediante la codificación. Continuamente aparecen nuevos subsistemas normativos con reglas, principios y procedimientos propios (defensa del consumidor, negociación colectiva laboral, medio ambiente, competencia, informática, propiedad intelectual, etc.) que amenazan la unidad y coherencia interna del sistema jurídico;
- f) por la inflación legislativa, fruto de un notable incremento de producción normativa, que devalúa su importancia y prestigio social.

Sistema y problema se reclaman y complementan mutuamente; son inescindibles e irreductibles el uno al otro. El sistema está elaborado en función de los problemas que deben ser resueltos y hacia esa finalidad se orienta<sup>(12)</sup>. El problema reclama de un sistema para que se puedan dar respuestas fundadas y satisfactorias a las partes en conflicto<sup>(13)</sup>. El legalismo a ultranza, que piensa que el legislador puede pensar a priori todas las respuestas a los problemas que se suscitan y que reduce la tarea del

---

(12) Se ha señalado con razón que el derecho nace con el objeto de ser aplicado, cfr. APARISI MIRALLES, ÁNGELA, “Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IX, año 1992, p. 249.

(13) “Puede llamarse problema (...) a toda cuestión que aparentemente permite más de una repuesta y que requiere necesariamente de un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución”, VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y Jurisprudencia*, citada.

juez al silogismo y la subsunción<sup>(14)</sup>, y la doctrina del derecho libre, que deja sin ningún marco jurídico a la tarea del juez, son visiones extremas poco realistas para dar cuentas del fenómeno jurídico tal como ocurre en la realidad<sup>(15)</sup>. Sistema y problema, interactuando permanentemente entre sí, se enriquecen mutuamente, se mejoran y realizan un aprendizaje continuo que suele llevar a que cada uno de ellos brinde lo mejor de sí. La visión problemática del derecho no niega al sistema normativo ni deja de ver la trascendente función que cumple en el mundo jurídico. Sin embargo, rechaza considerarlo como algo acabado, cerrado, completo. Nos propone, por el contrario, una imagen mucho más real, ya que lo considera algo abierto, incompleto, poroso, evolutivo, dinámico, instrumental. De acuerdo a esta visión, la tarea interpretativa adquiere una particular importancia, ya que el operador jurídico debe emplear activa y creativamente los medios que le ofrece el sistema para colaborar en el cumplimiento de sus fines. Esos medios son fundamentalmente las fuentes del derecho, entre las que se encuentran la jurisprudencia y la doctrina.

La interpretación jurídica, también la interpretación constitucional, se encuentra situada en el preciso lugar y momento en que *sistema* y *problema* entran en relación y se articulan entre ellos; aquel instante en que los distintos operadores jurídicos pretenden resolver el problema concreto que los desafía y ocupa, acudiendo a las posibilidades que ofrece un determinado sistema jurídico<sup>(16)</sup>. La cuestión central y decisiva de la práctica y hermenéutica jurídica no es tanto “aquí tengo un texto, ¿cómo lo interpreto?”, sino algo aún más real y acuciante: “aquí tengo un problema, ¿cómo lo resuelvo?”. Toda interpretación se hace finalmente desde el caso y para el problema que se quiere resolver<sup>(17)</sup>. La interpretación jurí-

---

(14) “El modelo partía de admitir una razón o capacidad todopoderosa y omnicompreensiva del legislador o creador del derecho, dispuesta a prever anticipadamente la totalidad de los casos que podrían llevarse ante los tribunales, y, en consecuencia, bastaba que el juez supiera armar un silogismo deductivo, para que el conflicto obtuviera mecánicamente la resolución establecida en la norma jurídica legal”, VIGO, RODOLFO L., *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 205.

(15) “En la escuela exegética sólo había lugar para la aplicación del Derecho, y no cabían las normas indeterminadas ni la creación judicial. A posterior se entendió que el Derecho es siempre interpretación creativa, realización de valores, ampliándose la actividad judicial. No hace mucho tiempo que se criticaba el rol limitado que la exégesis adjudicaba al intérprete, y se postulaba la incorporación de normas jurídicas abiertas, que permitieran un mayor desempeño autónomo del juez. Actualmente, y una vez admitido ese rol protagónico, discutimos sobre sus límites: ¿puede el juez dar un sentido subjetivo, o bien debe respetar parámetros objetivos?; ¿Dónde encontramos estos límites? ¿afecta la seguridad jurídica una aplicación casuística y subjetiva del Derecho”, LORENZETTI, ob. cit., p. 197.

(16) Afirma VIEHWEG que “para encontrar una solución, el problema se inordena dentro de un sistema”, *Tópica y jurisprudencia*, cit., p. 55.

(17) Así, p. ej., interpretar la Constitución es poder resolver problemas tan concretos, específicos, acuciantes y relevantes como los siguientes:

dica es algo más que determinar el sentido y precisar el contenido de una norma general. El Derecho está llamado a abandonar la torre de marfil del mundo normativo y adentrarse en las arenas, a veces movedizas, de la realidad social y de los problemas concretos que debe contribuir a solucionar de modo razonable.

Indudablemente existen ciertos problemas más fáciles y sencillos de resolver, como podría ser una declaratoria de herederos sin mayores complicaciones, la ejecución de un pagaré impago, la condena a quien ha cometido un delito que no presenta mayores problemas probatorios. Pero aun en esos casos más sencillos pueden surgir cuestiones procesales y de fondo que reclamen una decisión creativa por parte del juez.

Sistema y problema hallan su punto de encuentro en el caso concreto que deben resolver las partes y el juez. Podemos describir ese punto de encuentro acudiendo a una analogía: la de la esfera que está apoyada sobre un plano. Si bien la esfera se apoya e intersecta en un solo punto con la superficie plana, allí está depositado todo su peso. La esfera es el sistema jurídico, la superficie plana representa el mundo de los problemas humanos, ambos se intersectan en un punto concreto: el caso. En ese punto único se hace virtualmente presente la totalidad del sistema jurídico.

La tarea de la interpretación jurídica hace de puente, de nexo, de fuelle, de gozne, de transmisor, de amortiguador, de embudo, de catalizador, de pista de aterrizaje, de mecanismo de articulación, entre la generalidad del sistema y la particularidad del problema que presenta cada caso que debe resolverse<sup>(18)</sup>. Ese encuentro es muchas veces pacífico y se da una armónica continuidad entre ambas instancias. Pero en ocasiones el encuentro entre sistema y problema es traumático, se producen choques, se generan tensiones, porque el sistema no da una respuesta clara y precisa, porque ofrece muchas respuestas o porque no brinda respuestas adecuadas al caso concreto planteado. Estamos, entonces, en presencia de los “casos difíciles” (*hard cases*) al decir de HART.

Esa mediación entre el sistema y el problema que es la interpretación jurídica es, en parte, un misterio, una auténtica “caja negra”, cuyos secretos pretenden ser descubiertos y revelados por la filosofía y la ciencia del

- 
- ¿puede en la Argentina un gobernador provincial presentarse como candidato a diputado nacional? ¿puede hacerlo en la mitad de su mandato como gobernador? ¿puede hacerlo de modo testimonial, sin voluntad real de asumir el cargo?
  - ¿puede el Presidente indultar a un procesado? ¿puede hacerlo cuando se trata de un delito de lesa humanidad? ¿puede un tribunal dejar sin efecto un fallo que ya había convalidado ese indulto, teniendo en cuenta que el delito es considerado ahora como de lesa humanidad?

(18) El encuentro entre sistema y problema genera una *descarga eléctrica*, una *chispa*, desde el primero hacia el segundo. Pero esa descarga que necesariamente se reclama y produce, no es mecánica ni automática, sino que requiere siempre de la mediación humana del juez.

derecho, sin que por el momento se halla alcanzado de modo pleno y definitivo ese objetivo a pesar de los miles de intentos que se han realizado. Se han esbozado decenas de teorías para explicar y reglar este “mágico” proceso de la decisión judicial, sin que el misterio haya desaparecido aún<sup>(19)</sup>. Se trata de una estructura básica, fundamental permanente y necesaria del quehacer jurídico, que está repleta de enigmas que aún no han sido plenamente develados ni comprendidos, aunque no por ello escapa al ámbito propio de la racionalidad humana<sup>(20)</sup>.

Lo que es difícil de conocer, describir y reglar con exactitud es el procedimiento de decisión judicial (¿cómo deciden los que deciden?), no tanto su producto final que es la sentencia. El fallo es, generalmente, perfectamente conocible, analizable y criticable y suele contener una de las varias soluciones posibles que podía tener el problema planteado y que fue finalmente elegida por el juez en base a un complejo motivacional no plenamente cognoscible ni accesible al observador externo y, a veces, al

---

(19) En relación a la tarea de interpretación constitucional desarrollada por la Corte Suprema norteamericana, ha afirmado LIEF CARTER: “la teoría jurídica moderna está en una encrucijada... El determinismo de los textos legales, la inteligibilidad de las intenciones o los fines de los legisladores y el logro de un consenso nacional acerca de los valores políticos fundamentales, aparecen como ingenuas fantasías. Jueces con metas y valores políticos diferentes probablemente utilicen las mismas normas legales y técnicas de razonamiento para justificar, en un caso, diferentes conclusiones de las cuales ninguna es necesariamente errónea... Ninguna teoría jurídica explica con coherencia lo que ha hecho la Corte Suprema... La teoría constitucional luchó durante un siglo por reducir el fenómeno de modo de explicarlo en término de categorías fijas cuando precisamente debió buscar ensanchar las categorías para explicar los elementos obvios del fenómeno”, CARTER, LIEF, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, ps. 125 y 127.

(20) Así, ROBERT ALEXY ha señalado veintiocho reglas que deben guiar el discurso argumentativo propio de la razón práctica, formulando una especie de “código procesal de la razón práctica”. Sintetizando su contenido señala Rodolfo Vigo que “la clave de bóveda de ese dialogo racional, discursivo o argumentativo lo constituye ‘la pretensión de corrección’ que acompaña toda aseveración humana. Aquellas reglas o exigencias para que el discurso práctico resulte racional se distinguen en dos grupos: en el primer grupo están aquellas reglas válidas para toda argumentación práctica racional como las siguientes: no contradicción, universalidad, claridad lingüística y conceptual, verdad empírica, atención por las consecuencias, y ponderación; y las del segundo grupo tienen un carácter no monológico y se expresan en el plano de la argumentación las ideas de libertad e igualdad entre las personas, siendo las más importantes las siguientes: quien puede hablar puede tomar parte en el discurso; todos pueden problematizar cualquier aseveración; todos pueden introducir cualquier aseveración en el discurso; todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades y, por último, a ningún hablante puede impedírsele ejercer esos derechos por coacción externa o interna. La teoría del discurso confía en la posibilidad de discutir racionalmente y alcanzar juicios prácticos en la medida en que se sigan aquellas reglas, por eso es centralmente una teoría procedimental de la corrección práctica”, VIGO, RODOLFO L., “La teoría discursiva dialógica de Robert Alexy y su confrontación con el realismo jurídico clásico” (en prensa). También otros autores contemporáneos han pretendido formular reglas del proceso argumentativo específicamente jurídico. Entre ellos, cabe mencionar, p. ej., a J. WRÓBLEWSKI, J. FINNIS, G. TARELLO, MESSINEO, CICU y A. AARNIO.

propio decisor<sup>(21)</sup>. Es fácil conocer el *qué* de la decisión su judicial y el *por qué* expresado en los fundamentos del fallo, más allá de que las corrientes del realismo norteamericano, del estudio crítico del derecho y del desconstruccionismo advierten que los motivos jurídicos alegados no suelen ser las causas más reales y profundas para explicar el contenido de la sentencia. En cambio, el *cómo* de la decisión judicial siempre permanece en el misterio de la decisión prudencial del juez.

A brindar, dar elementos técnicos y conceptuales para ilustrar, entender, intentar explicar y poder analizar este “misterio” que es cada decisión judicial están dirigidos muchos de los contenidos de la obra que estamos presentando, muy especialmente en su núcleo fundamental que es la Parte II, acerca de la jurisprudencia. Quien aproveche el contenido del libro, sabrá leer, entender, analizar, valorar y aprovechar inteligentemente el contenido de cada sentencia o fallo que lea.

Como sostiene COUTURE, “el instante supremo del derecho no es del día de las promesas más o menos solemnes consignadas en los textos constitucionales o legales. El instante, realmente dramático, es aquel en que el juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en la sentencia: ‘ésta es la justicia que para este caso está anunciada en el Preámbulo de la Constitución’”<sup>(22)</sup>. En el mismo sentido, ya afirmaba ALBERDI, “la ley es un dios mudo: habla siem-

---

(21) EDUARDO SODERO intenta describir en parte este proceso interno y señala: “no puede negarse que muchas veces los jueces tienen una solución intuitiva en sus cabezas cuando se encuentran con el caso, tienen un ‘intuitive judgement’, estructurado a partir del ‘hunch’ (intuición o corazonada) al que aludiera JOSEPH C. HUTCHENSON JR. con su trabajo ‘The Judgement Intuitive: The Function of the ‘hunch’ in Judicial Decision’ (14 *Cornell Law Quarterly* [1924], p. 274); algunos años después de que Holmes enseñara que ‘el mérito del *Common Law* reside en que el caso se decide primero y el principio se determina después. (...) De hecho los juristas, como otros hombres, muchas veces ven perfectamente lo que tienen que decidir, dada una serie de hechos, sin tener claro en absoluto la ratio decidendi’ (HOLMES JR., OLIVER WENDELL, ‘Codes and Arrangements of the Law’, en 5 *American Law Review* [1870], p. 1). Respecto de esta polémica hay que decir que en definitiva descubrir el proceso psicológico seguido por el juez para adoptar la decisión carece de importancia práctica, pues en cualquier caso es el material decisional (o sea, los argumentos ofrecidos como fundamentación) el único que interesa porque es el que permite el control sobre la labor del juez (a lo que se agrega la imposibilidad o dificultad que presenta el acceso al material psicológico, que motivara la elocuente observación de DREIER al decir que el estudio de cómo se alcanza la decisión judicial es problema que sólo puede resolverse en el sofá del psiquiatra (DREIER, RALF, ‘Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation’, en DREIER, RALF - SCHWAGEMANN, FRIEDRICH, *Probleme der Verfassungsinterpretation: Dokumentation einer Kontroverse*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1976, p. 31)”, “Sobre la responsabilidad científica del juez”, en SANTIAGO, ALFONSO (dir.), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Ábaco, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 469.

(22) COUTURE, EDUARDO J., *Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el Proceso Civil*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 95.

pre por la boca del magistrado. Éste la hace ser sabia o inicua”<sup>(23)</sup>. Más acá en el tiempo, otro célebre jurista tucumano, CARLOS COSSIO, aludía a esta misma realidad cuando señalaba que “la ley reina y la jurisprudencia gobierna”<sup>(24)</sup>. Mientras que el legislador decide de modo general y hacia el futuro, el juez, por medio de la sentencia, juzga “en concreto” y sobre hechos que ya han ocurrido<sup>(25)</sup>, aunque sin dejar de prever las consecuencias futuras de sus decisiones. Cada fallo es una cierta hora de la verdad del derecho, donde la ilusión jurídica se traduce de modo efectivo en una realidad concreta.

Felicitemos a la autora por su valiosa obra que sistematiza con mucha inteligencia variables muy diversas que ayudan a profundizar en el estudio de cada fallo judicial y desde allí en la comprensión más cabal del fenómeno jurídico en su totalidad.

#### Dr. ALFONSO SANTIAGO

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral  
Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias  
Sociales de Buenos Aires

---

(23) ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Bases*, Cap. XXXIV.

(24) COSSIO, CARLOS, *El derecho en el derecho judicial*, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1945, p. 167.

(25) Cfr. MONTEJANO, BERNARDINO, “Filosofía de la función judicial”, en AA.VV., *La función judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 4.

## PRELIMINAR

Pese a que me he dedicado con cierta frecuencia a estudiar las ramas administrativa, constitucional y procesal constitucional del Derecho, debo admitir que lo que más me ha apasionado de ellas es su forma de nutrirse, en forma casi permanente, en la jurisprudencia y en la doctrina.

Por ello, cuando la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora me confió, en 2011, el dictado de un taller denominado Doctrina y Jurisprudencia —materia relativamente nueva, con sus objetivos y contenidos mínimos ya aprobados por el regulador universitario—, pensé inicialmente que era un escenario ideal para poner, bajo una suerte de lente de aumento, el estudio de aquello que alimentaba materias tan caras a mí.

Inmediatamente surgió la idea de un libro que aunara los materiales de enseñanza —por ese entonces, alojados en un *memory stick*— con vocación de análisis de casos y la esperanza puesta en la comunicación docente. Ese texto tenía que facilitar la tarea de lograr que los alumnos adquirieran las herramientas para comprender y lograr utilizar, eventualmente, en la práctica profesional —sea en la redacción de un escrito, opinión legal o proyecto de sentencia—, tanto la doctrina como la jurisprudencia.

El diálogo y las lecturas posibilitaron la definición de los fines concretos implícitos en los objetivos oficiales de la materia. A tal fin, conté con el sólido apoyo de DANIELA LAURA FERNÁNDEZ y NURIA MONTALVÁN desde la dirección académica universitaria. Para la concreción de los objetivos, ayudaron las enseñanzas, que siempre llevo conmigo, del maestro ALBERTO ANTONIO SPOTA, así como los tomos de JONATHAN MILLER - MARÍA ANGÉLICA GELLI - SUSANA CAYUSO, *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, publicados por Astrea en 1987, con sus férreas raíces hundidas en el análisis de casos. A modo de bajo continuo, siempre estuvo allí, como guía, el timón intelectual, humano y generoso de la obra pionera de JULIO CUETO RÚA, y la siempre esclarecedora palabra de LINO PALACIO: dos juristas, dos caballeros, a quienes tuve el honor de conocer, y a quienes hubiera querido atar a esta tierra para seguir aprendiendo de ellos.

Así se pudo construir el faro que guiara las tres grandes divisiones de este libro: la parte introductoria (caps. I a III), la dedicada a la jurisprudencia

dencia (caps. IV a XXI), y la dedicada a la doctrina (caps. XXII y XXIII). La primera parte contiene generalidades de necesario abordaje previo; la segunda parte abarca la jurisprudencia en su forma, valor y dinámica en el paso de la sentencia al precedente, la sentencia vista desde la teoría de la decisión, y nociones de argumentación jurídica; la tercera parte hace a las denominadas fuentes de autoridad secundaria, con énfasis en la doctrina. Cada uno de los capítulos que nutren esas tres partes cuenta con un desarrollo teórico, sustentado en doctrina o jurisprudencia, y cada uno incluye, a modo de mera propuesta o sugerencia, ejercicios de aplicación, basados, en su mayoría, en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En una etapa inicial, puro proyecto docente, conté con los aportes de MARÍA EUGENIA ZACAGNINO y MARIANO JAVIER FERNÁNDEZ, núcleo intelectual y humano de la cátedra. Más adelante, se sumaron al “nosotros” del equipo de enseñanza GUSTAVO MALDONADO, MARCELA MONTI y ALEJANDRA DELFÍN, y, posteriormente agregaron su compromiso académico FLORENCIA SOLEDAD RATTI MENDAÑA y MARÍA ALEJANDRA FERNÁNDEZ. Todos ellos aportaron sus capítulos a este libro.

También confiaron en este proyecto editorial, desde afuera de la cátedra, pero compartiendo el entusiasmo y proveyendo el sosiego y el análisis profundo, OSVALDO GOZAÍNI y ALBERTO BIGLIERI. Y —como no podía ser de otra manera—, se sumó a estas páginas, mi marido, ALBERTO B. BIANCHI, quien, entre el amor y admiración que le profeso, me contagió hace muchos años su pasión por investigar la jurisprudencia y la doctrina, en especial la relativa a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los tres representan, respectivamente, los anclajes procesal-constitucional, administrativo y constitucional de este manual. Con ellos se completa la nómina de coautores.

Mi infinita gratitud hacia ALFONSO SANTIAGO, quien, desde su experiencia universitaria y su máxima jerarquía académica, ha honrado esta obra con un Prólogo riguroso y, a la vez, generoso, docente, en ese espacio donde el interés humano e intelectual hermana a las distintas instituciones universitarias.

Soy puro agradecimiento hacia todos ellos por haber hecho posible este *Manual*.

Por último, un reconocimiento hacia el personal de La Ley, en especial hacia ARIEL FOGNINI y DAMIÁN PIZARRO, sin cuyo aliento enfrentar este desafío editorial nunca hubiera sido lo mismo, y hacia MARÍA EUGENIA ZACAGNINO y FLORENCIA RATTI, por haberme asistido, en las versiones finales de este *Manual*, con rigor y alegría.

ESTELA B. SACRISTÁN

Feria invernal, 2012

# INDICE GENERAL

	Pág.
Prólogo del Dr. Alfonso Santiago.....	IX
Preliminar .....	XXI

## PARTE PRIMERA: PARTE GENERAL

### CAPÍTULO I

#### NOCIONES INTRODUCTORIAS

*Por Estela B. Sacristán*

I. Objetivo y plan de exposición .....	3
II. Poder, Estado, Constitución, poderes u órganos constitucionales.....	3
III. Poder Judicial. Orden local. Orden nacional. Organización de la justicia federal .....	5
IV. Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	5
V. Competencia originaria y apelada; ordinaria y extraordinaria.....	6
VI. Vocalías .....	9
VII. Secretarías judiciales .....	11
VIII. Trabajo interno .....	11
IX. Tribunales nacionales .....	14
X. Salas. Vocalías .....	14
XI. Trabajo interno .....	15
XII. Juzgados federales. Trabajo interno .....	17
XIII. Tribunales colegiados. Quórum. Mayoría .....	18
XIV. Concepto de: voto, disidencia, disidencia parcial, disidencia de fundamentos .....	20
“Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus” .....	22
XV. Orden de circulación y de votación.....	26
XVI. Noción de: sentencia, resolución, fallo, decisión, <i>holding</i> .....	26
XVII. Abreviaturas usuales.....	27
XVIII. Ministerio Público.....	27
XIX. Anatomía de un fallo de la Corte Suprema. Lectura de un fallo .....	30
a) Primera lectura. Quién y cuándo.....	39
b) Segunda lectura. Colores .....	39
c) Tercera lectura. Ficha .....	40
XX. Aplicación.....	41

## CAPÍTULO II

LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA  
COMO FUENTES DEL DERECHOPor *Mariano J. Fernández*

I.	Objetivo y plan de exposición.....	43
II.	Fuentes del Derecho. Diversas acepciones del término "fuente". Concepto de fuente. Principios.....	43
III.	Clasificación. Fuentes formales y materiales. Enumeración de las fuentes.....	47
IV.	Enumeración de las fuentes.....	50
V.	La jurisprudencia. Diversas acepciones.....	52
	a) <i>Common law</i> .....	54
	b) Sistema continental.....	54
	c) Síntesis.....	55
VI.	La jurisprudencia como fuente formal material.....	55
VII.	Doctrina. Diversas acepciones. La doctrina como fuente formal material.....	56
	a) Doctrina de los tribunales.....	56
	b) Doctrina de los autores.....	58
VIII.	El juez y la sentencia.....	58
	a) Modos de designación y requisitos.....	59
	b) Deberes del juez.....	60
	c) Facultades del juez.....	61
IX.	Significado social de la sentencia.....	64
X.	Aplicación (I).....	65
	"Ledesma María Leonor c. Metrovías S.A.".....	66
XI.	Aplicación (II).....	71
	"R., M. c. R., J. s/aumento de cuota alimentaria.....	71

## PARTE SEGUNDA: JURISPRUDENCIA

## TÍTULO I

## LA SENTENCIA - EL PRECEDENTE

## CAPÍTULO III

## LA SENTENCIA (I)

Por *Mariano J. Fernández*

I.	Plan de exposición.....	83
II.	Alcance y sentido de la sentencia.....	83
III.	De la individualidad de la sentencia a su generalidad como fuente.....	84

	Pág.
IV. Determinación de la analogía o similitud de casos .....	85
V. Efectos de la textura abierta del lenguaje.....	86
VI. Estructura de la sentencia .....	88
a) Resultandos.....	88
b) Considerandos.....	88
c) Parte dispositiva o fallo.....	89
VII. Forma de presentación de los fallos. Forma escrita o verbal .....	90
a) Forma escrita o verbal .....	90
b) Otro ejemplo .....	91
VIII. Motivación. Votos. Relativa utilidad de los sumarios .....	92
a) Motivación .....	92
b) Votos .....	94
c) Sumarios.....	96
IX. Efectos de la sentencia. Cosa juzgada .....	96
a) Cosa juzgada .....	97
b) Fundamento .....	98
c) Límites a la cosa juzgada .....	99
d) Requisitos de la cosa juzgada .....	100
e) Elementos de la cosa juzgada .....	100
f) Revisión de la cosa juzgada .....	100
X. Aplicación (I).....	101
“Saguir y Dib” .....	101
XI. Aplicación (II) .....	112
“Bahamondez, Marcelo” .....	112

## CAPÍTULO IV

### LA SENTENCIA (II)

Por *Marcela Monti*

I. Objetivo y plan de exposición.....	125
II. Aspectos semánticos, sintácticos y pragmáticos .....	125
a) Sintaxis .....	126
b) Semántica.....	129
c) Pragmática.....	132
III. Lecturabilidad.....	134
IV. Destinatarios expertos y no expertos .....	137
V. Expresiones latinas usadas en sentencias judiciales .....	138
VI. Citas .....	139
VII. Aplicación (I).....	141
“T, Lidia c. Aguas Argentinas S.A. y otro s/ daños y perjuicios” .....	142
VIII. Aplicación (II) .....	146

## CAPÍTULO V

## LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE (I)

Por *Mariano J. Fernández*

I.	Plan de exposición .....	147
II.	El razonamiento jurídico.....	147
III.	Jurisprudencia contradictoria y cambios jurisprudenciales.....	148
IV.	La jurisprudencia como reiteración o como decisión del tribunal superior.....	150
V.	Variaciones jurisprudenciales .....	151
VI.	Modalidades de la jurisprudencia en la aplicación de las leyes .....	152
VII.	Modalidades de la jurisprudencia en el derecho jurisprudencial.....	154
VIII.	Unificación de la jurisprudencia .....	155
IX.	Técnicas para uniformar la jurisprudencia.....	156
	a) Recurso de casación .....	156
	b) Recurso extraordinario .....	158
	c) Fallos plenarios .....	164
X.	Jurisprudencia obligatoria .....	166
XI.	Interpretación de la jurisprudencia .....	167
XII.	Aplicación (I).....	167
	“Frías, Natividad” .....	168
XIII.	Aplicación (II) .....	179
	“Administrador de la Aduana de Campana s/ denuncia”.....	179

## CAPÍTULO VI

## TRASCENDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA

Por *Florencia S. Ratti Mendaña*

I.	Planteo y plan de exposición .....	181
II.	La jurisprudencia ante las materias codificadas y las materias no codificadas .....	182
III.	Modelos de jueces.....	184
	a) Júpiter .....	184
	b) Hércules .....	184
	c) Hermes .....	185
	d) La cuestión ética: legitimidad de Hermes .....	186
	e) Hermes y la toma de conciencia universal.....	187
IV.	El caso del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional.....	187
	a) El Derecho Constitucional.....	187
	b) El Derecho procesal constitucional .....	188
	b.1) Amparo .....	188
	b.2) Acción declarativa de certeza .....	190

	Pág.
V. El caso del Derecho administrativo.....	192
VI. Aplicación (I).....	194
“Siri, Ángel” .....	194
VII. Aplicación (II) .....	197
“Halabi, Ernesto c. P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 - s/ amparo ley 16.986” ..	197

## CAPÍTULO VII

### EL “COMMON LAW”

Por *Florencia S. Ratti Mendaña*

I. Objetivo y plan de exposición.....	213
II. Nociones previas.....	213
a) En búsqueda de un concepto .....	213
b) Factores que influyeron en su desarrollo .....	214
c) El valor del precedente.....	215
III. Tesis de Blackstone .....	215
a) Necesaria consideración previa .....	215
b) La sentencia judicial como declarativa del Derecho.....	216
c) Excepciones a la obligatoriedad del precedente.....	216
IV. Postura de Carter .....	217
V. Crítica a las teorías de Blackstone y Carter .....	217
VI. Postura crítica de Gray.....	217
VII. Crítica a Gray.....	218
VIII. Realismo jurídico de Holmes.....	219
IX. Sentencia judicial como decisión concreta del caso y como fuente normativa en Pound .....	220
a) La sentencia judicial como decisión concreta del caso.....	221
b) La sentencia judicial como fuente normativa.....	222
X. Eclecticismo de Cardozo .....	222
XI. Crítica a Cardozo.....	224
XII. Aplicación.....	224
“Roe vs. Wade” 410 US 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d. 147 (1973).....	225

## CAPÍTULO VIII

### LA EFICACIA VINCULANTE DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Por *Oswaldo A. Gozáni*

I. Antecedentes.....	231
II. Inconstitucionalidad de los fallos plenarios.....	232

	Pág.
III. Jurisprudencia y doctrina legal.....	235
IV. El peso de la jurisprudencia.....	238
V. Obligatoriedad de los pronunciamientos de la jurisprudencia transnacional .....	241
VI. La jurisprudencia de la Corte Suprema .....	251
VII. Conclusiones.....	257
VIII. Aplicación.....	257

## CAPÍTULO IX

### TÉCNICAS EN EL USO DEL PRECEDENTE

Por *Marcela Monti*

I. Objetivo y plan de exposición .....	259
II. Jurisprudencia persuasiva.....	259
III. Jurisprudencia imperativa .....	261
IV. Regla mayoritaria y minoritaria.....	264
V. <i> Holding </i> .....	265
VI. <i> Obiter dictum </i> .....	266
VII. Proceso de determinación del <i> holding </i> .....	267
VIII. La experiencia anglosajona: importancia de los hechos.....	269
IX. La experiencia argentina: ¿dónde están los hechos? .....	271
X. Peso del <i> holding </i> basado en diversos argumentos.....	273
XI. Retroactividad de una decisión modificatoria de una decisión anterior .	274
XII. Aplicación (I).....	277
“San Luis, Provincia de c. Estado Nacional s/amparo” .....	278
XIII. Aplicación (II) .....	358
“Bustos, Alberto R. y otros c. Estado Nacional y otros s/amparo” .....	358
XIV. Aplicación (III) .....	414
“Leguizamón de Ramírez María Elena c. EN-M° Interior - PFA s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg.” .....	415

## CAPÍTULO X

### “STARE DECISIS”

Por *Alberto B. Bianchi*

I. Planteo. Plan de exposición .....	425
II. Tres líneas jurisprudenciales .....	426
a) La obligatoriedad para los tribunales inferiores de lo decidido por la Corte en el mismo expediente .....	426
b) La obligatoriedad para los tribunales inferiores de lo decidido por la Corte en otras causas .....	428
b.1) Tesis negativa .....	428

	Pág.
b.2) Tesis afirmativa .....	429
c) Una primera conclusión.....	432
III. El <i>stare decisis</i> , la casación y el valor <i>erga omnes</i> de las sentencias .....	433
a) El <i>stare decisis</i> .....	433
b) La casación y la función casatoria de la Corte de los Estados Unidos a través del <i>writ of certiorari</i> .....	435
c) Los efectos <i>erga omnes</i> en el ejercicio del control constitucional .....	436
d) En síntesis.....	438
IV. La Corte Suprema Argentina frente al <i>stare decisis</i> .....	439
a) Coherencia intrínseca de los postulados de la tesis.....	439
b) Semejanzas y diferencias de la tesis afirmativa con el sistema del <i>stare decisis</i> .....	439
c) Posibilidades de aplicar el <i>stare decisis</i> en nuestro sistema.....	440
d) Alcances de la aplicación del <i>stare decisis</i> .....	442
e) Eventuales influencias del <i>stare decisis</i> en la jurisdicción de la Corte.	443
V. Conclusiones.....	444
VI. Aplicación.....	445

## CAPÍTULO XI

### ACCESO A LA INFORMACIÓN JUDICIAL

Por *Estela B. Sacristán*

I. Planteo. Plan de exposición .....	447
II. El acceso a la información judicial en los Estados Unidos.....	449
a) Acceso a los procedimientos judiciales .....	450
b) Acceso a los registros judiciales .....	454
c) Acceso electrónico .....	457
III. Acerca del acceso a la información judicial en Argentina.....	460
a) Acceso a ciertas etapas procesales .....	460
b) Acceso a registros judiciales .....	462
c) Acceso electrónico .....	464
IV. Reflexiones finales .....	466
V. Aplicación.....	468

## CAPÍTULO XII

### LA JURISPRUDENCIA Y SU PUBLICACIÓN. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PRECEDENTE

Por *Estela B. Sacristán*

I. Planteo. Plan de exposición .....	469
II. Clases y contenido. Publicidad.....	470
III. Sistemas de publicación. Sistemas oficiales y no oficiales .....	474

	Pág.
a) La experiencia argentina.....	475
b) La experiencia estadounidense.....	477
III. Omisión de publicación. Fallos. Laudos arbitrales .....	480
IV. Reflexiones finales .....	482
V. Aplicación.....	483

### CAPÍTULO XIII

#### PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

*Por Alberto Biglieri*

I. Objetivo y plan de exposición. Agradecimiento. Comentario para los lectores.....	485
II. Precedente Administrativo .....	485
a) Preliminar .....	486
b) Introducción .....	487
III. Precedente. Diferencias con la costumbre y la jurisprudencia administrativa .....	489
IV. Precedente y motivación.....	491
V. Vinculante, “ma non troppo” .....	492
VI. Precedente, práctica administrativa y propios actos de la Administración.....	494
VII. Efectos.....	494
VIII. Derecho comparado.....	495
IX. Conclusión .....	496
X. Aplicación.....	497
Dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación .....	497

### CAPÍTULO XIV

#### PRECEDENTE Y SISTEMA REPUBLICANO

*Por Florencia S. Ratti Mendaña*

I. Objetivo y plan de exposición.....	505
II. La cuestión de la legitimidad democrática de los jueces.....	505
a) Consideraciones generales .....	505
b) Argumentos a favor y en contra de la legitimidad democrática del Poder Judicial.....	507
c) Colofón .....	510
III. El precedente en la dinámica judicial-legislativa.....	511
a) Casos en que los jueces han delineado su labor frente a la actividad legislativa .....	512
b) Casos en que los jueces han saneado errores del legislador o fallas en las normas.....	512

	Pág.
c) Casos en que el Poder Judicial limitó su accionar frente al Poder Legislativo.....	514
d) Casos en que el juez coaccionó al legislador al dictado de una norma .	517
IV. El caso de la jurisprudencia y la revolución triunfante.....	519
V. El problema de invocación de la jurisprudencia extranjera.....	519
VI. Aplicación (I).....	522
“Freyre, Alejandro y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” .....	522
VII. Aplicación (II) .....	529
“E, A. L. s/ medida autosatisfactiva” .....	529

## TÍTULO II

### LA SENTENCIA COMO DECISIÓN

#### CAPÍTULO XV

#### TEORÍA DE LA DECISIÓN

*Por Alejandra Delfín*

I. Objetivo y plan de exposición.....	545
II. Nociones introductorias.....	545
III. La interpretación en el ámbito jurídico y su definición como elemento determinante de la elección del decisor .....	547
a) El dilema del decisor .....	549
b) El concepto de “decisión racional” según Mosterin.....	553
IV. Decisor. Posibilidades, alternativas de acción. Diferencias con otras teorías.....	553
a) Interpretación exegética .....	554
b) Aspectos transformacionales .....	555
c) Aspectos semánticos .....	555
d) La interpretación a partir del análisis de las fuentes citadas por el codificador.....	556
e) Interpretación económico-racional del texto .....	556
f) Método literal o gramatical .....	557
g) Método histórico.....	557
h) Método científico o de la libre interpretación.....	558
i) De derecho libre .....	558
j) Teleológico .....	559
k) Comparativo .....	559
l) Sociológico.....	559
m) Positivismo fáctico .....	560
n) Método egológico.....	560
ñ) Tópico retórico.....	560
o) El concepto de racionalidad a fin de establecer la interpretación más razonable de la norma .....	561

	Pág.
V. Formas básicas: teoría de la decisión en sentido estricto, teoría de los juegos y teoría de la decisión social .....	565
a) La teoría de la decisión en sentido estricto .....	566
b) Teoría de los juegos .....	566
c) Teoría de la decisión social .....	567
VI. Síntesis .....	567
VII. Aplicación.....	568

## CAPÍTULO XVI

### TEORÍA DE LA DECISIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

*Por Alejandra Delfín*

I. Plan de exposición. Introducción.....	571
II. La teoría de la decisión en sentido estricto. Las preguntas fundamentales que responde .....	572
III. Condiciones. Incidencia de los valores .....	572
IV. Incidencia de la información. La prueba .....	572
a) La prueba de los hechos controvertidos.....	573
b) La prueba como elemento determinante.....	575
c) A modo de ejemplo.....	576
V. Formas: Decisión bajo certeza. Decisión bajo riesgo. Decisión bajo incertidumbre.....	580
a) Cómo se adoptan las decisiones .....	580
b) La decisión bajo incertidumbre y los fundamentos de derecho de Rawls. Las críticas a la luz del pensamiento de Höffe .....	583
VI. Síntesis .....	585
VII. Aplicación (I).....	586
“Editorial Río Negro S.A. c. Neuquén, Pcia. del s/ acción de amparo” .....	586
VIII. Aplicación (II) .....	587
“Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c. Mrio. de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo” .....	588
IX. Aplicación (III) .....	590
X. Aplicación (IV) .....	592

## CAPÍTULO XVII

### TEORÍA DE LOS JUEGOS Y TEORÍA DE LA DECISIÓN SOCIAL

*Por Alejandra Delfín*

I. Plan de exposición .....	593
II. Situaciones contemplables en la teoría de los juegos. Incidencia de la estrategia. La influencia de otros decisores como definitoria.....	593

	Pág.
III. La teoría de los juegos aplicada al conflicto o controversia entre partes .	596
a) Dilema del prisionero. Condiciones .....	597
b) Perspectiva de la cooperación.....	598
IV. Particularidades de la teoría de la decisión social. Funciones de la decisión social.....	599
a) La condición de completitud aplicada a la Teoría de la Decisión Social .....	600
V. Preferencias individuales y preferencias colectivas. Interés parcial, interés total. Órdenes de preferencias .....	601
a) La paradoja de la votación .....	602
b) El teorema de la imposibilidad de Arrow .....	602
c) La paradoja liberal .....	604
e) El enunciado de equivalencia de May .....	604
f) La importancia de la decisión social para la fundamentación de los principios del derecho.....	604
VI. Las decisiones colectivas en el ámbito del derecho.....	605
VII. Intergeneracionalidad. Decisiones en red.....	608
VIII. Aplicación (I).....	611
IX. Aplicación (II) .....	612

### TÍTULO III

## NOCIONES DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### CAPÍTULO XVIII

#### TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN

Por *María Eugenia Zacagnino* y *María Alejandra Fernández*

I. Objetivo y plan de exposición .....	617
II. Derecho y argumentación.....	617
III. Ámbitos de la argumentación jurídica.....	618
a) Producción o establecimiento de normas jurídicas .....	618
b) Aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos.....	618
c) Dogmática jurídica .....	619
IV. Antecedentes históricos .....	619
a) Aristóteles como base filosófica .....	619
b) Theodor Viehweg y la teoría de la tópica jurídica.....	621
c) Chaïm Perelman: Nueva retórica .....	623
d) Neil MacCormick.....	627
e) Robert Alexy .....	629
V. Aplicación (I).....	630
VI. Aplicación (II) .....	630
VII. Aplicación (III) .....	630
"Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080" .....	631

## CAPÍTULO XIX

## TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA (I)

Por *María Eugenia Zacagnino*

I.	Objetivo y plan de exposición.....	669
II.	Argumentación práctico-general y argumentación jurídica.....	669
III.	El discurso práctico.....	672
	a) El concepto de juego de lenguaje de Wittgenstein .....	672
	b) La teoría de los actos de habla de Austin.....	673
IV.	Teoría del discurso de Habermas .....	675
	a) La justificación de las proposiciones normativas .....	676
V.	Fundamentación de las reglas del discurso.....	680
VI.	La teoría del discurso como teoría procedimental .....	681
VII.	Teoría de la argumentación jurídica de Alexy .....	682
VIII.	Aplicación.....	683
	“Editorial Río Negro S.A. c. Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo”.	684

## CAPÍTULO XX

## TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA (II)

Por *María Eugenia Zacagnino*

I.	Objetivo y plan de exposición.....	713
II.	Reglas y formas del discurso práctico general.....	713
	a) Reglas fundamentales .....	714
	b) Reglas de razón.....	715
	c) Reglas sobre la carga de la argumentación.....	716
	d) Reglas de formas de los argumentos.....	717
	e) Reglas de fundamentación .....	718
	f) Reglas de transición .....	719
III.	Límites del discurso práctico general.....	719
IV.	El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general. La teoría de la argumentación jurídica .....	720
V.	Aplicación.....	721

## CAPÍTULO XXI

## TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA (III)

Por *María Eugenia Zacagnino*

I.	Objetivo y plan de exposición.....	723
II.	Reglas y formas de la justificación interna.....	723
III.	Reglas y formas de la justificación externa .....	726

	Pág.
a) Reglas y formas de la argumentación empírica .....	726
b) Reglas y formas de la interpretación.....	727
c) Reglas de la argumentación dogmática .....	729
d) Reglas sobre el uso de los precedentes.....	731
e) Formas y reglas de argumentos jurídicos especiales.....	732
IV. Los límites del discurso jurídico. El derecho como sistema de normas (reglas y principios) y de procedimientos.....	733
IV. Conclusión .....	735
V. Aplicación (I).....	736
VI. Aplicación (II) .....	736
“Bussi, Antonio Domingo c. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados” .	737

## PARTE TERCERA: DOCTRINA

### CAPÍTULO XXII

#### FUENTES DE AUTORIDAD SECUNDARIA

*Por Gustavo F. Maldonado*

I. Objetivos y plan de exposición .....	761
II. Importancia.....	761
III. Diccionarios .....	764
IV. Enciclopedias .....	765
V. Tratados y manuales.....	765
VI. Revistas jurídicas .....	766
VII. Publicaciones <i>online</i> .....	768
VIII. Colecciones de formularios y modelos .....	769
IX. Reformulaciones ( <i>restatements</i> ) del derecho .....	771
X. Cómo hallar el Derecho .....	771
XI. Aplicación.....	771
“Gaceta del Foro” s/ solicita inscripción en el registro de edictos” .....	772

### CAPÍTULO XXIII

#### DOCTRINA COMO FUENTE

*Por Gustavo F. Maldonado*

I. Objetivos y plan de exposición .....	773
II. Cuestionamientos.....	773
III. La doctrina como fuente en el derecho de los juristas .....	775
IV. Influencia de la doctrina en el Derecho de los juristas.....	776
V. Historia de la doctrina como fuente.....	777

---

	Pág.
VI. La doctrina como fuente y las diversas escuelas jurídicas .....	786
VII. Contribuciones de la doctrina como fuente .....	787
a) Estudio de casos concretos .....	788
b) Exposición sistémica del Derecho .....	788
c) La doctrina y las llamadas lagunas del Derecho .....	790
d) La doctrina y la crítica a la actividad judicial .....	793
VIII. El problema de la invocación de doctrina extranjera .....	793
IX. Aplicación.....	794
“Salomoni, Jorge Luis y otros s/defraudación - Causa N° 22.241 - Carlos A. Grosso” .....	794
BIBLIOGRAFÍA .....	805
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA .....	823