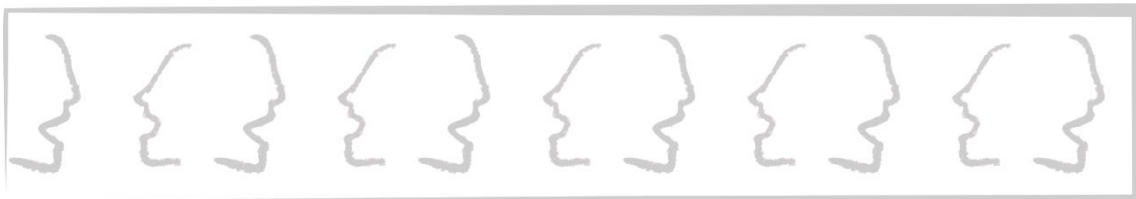


# Derecho y Control: problemáticas específicas

Análisis Jurisprudencial



Derecho y Control:

Problemáticas específicas

Análisis Jurisprudencial

Directores: Hernán G. Bouvier y Federico J. Arena

Editora: M. Florencia Pasquale



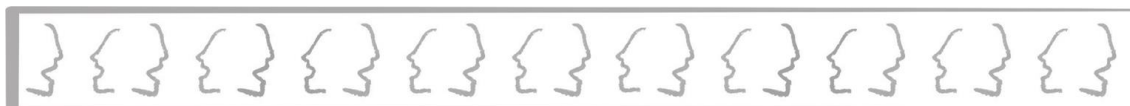
Derecho y control 2: problemáticas específicas: análisis jurisprudencial / Hernán Galo Bouvier...[et al.]; dirigido por Hernán Galo Bouvier; Federico José Arena; editado por Florencia Pasquale. - 1a ed. adaptada. - Mendiolaza: Hernán Galo Bouvier, 2018.

Libro digital, PDF - (Derecho y control / Bouvier, Hernán G.; Arena, Federico José; 1)

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-42-9841-6

1. Derecho. 2. Jurisprudencia. I. Bouvier, Hernán Galo II. Bouvier, Hernán Galo, dir. III. Arena, Federico José, dir. IV. Pasquale, Florencia, ed.

CDD 348.04



Los comentarios jurisprudenciales aquí reunidos son fruto del trabajo colectivo en el Proyecto “Derecho y Control. Problemáticas específicas” bajo la dirección de Hernán G. Bouvier y Federico Arena, radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS). El proyecto contó con subsidio de la Secretaría de Ciencia y Técnica (SECYT, UNC, Proyecto “A” 30720150101173CB) y se encuentra incluido en el Programa “Autonomía, control y derechos fundamentales”. Se reúnen en el presente una serie de análisis jurisprudenciales que constituyen una parte de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto.



## Índice

<b>Dos oportunidades perdidas. La Corte sobre precedentes y generalizaciones en el caso Schiffrin.</b> Federico J. Arena. ....	p. 2
<b>Sindicalización de la policía.</b> Hernán G. Bouvier.....	p.20
<b>Uso de agravantes subjetivos en la determinación de la pena: Análisis de un caso de arbitrariedad.</b> Daniela M. Domeniconi.....	p.34
<b>Nota al fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sobre el agravante femicidio.</b> Samanta Funes.....	p.45
<b>Compensación económica: recorrido jurisprudencial.</b> Romina Lerussi y Romina D. Scocozza.....	p.61
<b>Prisión perpetua: ¿cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba?</b> M. Valentina Risso.....	p.77
<b>Derecho penal y crisis habitacional en Córdoba: análisis de casos en la jurisprudencia local.</b> Magalí Vereda, Sofía Pezzano y M. Florencia Pasquale.....	p.89



## Dos oportunidades perdidas

### La Corte sobre precedentes y generalizaciones en el caso Schiffrin

Federico J. Arena\*

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia del 28 de marzo de 2017, “Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos CSJN 159/2012 (48-S).

**Sumario:** Resumen 1. Introducción 2. El fallo de la Corte. Brevemente. 3. ¿Cuál teoría del precedente? 4. Generalizaciones y discriminación. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía y jurisprudencia.

**Resumen:** En estas breves notas se intenta mostrar que, aun cuando las conclusiones del fallo Schiffrin me parezcan correctas, la Corte podría haber aprovechado la ocasión para precisar su teoría del precedente y para completar sus premisas acerca del uso de la edad como categoría para distinguir grupos de personas. Creo que respecto de ambos temas la Corte perdió la oportunidad de ofrecer estructuras argumentativas que, a largo plazo, otorgan mayor estabilidad a su jurisprudencia. El trabajo comienza resumiendo brevemente el fallo de la Corte, deteniéndose sólo en las cuestiones aquí relevantes, y luego aborda las referencias allí realizadas sobre los precedentes y sobre las generalizaciones referidas a grupos sociales.

#### 1. Introducción

La reglamentación del procedimiento para el retiro de jueces federales que hayan cumplido los 75 años de edad, llevada a cabo por el Consejo de la Magistratura de la Nación a fines del 2017 (CMPJN, Res. 521, 21/12/2017), constituye una buena ocasión para volver sobre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Schiffrin”. En esa decisión, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma expresada por el

---

\* Investigador Adjunto CIJS – Conicet y U.N.C. Profesor Adjunto de Filosofía y Lógica Jurídica, Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina. [fjarena@conicet.gov.ar](mailto:fjarena@conicet.gov.ar)



artículo 99 inciso 4to de la Constitución Nacional. Ese artículo impone, a los jueces federales que hayan cumplido los 75 años, la exigencia de renovar su nombramiento o, en alternativa, de retirarse (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S)). La cuestión, como es conocido, es espinosa ya que en los últimos años la discusión sobre la duración de los mandatos de los jueces estuvo teñida de controversias y pujas políticas, que alteraron incluso la relación entre los distintos poderes. Así, por un lado, las tensiones generadas por la duración del mandato del Juez Fayt, (quien se mantuvo en su cargo incluso 20 años después de haber cumplido los 75 años) y por el reemplazo del juez Zaffaroni (que renunció a su cargo a los 75 años sin siquiera solicitar el nuevo acuerdo del Senado), se mezclaron con la tensión entre la inevitable necesidad de una renovación del fuero federal y la protección de la independencia judicial.

En este marco, la Corte debía expedirse sobre el pedido del Juez Schiffrin para que se declare inconstitucional la reforma de 1994 en lo que se refiere al artículo 75 de la Constitución de 1953. Ello en cuanto, a entender del juez solicitante, los convencionales constituyentes habrían excedido su competencia, tal como ésta había sido fijada por la Ley del Congreso que declaró la necesidad de la reforma. En particular, según el argumento, la ley de necesidad de la reforma no incluía el artículo 96 de la Constitución del 53, donde se establecía la inamovilidad de los jueces y por lo tanto, concluye el argumento, la reforma no podía afectar la duración de sus mandatos, aun cuando ello fuera incluido en un artículo cuya reforma estaba autorizada. Este argumento, además, coincidía con el que la misma Corte había sostenido en el fallo “Fayt” de los años 90 (CSJN, Fayt, 19/08/1999, Fallos 322:1616). Más allá de la discusión acerca de si efectivamente los convencionales respetaron la ley de necesidad de la reforma o si se excedieron, el caso involucraba dos cuestiones relevantes que la Corte percibió como tales pero que, a mi juicio, no le dio el tratamiento que merecían. Dejando así pasar la oportunidad de pronunciarse, ya con una conformación estable de cinco miembros, con profundidad acerca de ellas. Las dos cuestiones son, por un lado, la concepción del precedente y, por otro lado, la justificación de normas basadas en generalizaciones sobre grupos sociales.

La primera surge en razón de que la Corte se había pronunciado con anterioridad, en el fallo “Fayt” (Fallos: 322:1616), sobre la constitucionalidad de ese mismo artículo y, por lo tanto, al decidir este caso de manera diferente, debía no sólo argumentar a favor del contenido de la nueva decisión, sino también ofrecer razones acerca de cómo encajar la



decisión actual con lo que, a primera vista, parecía una decisión pasada en sentido contrario. Como veremos, la práctica misma del precedente obliga a distinguir entre la corrección de una decisión pasada y razones para apartarse de ella o seguirla. Esto nos ubica, tal como la misma Corte lo advierte, en el ámbito de la teoría de los precedentes. La segunda cuestión surge porque la Corte, una vez revocado el precedente Fayt y señalada la constitucionalidad de la reforma, se pregunta también por la racionalidad o legitimidad de la exigencia impuesta por la norma a los jueces que cumplan 75 años. Se trata, de una norma apoyada en la generalización según la cual los jueces que superen esa edad tienden a estar en peores condiciones para ejercer sus funciones. Es decir, se trata de una generalización acerca de un grupo de personas y, por lo tanto, exige determinar si es una generalización legítima a la luz del principio de igualdad y/o de no discriminación.

Desde mi punto de vista, respecto de ambas cuestiones la Corte ha sido demasiado reticente en sus palabras y se ha limitado a afirmar dogmáticamente algunas nociones o ideas sin ofrecer mayores argumentos, por lo que en realidad no resulta posible conjeturar cuál será su línea de decisiones hacia el futuro. Algo que, en virtud del cambio de precedente, habría sido oportuno fijar. Comenzaré entonces por resumir brevemente el fallo de la Corte, deteniéndome sólo en las cuestiones que interesan para este trabajo, y luego me referiré a lo que de ello puede extraerse sobre los precedentes y sobre las generalizaciones referidas a grupos sociales.

## **2. El fallo de la Corte. Brevemente**

La reforma constitucional de 1994 fue dispuesta por Ley N° 24.309, en la que el Congreso de la Nación declaró la necesidad de la reforma (de ahora en más me referiré a ella simplemente como “Ley de reforma”). En esa ley se establecía, entre otras cosas, que la convención podía reformar los artículos referidos a las facultades del Congreso de la Nación y del Poder Ejecutivo. Respecto de este último, las facultades se encontraban establecidas en el artículo 86 del texto constitucional de 1853. En ese artículo, en el quinto párrafo, se establecía que el Presidente designa a los jueces de la Corte y al resto de los jueces federales mediante acuerdo con el Senado. El artículo nada decía sobre la duración de los jueces en sus funciones. En este sentido, la Ley de reforma nada señalaba respecto del artículo 96 de la Constitución del 53, en el que se fijaba la inamovilidad de los jueces





mientras dure su buena conducta<sup>1</sup>. A pesar de ello, los reformadores de 1994 establecieron en el tercer párrafo del inciso 4to del ahora artículo 99 (ex 86) que: *“Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”*. Es decir, la modificación introducida por la Asamblea implicó imponer un plazo, los 75 años de edad, a partir del cual los magistrados debían optar, o bien por jubilarse, o bien por solicitar un nuevo acuerdo del Senado. En cambio, antes de la reforma tal plazo no existía, siendo el cargo vitalicio. En el fallo *Fayt* la Corte sostuvo que la Asamblea reformadora había excedido los límites de la Ley de reforma, precisamente porque el artículo 96 no se encontraba dentro de los que podían ser modificados. Tal como la propia Corte lo reconstruye: *“En esa oportunidad, la mayoría declaró la nulidad de la reforma introducida por la Convención Constituyente de 1994 al artículo 86, inciso 5°, del texto constitucional de 1853, mediante la cual se estableció una limitación para la permanencia en el cargo - entre otros- de los magistrados de la Corte Suprema una vez cumplida la edad de setenta y cinco años (artículo 99, inciso 4°, del texto vigente de la Constitución Nacional). El Tribunal fundó su decisión en el entendimiento de que la Convención Constituyente había excedido el ámbito de actuación habilitado por el Congreso de la Nación al dictar la ley que declaró la necesidad de reforma de la Constitución Nacional (ley 24.309). En particular, consideró que la fijación del límite de edad para la duración del cargo de juez había importado una alteración del antiguo artículo 96 de la Constitución Nacional (actual artículo 110), que consagraba la garantía de inamovilidad de los magistrados en sus cargos.”*

Frente a estas consideraciones, el argumento central de la Corte en el fallo *Schiffirin* tiene la siguiente estructura (como adelanté, aquí no me interesa tanto discutir el argumento de la Corte acerca de la constitucionalidad o no de la reforma, sino que me interesa el modo en que la Corte justifica la revocación del precedente *Fayt*. Por ello, me limitaré a resumir

---

<sup>1</sup> “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta”. Este artículo 96 se encontraba en el capítulo primero de la sección dedicada al Poder Judicial. El título del capítulo era “De su naturaleza y duración”. A pesar de este título, la interpretación del artículo 96 era como estableciendo el principio de inamovilidad. No obstante, en su voto disidente, Rosenkrantz desacuerda.



brevemente el argumento sustancial, para luego concentrarme en la cuestión que nos atañe):

(a) La Asamblea constituyente reformadora, en cuanto poder Constituyente derivado, tiene límites fijados por la Ley de necesidad de la reforma. Por lo tanto, la Corte tiene facultades para analizar la concordancia entre la ley de reforma y lo realizado por la convención constituyente. En este sentido, la reforma constitucional tiene que ser analizada según dos criterios: (i) respeta los límites de la ley de necesidad de la reforma y (ii) respeta los principios fundamentales del estado de derecho (forma republicana y derechos humanos<sup>2</sup>).

(b) Respecto de los límites de la reforma, la interpretación no puede ser estricta, sino que ha de ser amplia, favorable a la reforma. De lo contrario, la reforma quedaría en manos del Congreso y no de la Asamblea. En términos de la Corte, basta con determinar que “no constituye una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), p. 23). En el caso particular, la ley de necesidad confería a la Asamblea la facultad o mandato para reformar lo relativo a las atribuciones del Poder Ejecutivo, entre ellas la designación de magistrados.

(c) La Constitución consagra la inamovilidad de los magistrados, pero ello no implica que el cargo sea vitalicio. La inamovilidad puede garantizarse de diferentes formas y el artículo 96 de la Constitución del 53 no especificaba cuál de ellas prefiere. La reforma Constitucional es compatible con la inamovilidad de los jueces, ya que esta última no es incompatible con la duración limitada del cargo.

(d) Una interpretación restrictiva de las facultades de la Asamblea reformadora llevaría a cuestionar otros contenidos de la Reforma de 1994, que ya pasaron a formar parte del bagaje constitucional del sistema jurídico argentino (La Corte cita numerosos ejemplos, entre ellos, la incorporación de la acción de hábeas data junto al hábeas corpus y la acción de amparo, el reconocimiento a los pueblos indígenas argentinos de la personería jurídica y de la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras, etc.)

---

<sup>2</sup> Ambos constituyen lo que en derecho constitucional suele designarse como contenido “pétreo” de la constitución. Véase (Bidart Campos, 1997).



(e) El límite de 75 años, al ser un límite previsible y objetivo, trata de modo igualitario a una categoría de individuos, sin sospecha de discriminación.

(f) Dado que la reforma no es ostensiblemente incompatible con la ley que la habilita y dado que no infringe el contenido pético de la constitución, debe ser respetada y, por lo tanto, el precedente Fayt debe ser revocado.

Veamos entonces los argumentos que propone la Corte para apoyar la revocación del precedente.

### 3. ¿Cuál teoría del precedente?

Vale la pena una aclaración inicial. No se trata aquí de determinar si la Corte respeta o no la regla del *stare decisis*, o si los precedentes de la Corte son obligatorios para ella misma. Ninguna respuesta a estas preguntas puede tener sentido acabado sin antes proponer una teoría del precedente, sobre todo, porque en la que es considerada la cuna misma de la práctica del precedente, i.e. el *common law*, no existe una teoría única. El punto entonces es intentar determinar cuál es la teoría del precedente propia de la Corte.

Si bien la Corte tiene una larga historia de usos y de referencias a sus propias decisiones pasadas<sup>3</sup>, no ha ofrecido expresamente a lo largo de esa jurisprudencia una teoría del precedente. Por teoría del precedente entiendo un conjunto de tesis conceptuales y normativas acerca de por qué y bajo qué condiciones está justificado seguir una decisión tomada en el pasado. Cuyo reverso son otras tesis acerca de bajo qué condiciones y por qué está justificado modificar o apartarse de una decisión pasada. Si bien aquí me interesaré en lo que suele conocerse como precedente horizontal, es decir, el seguimiento por parte de un tribunal de sus propias decisiones (o de decisiones de tribunales de igual jerarquía) y no entraré en la discusión del precedente vertical, i.e., de la obligatoriedad o no de las sentencias de la Corte para tribunales inferiores<sup>4</sup>, una teoría del precedente bien puede tener alcance general.

---

<sup>3</sup> Véase al respecto del detallado trabajo de (Garay, 1997).

<sup>4</sup> Véase, entre muchos otros (Iturralde, 2013). El seguimiento por parte de un tribunal de sus propias decisiones también es denominado “autoprecedente”.



Una teoría de este tipo ofrece estabilidad a la jurisprudencia de la Corte, no tanto porque mantenga una decisión de fondo determinada, sino porque ofrece un conjunto de elementos acerca de cuándo está permitido un apartamiento del precedente. Además, ello abre también la posibilidad de estimar cuándo es posible que la Corte efectivamente se aparte de un precedente.

El fallo Schiffrin era una buena oportunidad para formular expresamente una teoría de ese tipo. Tratándose de una decisión en la que la Corte misma señala que se aparta de un precedente, bien podría haber servido para diseñar los contornos de los criterios para tomar una decisión de ese tipo y así precisar su teoría. El problema es que la Corte en varios puntos parece anunciar que lo hará, pero luego se limita a formulaciones genéricas.

Para mostrar que la oportunidad fue desperdiciada comenzaré por resumir brevemente algunas teorías bien conocidas de los precedentes. Luego me referiré a las tesis de la Corte sobre la justificación y uso de precedentes e intentaré mostrar algunas inconsistencias y genericidades de su teoría putativa. Mi conclusión es que la posición de la Corte es pendular entre dos teorías de los precedentes lo que hace sospechar que considera como condición suficiente para apartarse de una decisión pasada que esa decisión sea equivocada, y esto es precisamente la negación del precedente.

Suelen distinguirse tres teorías (o modelos) del precedente. La teoría “natural”, la teoría de las reglas y la teoría de los resultados<sup>5</sup>. Las tres teorías se distinguen según qué respuesta den sobre el alcance y la justificación de los precedentes. El alcance de un precedente determina cuándo una decisión actual está alcanzada por la influencia de una decisión pasada y bajo qué condiciones se produce una distinción o una revocación. La justificación del precedente se refiere a las razones que hay para decidir según un precedente. Aquí me concentraré en la dimensión del alcance. La teoría “natural” considera a la decisión pasada sólo como uno más de los tantos hechos que debe considerarse para resolver el caso actual. La teoría de las reglas, en cambio, sostiene que al resolver un caso el tribunal expresa una regla, fijando antecedente y consecuente (e.g. “Si X, Y y Z entonces se debe resolver a favor de A2”). La teoría de los resultados, algo más compleja de presentar en pocas palabras, sostiene que aun cuando la suma de hechos actuales justifique una decisión

---

<sup>5</sup> En lo que sigue me apoyo, para la reconstrucción de estas teorías, (Alexander, 2015), (Raz, 1985 2da ed. [1975]) y (Schauer, 1987).



diferente a la tomada en el pasado, si los hechos adicionales del caso actual apoyan la misma decisión pasada, entonces hay que aplicar el precedente. Esquemáticamente: (a) en el pasado se decidió a favor de A cuando se dieron los H1, H2 y H3, (b) actualmente, se dan los hechos H1, H2, H3 y H4 que, en conjunto, apoyan una decisión a favor de B, (c) sin embargo, H4 aisladamente apoya una decisión a favor de A, (d) Dado el precedente y dado H4, la decisión actual debe ser a favor de B<sup>6</sup>.

De las tres teorías sólo las dos últimas permiten dar cuenta de la idea según la cual una decisión pasada es tratada como precedente cuando en el momento actual se la vuelve a tomar aun cuando se la considere incorrecta. En palabras de Alexander: “un determinado tribunal, de no haber precedente, resolvería el caso A vs. B a favor de A; sin embargo, como sí existe precedente, el tribunal debe resolver el caso a favor de B” (Alexander 2015, 160)<sup>7</sup>. Ambas teorías del precedente permiten, a su vez, diferenciar entre la distinción y la revocación de un precedente. Desde el punto de vista de la teoría de las reglas, la decisión actual introduce una distinción, sin revocar el precedente, cuando la regla modificada permite justificar las decisiones pasadas, de lo contrario, se trata de una revocación. En otras palabras, se trata de una distinción, y no de una revocación, si se dan dos condiciones: (a) se agrega una propiedad relevante a las identificadas por las decisiones pasadas; (b) la regla modificada justifica también todas las decisiones tomadas en casos pasados<sup>8</sup>. La teoría de los resultados, en cambio, afirma que una distinción se produce cuando un nuevo hecho, ausente en el caso pasado, justifica una decisión diferente. Esquemáticamente: (a) en el pasado se decidió a favor de A cuando se dieron los H1, H2 y H3, (b) actualmente, se considera que H1, H2, H3, también presentes, apoyan en cambio una decisión a favor de B, (c) además, está presente H4 que también apoya una decisión a favor de B, (d) si se decide finalmente a favor de B se ha introducido una distinción, i.e. H1, H2 y H3, entonces a favor de A, salvo que se dé también H4, entonces a favor de B.

A partir de esta breve y esquemática presentación de las teorías de los precedentes, veamos entonces cuáles son los indicios que la Corte ofrece sobre su propia teoría en el fallo

---

<sup>6</sup> Los defensores del modelo de resultados son, entre otros, Ronald Dworkin y Grant Lamond.

<sup>7</sup> El modelo natural no permite dar cuenta de esta exigencia precisamente porque la decisión pasada es considerada sólo uno, entre otros, hechos que determinan cuál es la decisión correcta en el momento actual.

<sup>8</sup> Ésta es la propuesta de Raz en (Raz, 1985 2da ed. [1975], 231-238). Si bien Alexander, también defensor de la teoría de las reglas, piensa de manera diferente. Véase (Alexander, 2015, 163-165).



Schiffrin. Acerca de la justificación, la Corte afirma que la existencia de un precedente “por razones de seguridad jurídica, impone la carga argumentativa de explicar por qué habría que modificarlo”. Es decir, la certeza acerca de las decisiones de la Corte, órgano jurisdiccional de última instancia puesto que sus decisiones son definitivas dentro del sistema jurídico argentino, exige adecuarse al precedente. Recuérdese que seguir un precedente implica ajustarse a él incluso si se considera equivocado. Ahora bien, seguir un precedente no implica respeto ciego, existe la posibilidad de formular una distinción o de revocarlo. La distinción y la revocación no atentan contra la práctica del precedente siempre que se fijen con precisión las condiciones para su procedencia y, sobre todo la segunda, sea excepcional. En su sentencia, la Corte afirma expresamente que el precedente Fayt debe ser revocado. Sin embargo, gran parte de sus afirmaciones parecen dirigidas, en cambio, a distinguir la situación del caso Schiffrin de aquella en la que se produjo el fallo Fayt. Es decir, mientras gran parte de sus afirmaciones hace sospechar que optará por la vía de la distinción, la Corte opta, en cambio, por la vía de la revocación.

Veamos algunos detalles. La Corte comienza señalando otros ejemplos de cambios de precedente: “en los últimos diez años esta Corte modificó numerosos precedentes, en materia previsional, laboral, ambiental, derechos fundamentales, lesa humanidad, penal, y otros, invocando una razón fundada que fue la plena aplicación de la reforma constitucional del año 1994. Es decir que en esos casos hubo una justificación basada en el cambio sustancial en el ordenamiento constitucional o en razones de excepción” y agrega “que el cambio del precedente "Fayt" (Fallos: 322:1616) puede ser subsumido en esta categoría.” [...] “La carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada.”. Igualmente sostuvo, siguiendo lo dicho en otros fallos, que “es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos; ... más con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida...”. debiendo existir ‘causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio’” (Fallos: 248:115; 329:759; 337:47).

Ahora bien, por un lado, una modificación de una línea de decisiones en virtud de un cambio normativo, i.e., un cambio en la Constitución, no constituye estrictamente una



revocación. Pues cambiadas las premisas normativas, la decisión ha de ser inevitablemente diferente si es que la Corte se concibe a sí misma, ante todo, como guardiana de la Constitución y no de sus propias decisiones. De todos modos, el cambio en el texto Constitucional no puede ser alegado a favor de revocar el precedente Fayt, puesto que desde 1994 no ha habido cambios en el texto de la Constitución. Así, la categoría en la que, según la Corte, podría ser subsumido ha de ser “razones de excepción” o “causas suficientemente graves”.

La Corte afirma entonces que un precedente impone la obligación de seguirlo salvo que “exista una situación de excepción que exija una argumentación suficiente”. Es decir, parecería que sólo es posible revocar en situaciones de excepción. Dicho en términos de teoría del precedente, la decisión pasada debe ser mantenida en el caso actual, incluso si es equivocada, salvo que exista una situación de excepción que autorice la revocación. Esta referencia a la excepcionalidad parece alejar a la Corte de la teoría natural del precedente. No obstante, no resulta sencillo precisar qué entiende por “situación de excepción”. Hay dos circunstancias que, a partir de ciertas afirmaciones de la Corte, parecerían configurar la situación de excepción. Por un lado, el hecho que el juez Fayt ya no se encuentre en funciones y, por lo tanto, que no sea posible sospechar que la reforma estaba dirigida a afectar la situación de un juez en particular. Por otro lado, el hecho que, de seguirse con la línea jurisprudencial iniciada, a juicio de la Corte, con el fallo Fayt, deberían declararse inconstitucionales otras partes de la reforma que ya forman parte del bagaje constitucional de la cultura jurídica argentina. Como intentaré mostrar, basar el argumento de la revocación en ambas circunstancias lo vuelve inconsistente.

Efectivamente, la Corte afirma que “en primer lugar, [el caso Fayt es] el único caso en que la Reforma Constitucional no ha sido aplicada, y atendió a una situación transitoria, ya que estaba bajo análisis la posible afectación que podría acarrear la aplicación inmediata o sometida a plazo, de esta norma sobre la estabilidad de un magistrado en ejercicio con anterioridad a dicho cambio. En segundo lugar, ha transcurrido un tiempo suficiente, más de veintidós años, que disipa todo temor respecto de que su aplicación pudiera afectar la situación de independencia de los jueces, y por esa razón corresponde examinar en



profundidad los argumentos, sin que pueda afirmarse que la norma fue diseñada para la afectación específica de la estabilidad de un magistrado.”<sup>9</sup>

La Corte hace referencia aquí al conocido caso del Juez Fayt, quien se encontraba en funciones antes de la reforma y respecto de quien podrían presentarse sospechas de diseño, pues en 1994 contaba ya con 76 años. En cambio, al momento de decidir el Caso Schiffrin, el Juez Fayt había ya renunciado a su cargo y, unos meses antes, fallecido. No obstante, cabe señalar que varios jueces afectados por la reforma obtuvieron fallos favorables en distintas instancias judiciales, no recurridos por el Ejecutivo, que les permitió continuar en sus funciones (como la misma ministra de la Corte, Elena Highton de Nolasco -quien se excusó de participar en el fallo que analizamos).

En definitiva, más allá de los detalles, se trata claramente de circunstancias que hacen a los hechos del caso actual diferentes a los hechos del caso pasado, i.e., no es posible considerar la sospecha que la reforma de 1994 haya sido diseñada para provocar la salida del juez Schiffrin 20 años más tarde.

Lo extraño de estas afirmaciones de la Corte es que la decisión tomada en el caso Fayt nada tuvo que ver con la posible sospecha de afectación del cargo de un magistrado. Esas consideraciones no aparecen en ningún lugar de la sentencia. El precedente Fayt no resolvió sobre el fondo de la cuestión particular del juez Fayt, sino que se pronunció en abstracto acerca de la constitucionalidad de la reforma misma. La conclusión de ese fallo habría sido la misma incluso si Fayt hubiese tenido 60 años en ese momento<sup>10</sup>. Es más, si en ese caso la Corte hubiese considerado como relevante la situación del juez Fayt, le habría

---

<sup>9</sup> Y, más abajo, reitera que la decisión pasada “atendió a una situación transitoria, ya que estaba bajo análisis la posible afectación que podría acarrear la aplicación inmediata o sometida a plazo de esta norma sobre la inamovilidad de un magistrado en ejercicio con anterioridad a dicho cambio. Esta relación no subsiste en el momento presente, y es preciso iluminar las reglas estables que pueden perdurar en el tiempo para el funcionamiento del sistema.”

<sup>10</sup> Efectivamente, en el caso Fayt la Corte señaló, luego de concluir que la asamblea había excedido los límites fijado por la ley de necesidad de la reforma, “que esta sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza substancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada –juicio que no está en las atribuciones propias del Poder Judicial-, sino en la comprobación de que aquella es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora”. Ciertamente, a pesar del intento de la Corte por evitar el análisis sustancial, sostener que la reforma excedió la autorización del Congreso exige interpretar tanto la cláusula del párrafo 4 del art. 99 de la Constitución reformada como el art. 96 de las Constitución del 53. Pues sólo de ese modo es posible sostener que la exigencia de un nuevo acuerdo afecta la “inamovilidad vitalicia” de los jueces federales consagrada por el artículo 96 de la Constitución del 53. De todos modos, esta incursión inevitable en la sustancia de la reforma tampoco se refiere al caso del juez Fayt.





alcanzado con el argumento literal esbozado por el Juez Bossert en su disidencia parcial: el artículo 99 está redactado en términos futuros, por lo que se aplica sólo a jueces que cumplan 75 años luego de la entrada en vigencia de la reforma (i.e., 5 años después según las cláusulas transitorias). Dado que en 1994 Fayt tenía 76 y, por lo tanto, tendría 81 al momento de la entrada en vigor de la cláusula, la reforma no se aplica a su caso.

Trasladado esto a una teoría del precedente, parecería que la Corte opta por una teoría de los resultados. No puede atribuirse una teoría de las reglas pues la propiedad “posibilidad de afectar un juez en particular” no fue en ningún momento mencionada por la Corte pasada como un elemento del antecedente de una supuesta regla. Ahora bien, atribuir esta teoría a la Corte nos enfrenta a la dificultad siguiente: bajo esta reconstrucción, habría bastado recurrir a una distinción y no a una revocación. Es decir, la Corte señala que en el caso pasado fueron relevantes los hechos H1, H2, H3 y H4, y que el caso actual es *diferente* al caso pasado puesto que, si bien están presentes H1, H2 y H3, no está presente H4. Aun cuando no haya sido expresamente mencionado por la Corte en el caso pasado, es plausible estimar que H4 determinó también el resultado en ese caso. Dado que H4 no está presente en el caso actual, la decisión ha de ser diferente. Es decir, el caso actual es *distinto* al caso pasado.

Más abajo, sin embargo, la Corte se refiere a una segunda circunstancia que, estimo, podría ser la considerada como la “situación excepcional” que permite la revocación. Ya no se trata de la situación del juez Fayt, sino de tres consecuencias que se seguirían de mantener la decisión tomada en Fayt. Así, la Corte señala que “el estándar utilizado en el precedente “Fayt” presenta consecuencias que, de generalizarse, demuestran claramente su improcedencia. En primer lugar, si se llevara al extremo, permitiría que el Congreso de la Nación dictara una ley de necesidad de Reforma Constitucional, estableciendo el contenido de modo preciso, y la Convención solo tendría la facultad de aceptarlo o no. [...O]tra consecuencia se relaciona con el resto de las reformas introducidas por la Convención Constituyente del año 1994. [...que] también se pondrían en tela de juicio y convertirían en cuestionables. [...Finalmente e]xistieron numerosas asambleas reformadoras antes de la del año 1994, sin que existieran pronunciamientos descalificadores de esta Corte Suprema. Luego de la mencionada reforma, la Corte aplicó todas sus cláusulas, siendo absolutamente deferente respecto de las decisiones del poder constituyente. El único caso distinto fue el del precedente “Fayt”, lo cual muestra claramente que no se inserta en la



tradición jurídica de este Tribunal” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), pp. 9-14).

Este modo de entender la revocación parece ahora acercar la posición de la Corte a la teoría de las reglas. La Corte parece sostener aquí que la regla fijada en el caso pasado, para considerar legítima una reforma constitucional, es demasiado exigente (o estricta) y, por lo tanto, ha de ser modificada. En este sentido, sostiene que “resulta necesario abandonar la doctrina del caso ‘Fayt’, y adoptar un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo expresada por la Convención Reformadora con las disposiciones que aprobare, pero que, a su vez, preserve en cabeza del Departamento Judicial la atribución para revisar dichas cláusulas y, como *ultima ratio* de la más marcada rigurosidad, descalificarlas. Ello será únicamente así, en caso de apartamiento de las competencias reconocidas por el Congreso de la Nación en ejercicio de su facultad pre-constituyente; o del sistema republicano como base del estatuto de poder constitucional o en caso que se avasallen derechos humanos fundamentales” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), p. 15 y 16). La modificación que la Corte propone de esa regla, para hacer más amplias (o favorables a la reforma) las condiciones de legitimidad, implica ciertamente revocar el precedente. Ello en cuanto la nueva regla, más amplia, no justifica la decisión tomada en Fayt, tal como exige la teoría de las reglas para considerar un cambio como un mero *distinguishing*. Además, una teoría de las reglas es la que mejor se adecua a la justificación de la práctica del precedente ofrecida por la Corte. En efecto, la Corte expresamente asocia el respeto del precedente con la idea de seguridad jurídica. Recordemos sus palabras: “es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), p. 7).

En definitiva, y al menos en la decisión del caso Schiffrin, la Corte ha ofrecido indicios inconsistentes acerca de cuál es su teoría del precedente. No se trata de una cuestión de interés meramente teórico o académico. Por un lado, porque sólo sobre la base de una teoría sólida y consistente la Corte puede reclamar su derecho a hablar en términos de precedentes y respeto por decisiones pasadas. Por otro lado, porque conocer con precisión su teoría del precedente, a diferencia de la referencia a “situaciones excepcionales”, permite, bajo



ciertas condiciones, predecir cuándo la Corte modificará (distinguiendo o revocando) decisiones pasadas, asegurando así la certeza jurídica señalada por el mismo tribunal.

#### 4. Generalizaciones y discriminación

Por último, y aún más brevemente, quisiera referirme a lo que considero una segunda oportunidad perdida, a saber, la falta de profundidad de las consideraciones que la Corte realiza sobre la legitimidad del límite de edad impuesto por la Constitución a la función de los jueces de la Nación.

Respecto de este punto la Corte afirma que: “no cabe sino concluir que el límite de edad de 75 años introducido en la Reforma Constitucional del año 1994 no ha afectado la sustancia de la garantía de inamovilidad ni, por ende, el principio arquitectónico de independencia judicial. En efecto, se trata de una regulación admisible y legítima, que no coloca a los jueces en una situación de dependencia y precariedad, sino que simplemente establece un límite previsible y objetivo a la duración del cargo. Es una definición que el legislador constitucional adopta de modo general, a *priori*, aplicable a una clase de sujetos de modo igualitario, por lo que no es posible establecer sospecha alguna de discriminación ni de afectación del ejercicio independiente de la función” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), p. 25). Agrega además que “el límite de edad, a su vez, es una materia opinable. Puede argumentarse que una persona puede tener aptitud para ejercer la función judicial con 75 años o aún con más; así como también debe advertirse que hay constituciones que fijaran el límite en sesenta años, porque se elaboraron en épocas en que la expectativa de vida era sensiblemente menor que ahora. Es probable que, con la evolución de la medicina y de la propia conducta de los ciudadanos, la posibilidad de ejercer el cargo con idoneidad se extienda aún más. Sin embargo, no compete a esta Corte indicar la conveniencia o inconveniencia del sistema elegido por el constituyente, sino simplemente verificar que se haya respetado la esencia de los principios republicanos de organización del poder sobre los cuales se asienta nuestro sistema constitucional” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), p. 27).

Más allá de la corrección o no de la conclusión de la Corte, creo que las premisas ofrecidas son insuficientes, sobre todo para afirmar la inexistencia de discriminación. Es cierto, el punto más relevante aquí era la afectación de la independencia judicial y es precisamente



respecto de ella que la Corte se pronuncia con más precisión. Sin embargo, la Corte también se refiere a la inexistencia de discriminación, pero no se extiende sobre la cuestión. Sólo dos breves comentarios sobre este punto. Primero, que el rasgo o propiedad, i.e. los 75 años de edad, usado por el constituyente para indicar la categoría de personas alcanzadas por el artículo 99 haga referencia a una “clase de sujetos de modo igualitario” no permite, sin más, afirmar que no hay discriminación. El punto relevante, en cambio, es si el rasgo o propiedad utilizado es o no productor de discriminación. En este sentido, la Corte posee una larga jurisprudencia sobre la noción de “categoría sospechosa”<sup>11</sup>, i.e., rasgos o propiedades que, si utilizados para clasificar personas, levantan la sospecha de discriminación y exigen, por lo tanto, un examen más estricto. No es mi intención llevar adelante aquí un análisis crítico de esa jurisprudencia ni negar la relevancia del bagaje teórico-normativo construido por la Corte. Simplemente me interesa señalar algunos pasos que habría sido posible dar en este caso para avanzar en la construcción de una estructura argumentativa respecto de esta cuestión.

La edad es precisamente uno de esos rasgos, por lo tanto, no alcanza con advertir que todos los jueces que cumplieron los 75 años son tratados del mismo modo para concluir que el trato no es discriminatorio. Es necesario, además, analizar si la distinción entre jueces de 75 o más años y jueces de menos de 75 años lo es. La Corte parece sostener que el uso de la edad no es discriminatorio si está apoyado en algún tipo de generalización. Por ejemplo, que a partir de los 75 años se reducen las aptitudes para ejercer como juez de la Nación. De todos modos, si bien se trata aquí del análisis de una cláusula constitucional y no de una ley, creo que la Corte podría haber aprovechado la oportunidad para avanzar algunos pasos en este sentido y anticipar criterios para casos futuros en los que esté en juego la legitimidad de una norma de jerarquía inferior a la Constitución. Es decir, podría haber propuesto una estructura argumentativa susceptible de ser usada en casos futuros.

Una estructura de este tipo podría incluir las siguientes consideraciones, acerca de normas que incluyen categorías sospechosas apoyadas en generalizaciones. Para comenzar, vale la pena distinguir, siguiendo a Schauer, tres niveles en la estructura de las normas generales: el nivel del valor o meta, el nivel de la generalización y el nivel de la norma

---

<sup>11</sup> Un análisis preciso de esa jurisprudencia puede verse en (Saba, 2009).



propriadamente dicha (Schauer, 2004, 86). Por ejemplo, en el caso de la norma constitucional estos tres niveles estarían representados del siguiente modo:

(i) Justificación: es valioso proteger el sistema judicial y por lo tanto es valioso contar con jueces con aptitudes suficientes para desempeñar su cargo.

(ii) Generalización: la propiedad de haber cumplido 75 años hace más probable que se presente la propiedad de carecer de (o comenzar a perder) las aptitudes para desempeñar el cargo de juez.

(iii) Norma general: si juez y cumplidos los 75 años de edad entonces obligatorio nuevo nombramiento precedido de acuerdo del senado (o alternativamente el retiro).

Así, la selección de las propiedades que formarán parte del antecedente de la norma se apoya en la conexión, a través de una generalización, con un valor o meta. La elección de la característica “haber cumplido los 75 años de edad” como propiedad relevante se apoya en una generalización según la cual esa característica está relacionada con otra característica (pérdida de aptitudes). Por ello, la exigencia para evitar la discriminación deber ir todavía más allá, es decir, debe mostrarse que la generalización posee base estadística. De otro modo, se trataría de manera diferente a personas que no poseen una diferencia relevante. Dicho con otras palabras, si la generalización acerca de los jueces que han cumplido los 75 años es falsa (i.e., no posee base estadística), entonces se trataría de manera diferente a jueces que han cumplido los 75 años cuando en realidad no poseen ninguna diferencia relevante, i.e. poseen aún aptitud para desempeñar el cargo, respecto de los jueces menores de 75 años. Se violaría la simple exigencia de igualdad formal.

Incluso si la generalización posee base estadística, un juez que haya cumplido los 75 años, pero demuestre aptitudes para desempeñar el cargo, podría argumentar que su caso individual es un caso de violación del principio de igualdad pues, de nuevo, se lo trataría igual que otros jueces que ya cumplieron los 75 años y que carecen de esas aptitudes, cuando en realidad se diferencia de ellos. Sin embargo, la sobre inclusión, junto con la sub inclusión, son consecuencias inevitables de las reglas generales (Schauer, 2004). Frente a esta situación un recurso disponible es la fijación de ajustes individuales, tal como efectivamente prevé la Constitución, puesto que no obliga al juez a jubilarse sino a solicitar, en caso de considerarlo oportuno, un nuevo acuerdo del Senado. Claro, el juez afectado podría todavía argüir que la exigencia de nuevo acuerdo es discriminatoria.



Lamentablemente nos encontramos aquí frente al límite de las posibilidades que posee la técnica de regular el comportamiento humano mediante reglas generales.

## 5. Conclusiones

En estas breves notas he intentado mostrar que, aun cuando las conclusiones del fallo Schiffrin me parezcan correctas, la Corte podría haber precisado sus premisas acerca de los precedentes y completado sus premisas acerca del uso de la edad como categoría para distinguir grupos de personas. Se trata de dos oportunidades perdidas para ofrecer a los juristas estructuras argumentativas que, a largo plazo, otorgan mayor estabilidad a la jurisprudencia de la Corte y, además, confieren el derecho o la legitimidad para hablar de precedentes jurisprudenciales.

## 6. Bibliografía y jurisprudencia

Alexander, L. (2015) “La vinculación del precedente, su alcance y su fuerza: un breve análisis acerca de sus posibilidades y sus virtudes”. En Bernal Pulido, C. y Bustamante, T. *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. (pp. 159-177).

Bidart Campos, G. (1997) *Manual de la constitución reformada. Tomo I*. Buenos Aires: Ediar.

Garay, A.F. (1997) El precedente judicial en la Corte Suprema. En *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*. Vol. (2), Núm. (1-2). (pp. 51-108). ISSN 0328-5642. Buenos Aires: Universidad de Palermo.

Iturralde, V. (2013) Precedente judicial. En *Eunomía. Revista de cultura de la legalidad*. Vol (4). Núm. (1). (pp. 194-201). ISSN 2253-6655. Madrid: UC3M.

Raz, J. (1985 2da ed. [1975]) *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Ciudad de México: UNAM.

Saba, R. (2009) “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”. En Gargarella, R. *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires; Abeledo Perrot. (pp. 695-742).

Schauer, F. (1987) Precedent. En *Stanford Law Review*. Vol. (39). Núm (3). (pp. 571-605).

Schauer, F. (2004) *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons.

Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, Resolución 521, del 21/12/2017, publicada en el Boletín Oficial del 26/12/17.



Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia del 28 de marzo de 2017, “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos CSJN 159/2012 (48-S).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia del 19 de agosto de 1999, “Fayt, Carlos Santiago c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento”, Fallos CSJN Fallos 322:1616.

