



PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

BIBLIOTECA DIGITAL Y REPOSITORIO INSTITUCIONAL

Autor: Domenech, Eduardo Ernesto

Título: La invocación de precedentes y el pensamiento analógico

Domenech, E. (2013). La invocación de precedentes y el pensamiento analógico. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 43 (2013) 15-29.

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a repositorio@scba.gov.ar



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

La invocación de precedentes y el pensamiento analógico

POR ERNESTO DOMENECH (*)

Sumario: 1. Los razonamientos de los jueces. — 2. La analogía. — 3. El valor de la invocación del precedente. — 4. Bibliografía.

*Huyen los dioses
Se junta la hojarasca
Reina el vacío
Matsuo Basho
Ueno, 1644 - Osaka, 1694*

Resumen

El presente trabajo reflexiona sobre el pensamiento analógico en las sentencias penales. Lo caracteriza, analiza su uso en las sentencias y propone modos de validarlo siguiendo criterios de comparación. Examina esos criterios y su peso en la invocación de precedentes judiciales.

Palabras clave: sentencias - precedentes judiciales - pensamiento analógico.

L'INVOCATION DES PRÉCÉDENTS ET LA PENSÉE ANALOGIQUE

Résumé

Le présent travail porte sur la pensée analogique dans les sentences criminelles. Il la caractérise, il en analyse l'emploi dans les sentences et il propose certaines façons de la valider en suivant des critères de comparaison. Le travail examine ces critères et leur poids dans l'invocation des précédents judiciaires.

Mots clés: Sentences - précédents judiciaires - pensée analogique.

1. Los razonamientos de los jueces

En la construcción de sentencias los jueces llevan adelante distintas actividades en las que razonan de muy variados modos.

Presentarlos como constructores de silogismos (como lo hace Beccaria) no permite ver, de alguna manera, otras formas relevantes de razonar como cuando se comportan como rastreadores husmeando las pruebas e infiriendo conclusiones probables a partir de ellas. (1) O cuando utilizan otras formas de razonar al emplear la analogía como forma de hacerlo.

En otras ocasiones los jueces argumentan (2) al dar buenas razones de sus conclusiones, que exceden el catálogo de estas formas de razonar, en especial cuando deben "interpretar" una regla vaga, o desandar posibles ambigüedades, contradicciones y silencios que se le planteen. (3)

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Penal I, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(1) Sobre las características de este tipo de razonamiento puede verse Ginzburg, (1989: 138).

(2) Manuel Atienza (2004:21) sostiene que existen tres formas de concebir la argumentación: una concepción formal de la argumentación (que la considera como un razonamiento deductivo) una concepción material (que implica dar buenas razones de las decisiones) y una concepción pragmática (que la concibe como una interacción entre dos sujetos -sea retórica, en la que uno intenta persuadir a un auditorio- o dialéctica en la que ambos sujetos participan de modo dinámico).

(3) En ocasiones invocan las "intenciones" del texto que interpretan, o las del "autor" del texto, (como cuando apelan a los bienes jurídicos protegidos, o la intención de la ley, o la intención del legislador) o las consecuencias que se siguen de los criterios que adopten.

Lo más probable, no obstante, es que los jueces empleen en forma simultánea (4) todos estos procedimientos.

En este caso nos detendremos en la analogía.

2. La analogía

Generalmente se afirma que el pensamiento analógico es un pensamiento interdicto en las cuestiones penales. Vulnera, se afirma, la garantía de legalidad. Si una ley penal pudiese ser interpretada de cualquier modo, extendida a casos “parecidos”, la seguridad jurídica desaparecería, pues hechos que, en principio no estarían castigados por las leyes, con estos modos de interpretarlas lo estarían. (5)

Esta afirmación merece un examen muy cuidadoso. Cierta para un número de casos, no lo es para la totalidad de ellos.

Me detendré en casos en los que la analogía se aplica en forma necesaria, como garantía de un “buen razonamiento”: la invocación de precedentes jurisprudenciales, aunque, probablemente, sea útil para otro tipo de citas, por ejemplo, las doctrinarias.

Pero veamos primero de qué hablamos cuando hablamos de pensamiento analógico.

2.1. La palabra analogía.

Una primera advertencia es que la palabra analogía es ambigua. Si bien por un lado denota un modo de razonar, en ocasiones se la usa a veces para describir algo, u otra para explicarlo. (Copi, 1995: 305)

El razonamiento analógico no es ni una descripción ni una explicación, es un razonamiento que posee ciertas premisas y ciertas conclusiones. Pero que, a diferencia de los razonamientos deductivos, no garantiza la verdad de la conclusión si las premisas son verdaderas.

2.2. El razonamiento analógico.

¿Cuál es la estructura del razonamiento analógico? Copi la define de la siguiente forma: “*Toda inferencia analógica parte de la similaridad de dos o más cosas en uno o más aspectos para concluir la similaridad de esas cosas en algún otro aspecto*” (305)

2.3. Usos de la analogía en el ámbito jurídico.

La segunda advertencia consiste en tener en cuenta que la analogía puede ser utilizada de muy distintas maneras en las reflexiones de los juristas.

(4) Al emplear una prueba han utilizado (expresa o tácitamente) las reglas de la prueba que implican la regulación de su producción, y el valor que poseen. Muchas veces debe desandar vaguedades de estas reglas, y seguramente apelará a la búsqueda de precedentes vinculadas con ellas. De modo que al inferir un hecho de un conjunto de pruebas probablemente haya ya razonado con otras formas. El ejemplo sirve además para advertir que no es sencillo discriminar los hechos del derecho. Porque los hechos se acreditan con las reglas de la prueba, y porque se configuran y recortan tomando en cuenta “el derecho”.

(5) Se ha distinguido sin embargo variantes en el uso de la analogía en el campo penal. De este modo se discrimina la analogía en perjuicio del imputado (analogía in mala partem) de la analogía que lo beneficia (analogía in bona partem) para restringir el uso de la primera que sería la que vulnera el principio de legalidad. Por otro lado se distingue también la analogía que parte del texto legal, para “extenderlo a casos parecidos” (analogía legal) de la analogía que lo que “extiende” son principios no contemplados en la legislación (analogía juris). En este caso se señala la especial gravedad de la analogía juris. Del mismo modo se critican aquellos textos legales que prevén consecuencias penales de expresiones particularmente inciertas como “el sano espíritu del pueblo alemán”. O que consagran la posibilidad de extender por analogía las disposiciones del Código Penal a actos socialmente peligrosos, como ocurría en el sistema soviético de 1926. Cómo puede advertirse dos son las cuestiones riesgosas en torno a la analogía: una es la vaguedad extrema de los textos legales, otra la consagración expresa de la analogía como forma de aplicarlos. Sobre el particular Ver (Núñez, R.).

En ocasiones la analogía está prevista por las leyes. Por ejemplo cuando establecen un núcleo de significados que se extiende luego a situaciones similares: un ejemplo de ello es la forma como se ha redactado la estafa. (6) Hela aquí en el art. 172 del Código Penal- “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”. En este caso el significado de las palabras “ardid o engaño” se especifica en la enunciación precedente, que sirve de punto de partida para establecer otros engaños. En el texto se recurre a la analogía para determinar el significado de las expresiones empleadas en él. Aquí el recurso a la analogía funciona no como razonamiento sino como un modo de descripción de conductas prohibidas.

En otras oportunidades las leyes prevén la analogía como un mecanismo general para resolver problemas su aplicación. Es el supuesto previsto por el art. 16 del Código Civil “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.” (7) En esta segunda manera en que el texto legal menciona a la analogía, se manda a quien debe decidir una cuestión dudosa hacerlo *razonando* por analogía. Buscando en otras leyes análogas principios que permitan resolver el caso. Así el diccionario de la real academia la caracteriza (en su cuarta acepción) como “*Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella.*”

Hay ocasiones, en cambio, en las que la analogía se emplea por los jueces para *apoyar una decisión en otras decisiones anteriores* que se invocan como precedentes. (8) No son las leyes las que mandan a sus lectores recurrir a la analogía, sino quienes deban aplicarlas en sus decisiones deciden hacerlo como modo avalar una justificación. (9) Es un método antiguo que motivó que Jonathan Swift dijese “*Es máxima entre estos abogados que cualquier cosa que se haya hecho ya antes, volver a hacerse legalmente, y, por lo tanto tienen cuidado especial en guardar memoria de todas las determinaciones anteriormente tomadas contra la justicia común y contra la razón corriente de la humanidad. Las exhiben bajo el nombre de precedentes, como autoridades para justificar las opiniones más inicuas, y los jueces no dejan nunca de fallar de conformidad con ellas.*” (10)

(6) Otro ejemplo el prevaricato de los abogados regulado en el art. 271 del C.P.

(7) Como puede leerse dos (y distintas) son los modos de resolver que prevé este artículo. La apelación a leyes análogas, y la apelación a los principios generales del derecho. La apelación a leyes análogas se ha denominado analogía legal, la apelación a principios generales del derecho, analogía jurídica. Esta segunda forma de resolver implica la tarea de enunciar un principio y de justificarlo por parte del intérprete. Sin embargo en la actualidad ciertos “principios”, aunque sin definición legal clara, se encuentran enunciados por las leyes. Ejemplo antigua de esta previsión es el llamado “in dubio pro reo”. Ejemplo contemporáneo, “el interés superior del niño”. Esta “escritura” de los principios se han difundido significativamente en la actualidad tanto en las leyes como en los Manuales y Tratados. Y suscitan no pocas dificultades al momento de precisar su significado y de justificarlos. “descubrir” un principio detrás de distintas reglamentaciones (o eventualmente decisiones), implica también la comparación y el cotejo de estas leyes o fallos. Disposiciones similares pueden encontrarse en Constituciones como la de la Provincia de Buenos Aires que prescribe: Artículo 171. Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

(8) Para un análisis del uso de la precedentes ver: Garay 1997. Las consideraciones sobre los precedentes son relevantes con otros propósitos. Jerome Bruner sostiene que al momento de construirse los relatos judiciales, los precedentes cobran un valor muy importante pues son tenidos en cuenta al momento de hacerlos. (Bruner, 2003: 59).

(9) En realidad los precedentes jurisprudenciales son objeto de estudio por los juristas que tratan de estudiarlos y clasificarlos, y aún de invocarlos para proponer alguna forma de resolución de problemas que plantea un conjunto de normas, y también son invocados por las partes en sus peticiones ante los tribunales.

(10) Merryman (Merryman: 94) encuentra otras razones para el uso judicial del precedente: “Es posible que el juez se refiera a un precedente porque esté impresionado por la autoridad del tribunal anterior, porque esté convencido de su razonamiento, porque sea demasiado perezoso para analizar el problema por sí mismo, porque

La versión de Dworkin no es la misma. El piensa que los jueces se comportan como literatos que construyen con sentencias una suerte de novela cuyas páginas anteriores son precisamente los precedentes de otros jueces anteriores. (11)

Y es cierto que es harto frecuente ver en las decisiones citas de precedentes del mismo tribunal o juez que las aplica, o invocación de precedentes de tribunales superiores.

Pero, ¿Cómo operaría la analogía en la cita de un precedente judicial? Aproximadamente del siguiente modo: si en el caso x, que se asemeja al caso que se juzga en determinados aspectos, un tribunal resolvió de una determinada manera, en este segundo caso debe procederse de igual modo en la decisión del caso que se juzga.

En los razonamientos de estas características en la toma de decisiones judiciales suelen además invocarse razones de autoridad (12) (se invocan decisiones de tribunales superiores), que en algunos supuestos podrían ser consideradas obligatorias. (Como puede llegar a ocurrir en los casos de los fallos plenarios para quienes aceptan la constitucionalidad de su obligatoriedad, o para quienes entienden que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación obliga a su acatamiento por tribunales de menor jerarquía).

Claro que esta invocación de precedentes merece algunas precisiones.

La primera consiste en que puede llegar a configurar una suerte de falacia de autoridad, porque del hecho que exista un precedente no se sigue ni que los razonamientos de ese precedente sean buenos, ni que sean aplicables al caso que se juzga.

De modo entonces que es conveniente por un lado repasar la base argumental del precedente y por otro su aplicabilidad al caso.

La aplicabilidad al caso que se juzga, invariablemente distinto al ya juzgado en el precedente, implica el empleo de un razonamiento analógico.

La cita de precedentes, entonces, para ser fundada, debe tener como base un adecuado razonamiento analógico.

Un razonamiento que compare adecuadamente el “precedente jurisprudencial” con el caso al que habrá de aplicársele.

En general los precedentes jurisprudenciales se citan mediante doctrinas que se han extraído de los fallos sin mayores precisiones. Doctrinas que se abstraen de las circunstancias del caso, del proceso en el que fue dictado, del tipo de recurso que posibilitó la doctrina, de la legalidad aplicable al caso, en especial de su vigencia o aplicabilidad contemporáneo, de la posición final adoptada en el caso en el que se trajo, de quienes la suscribieron, del peso que esa doctrina posee en la decisión que se ha adoptado.

En este tema como en otros el pensamiento teórico y práctico se evidencia como “excesivamente abstracto”, al sistematizar doctrinas con prescindencia de las variadas circunstancias que rodean al caso del que la doctrina se “extrae”.

no quiera arriesgarse a una revocación en segunda instancia o por muchas otras razones”. Claro que ni la pereza, ni el temor, ni la obediencia, pareciesen virtudes relevantes. O deseables, en la faena judicial. Se parecen más a una suerte de “pecados capitales” dignos de evitarse.

(11) Este tipo de análisis es el que hace Ronald Dworkin, 1992. En esta obra el autor analiza la faena de los jueces como constructores de una novela en la que se va escribiendo un nuevo capítulo en base a otros anteriores escritos por otros jueces con sus precedentes. p. 164 y ss.

(12) Las apelaciones a la autoridad pueden implicar otros riesgos: las falacias de autoridad, llamadas *argumentum ad verecundiam* (Copi: 69).

Claro que al construir un razonamiento analógico es necesario “comparar” el caso en el que se dictó el precedente con el caso al cual se quiere aplicar. Pero,

¿Qué es lo que se debe comparar para invocar un precedente? Esta es la pregunta de la que me ocuparé en lo sucesivo.

Ítems para comparar precedentes judiciales.

He aquí un catálogo de ítems que permiten comparar adecuadamente ambos “casos”. (13)

1. La composición del Tribunal que lo dictó y el peso del votante en la resolución dictada.
2. La vigencia del precedente.
3. La legalidad “de fondo” aplicable en el momento del hecho y la aplicable al caso.
4. La legalidad “procesal” aplicable.
5. El tipo de proceso en el que se dictó.
6. El tipo de recurso en el que se dictó.
7. Los hechos a los que se aplicó.
8. La resolución recaída.
9. El peso de la doctrina invocada en la decisión adoptada. Es decir si es o no decisiva, o si está dicho al paso, o es un obiter dictum.
10. Si la doctrina se suscitó con mayoría argumental.
11. Las circunstancias y el contexto del caso.

Claro que no es sencillo poder obtener toda esta información si sólo se consultan apretadas síntesis de las conclusiones de una decisión. Es necesario recurrir a los pronunciamientos y mirarlos con todo detalle. En este sentido el modo como se sintetizan y difunden precedentes conspiran, pues de ellos se han “abstraído” todas las circunstancias que rodean al caso.

Conviene explicar un poco más estos ítems de comparación:

1. La composición del tribunal que lo dictó

Frecuentemente la integración de los tribunales cambia, y aunque no cambien suelen cambiar los modos como se conforman las mayorías que, en definitiva deciden el caso.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en un mismo período tuvo decisiones diferentes al interpretar la “secuela del juicio” como causa de interrupción de la prescripción penal, según fueran los jueces a quienes correspondiese votar.

Por otra parte no es lo mismo invocar una opinión de un voto minoritario que la de un voto mayoritario. En este sentido no sólo es importante comparar la composición del tribunal, sino el peso de la opinión de la que se “extrae” el precedente. Un peso que, eventualmente, puede estar vinculada a la

(13) Este catálogo de ítems debería ser considerado al momento de “fichar” la doctrina de las sentencias. Sin estos datos no es posible evaluar con pertinencia la cita de las mismas. Reparar, asimismo en todos estos detalles implica el “saber leer” una sentencia del que habla con claridad y profundidad Gordillo. (En...) Asimismo son relevantes al momento de emplear las sentencias como modo de estudio o enseñanza del derecho. Ver en este sentido Gordillo... Estudiamos estas dificultades en “Fallos en la enseñanza del derecho penal” (Ernesto Domech y Mariana Cucatto), ponencia presentada en el Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal. Finalmente estos procesos de comparación son útiles para examinar si un mismo tribunal fallará en el sentido en que lo hace en casos futuros.

especialidad jurídica del votante (14), sobre en tribunales convocados para revisar o juzgar todo casos de todo tipo de especialidades.

También es relevante si existió “una” voz cantante (y otras que sólo se adhirieron), o si hubo un coro de voces que fueron “añadiendo” razones a la voz principal.

2. *La vigencia de un precedente*

Es conveniente tener presente si el precedente que se habría de invocar tiene vigencia. Es decir si el mismo tribunal que lo ha dictado no ha modificado el criterio que sostuvo. Invocar un criterio pretérito puede tener menor peso si se invoca una “autoridad” jurisdiccional.

3. *También es muy relevante analizar cuál es la legalidad denominada “de fondo” que se aplicó al caso.*

Determinar el conjunto de reglas aplicado es fundamental porque cualquier comparación con normas diversas, disminuiría sensiblemente la pertinencia del precedente invocado. Sobre todo porque puede haber mutado, o haberse integrado de manera distinta por aplicación de los arts. 2º y 3º del C.P. si la causa fuese penal. En este aspecto la singularidad extrema del caso puede hacer que se apliquen ciertas reglas, que, en otros, no. Determinar la legalidad aplicable requiere que se tenga presente la forma como esa legalidad ha sido interpretada. Los criterios de interpretación de una regla inciden sobre su eventual mayor o menor benignidad que otras, y por ende en su aplicabilidad o no.

4. En tiempos de innovación legislativa permanente es indispensable verificar si existe similitud entre la legislación que se aplicó para decidir el precedente y la legislación procesal con la que se habría de decidir el nuevo caso. Cambios en una u otra legislación pueden hacer que el precedente invocado sea completa o parcialmente inatingente

5. Asimismo el tipo de proceso en el que el precedente se ha dictado debe ser cotejado con el procedimiento en el que se habría de dictar el nuevo. La posibilidad de “decir el derecho” varía según el tipo de proceso en el que se decide. En ocasiones el juez debe ceñirse estrictamente a las peticiones de las partes. En ocasiones puede apartarse parcialmente de ellas y buscar un poco más la verdad real, o invocar alguna atenuante, o cambiar una calificación legal por otra más beneficiosa. Depende del rol procesal asignado al juez y del tipo de cuestión que se discute.

6. Si se trata de decisiones de 2da. Instancia, ocurre algo similar con el tipo de recurso que se ha planteado. Muchas veces son los agravios de las partes los que enmarcan la decisión judicial. Pero en ciertas cuestiones los jueces pueden “ir más allá”. (15) Los propios jueces suelen advertir estas dificultades, y se refieren a ello con obiters dictums que comienzan con expresiones como “distinto hubiese sido si...”

(14) Claro que la especialidad del votante posee cuestiones que deben ser consideradas. Por ejemplo la medida en que su opinión pueda estar condicionada por opiniones vertidas en trabajos de la especialidad, o los límites que la especialidad le plantea para poder “ver” ciertos modos de interpretar las reglas. Los esquemas conceptuales del votante pueden permitirle conocer ciertos matices, pero también no advertir otros, como en general se sostiene que ocurre con los paradigmas.

(15) Este “ir más allá” de los agravios de las partes suele estar reglado por las leyes de procedimiento. En la Provincia de Buenos Aires (C.P.P. art. 435) el Tribunal de Casación sólo puede ir más allá o bien cuando advierte motivos de nulidad absoluta en los pronunciamientos que revisa, o bien para mejorar la situación del imputado. Sin embargo en muchas ocasiones los Tribunales exceden estas posibilidades para descalificar sentencias que no les agradan, como ocurre cuando se apela sin restricciones a las doctrina de la arbitrariedad. Ha sido Argibay Molina la que con agudeza advirtió sobre estos riesgos severos en... Más todavía indicó que en estos temas mal podría invocarse la analogía con precedentes por del Tribunal por la extrema singularidad de cada una de las sentencias que se casan por arbitrarias. No obstante la extrema singularidad de las sentencias que se revisan no implica que no puedan cometer errores similares (como sentenciar con olvido de la ley vigente), lo que en principio autorizaría emplear precedentes revisados por motivos similares aunque las sentencias sean, es obvio, absolutamente singulares.

7. La resolución recaída es un ítem muy relevante para comparar. En este sentido no es lo mismo una decisión que haya sido adoptada cuando la cuestión “se volvió abstracta”, o de eficacia poco relevante, que otra que no posea esas características. (16) También es relevante comparar cuanto “peso” tuvo la doctrina que se “extrae”, en la resolución efectiva del caso. (17)

8. Los hechos sobre los que el precedente también son muy relevantes, sobre todo cuando los casos de que se juzgan con de singularidad extrema. Y en esta comparación de los hechos el *nivel de detalle* con que se los compare hace a la felicidad o infelicidad del cotejo. Muchas veces las decisiones de los tribunales “se abstraen” de modo conceptual. (18) Se simplifican, una costumbre que suele aun ser mayor en la caracterización que de estas ediciones hacen los medios de comunicación. Pero estas simplificaciones en el tratamiento informativo de los hechos (sea el que dispensan los teóricos del derecho, o los integrantes de medios masivos de comunicación) son riesgosos. Es más, algunos obiter dictums se relacionan con esta extrema singularidad y advierten sobre ella.

9. Un ítem de comparación muy importante radica en el “peso” de las argumentaciones que se pretende emplear. En este sentido advertir si el argumento que se habrá de citar es central o si se trata de argumentos sin ese protagonismo, es decir los que se denominan “obiter dictum” es muy importante. (19)(19) Una interpretación, criterio de uso o “doctrina jurisprudencial” puede ser innovadora e interesante, pero no haber tenido significación alguna en la resolución que se adopta.

10. Otra variable a tener en consideración es si la interpretación pudo o no suscitar mayoría “argumental”. En ocasiones los fallos adoptan una misma resolución pero por motivos distintos. Cuando la mayoría es, además, de argumentos, pareciese que el “peso” de la decisión es mayor.

11. Las circunstancias que rodean el caso y la decisión cobran especial relevancia para argumentaciones que tomen en cuenta las consecuencias (20) de la decisión que se adopta. ¿Mantendría un mismo tribunal un criterio, cuando cambios importantes en el contexto implicasen consecuencias distintas? Hay oportunidades en que son los propios tribunales los que enfatizan la importancia del contexto de una decisión, del “escenario” en que se toma. Lo hacen a través obiter dictums que insinúan el condicionamiento contextual de la decisión que adoptan. (21)

(16) Es lo que ha ocurrido con ciertos criterios bioéticos que han sido adoptados cuando el caso ya ha sido resuelto por otros caminos no jurídicos (como ha ocurrido con las transfusiones de sangre y los Testigos de Jehová), o con una sentencia recientemente dictada por la CSJN en relación a los abortos autorizados por el C.P., que se adoptó fuera de toda urgencia.

(17) Muchas veces se citan doctrinas de votos minoritarios.

(18) Este modo de abstracción está estrechamente asociado a características de las teorías con los que los juristas se educan en la tradición jurídica romano canónica. (Merryman, 2008: 120)

(19) Determinar los usos del obiter dictums, en especial por los Tribunales Superiores, excede el marco de este trabajo. No obstante en ciertos pronunciamientos de la CJSN, son los argumentos utilizados como obiter dictums en ciertos casos, lo que han cobrado protagonismo en otros. Sobre el particular ver Garay, Ob. cit. De todos modos en ocasiones el obiter dictum puede estar señalando una limitación al empleo del fallo como precedente, que advierten los propios jueces.

(20) La valoración de las consecuencias de las decisiones, es típica del llamado Paradigma Consecuencialista según Lorenzetti (2008). La valoración de las consecuencias se encuentra presente en autores de Derecho Penal, como Hassemer, que brega por un derecho penal orientado a las consecuencias. Y ha formado parte importante de la reflexión sobre la culpabilidad tanto civil como penal. Las “variantes” del dolo sólo se entienden a partir de las consecuencias de una acción querida. En la Convención de Viena, el análisis de las consecuencias, en especial las que son absurdas, es una pauta de interpretación de las reglas de los Tratados.

(21) La consideración del contexto en que se dicta una regla, y las consecuencias que de las interpretaciones que se sigan, es considerada relevante por la Convención de Viena que reglamenta la interpretación de los Tratados Internacionales dictados con posterioridad a ellas. Esta Convención alude al contexto y lo define en la Sección Tercera art. 31. Manda asimismo considerar acuerdos ulteriores de las partes y prácticas ulteriores seguidas por las partes en el aplicación del tratado en las que consten acuerdos de las partes acerca de su interpretación. La im-

3. El valor de la invocación del precedente

¿Cuándo es afortunado el razonamiento analógico?

La cita de Swift ya alerta sobre los riesgos de la invocación de precedentes.

Las obras de los lógicos destinadas a “ponderar” la bondad del pensamiento analógico pueden darnos más pistas al momento de valorar los precedentes invocados.

Copi establece un catálogo de criterios de valoración de los razonamientos analógicos. Helos aquí:

1. El número de entidades entre las cuales se afirman las analogías
2. El número de aspectos en los cuales se establecen analogías entre las cosas en cuestión
3. La fuerza de sus conclusiones con relación a las premisas
4. El número de diferencias entre los ejemplos mencionados en las premisas y en la conclusión
5. Finalmente cuanto más desemejantes son los ejemplos mencionados en las premisas, tanto más fuerte es el razonamiento.

¿Cómo operan estos criterios cuando de precedentes jurisprudenciales se trata?

En primer lugar pareciese que al momento de valorar la cita de un precedente debe tenerse en cuenta si es un precedente aislado, o si reitera una verdadera “corriente” jurisprudencial. Es decir una serie de precedentes. Si se tratase de una serie probablemente podría tener más peso la invocación que se realiza. Claro está que una innovación en los criterios puede llevar a un verdadero replanteo de la cuestión.

Luego considerar un número amplio de aspectos en los que coincidan el o los precedentes que se invocan con el caso que se analiza aumentaría el valor argumental de las conclusiones. Si la lista de ítems mencionada fuese amplia el razonamiento sería más importante. No obstante es posible conjeturar que no todos los ítems que se comparan poseen el mismo peso relativo. Por ejemplo, una ligera variación en la composición de un tribunal puede no ser tan relevante. En cambio una variación en la legislación aplicable sí lo es. Del mismo modo no es lo mismo una coincidencia en argumentos dichos al pasar que argumentos sin los cuales no podría justificarse adecuadamente la decisión adoptada.

Otro aspecto claramente relevante es la relación entre los argumentos con que se sustentan las conclusiones del o los precedentes. Cuanto más y mejores sean las razones invocadas en los precedentes, mejores serán las posibilidades de invocarlos. Si por el contrario la atingencia de los argumentos de los precedentes fueran relativos el peso sería significativamente menor.

Del mismo modo valorar con precisión las diferencias en las comparaciones es relevante. A mayores diferencias entre el caso que se juzga y los precedentes, menor el valor de la invocación. Nuevamente en estos casos los distintos ítems de comparación, y por ende las eventuales diferencias pueden no tener el mismo peso.

Por último también ciertas diferencias permiten valorar mejor el uso de precedentes de manera analógica. Imaginemos, por ejemplo, que una cierta manera de aplicar la ley a un cierto conjunto de casos haya sido sostenida por un tribunal en distintas composiciones. En este caso podríamos concluir que, pese a las diferentes composiciones el “peso” de los argumentos se ha mantenido a través de los fallos lo que incrementa su valor. De igual forma se podría pensar si un mismo criterio es sostenido por distintos tribunales de diferentes jurisdicciones.

portancia del contexto de una regla, puede advertirse en instituciones como el estado de necesidad, o la defensa legítima, o en el estado de sitio, o en normas de “necesidad y urgencia”.

Claro está que ni la mera invocación de un precedente, ni su uso generalizado garantizan su valor argumental. Serán entonces las razones que lo puedan haber sustentado las que, en definitiva, se constituirán en garantías de su razonabilidad y de la razonabilidad de su uso “fuente” de derechos.

4. Bibliografía

ARGIBAY MOLINA, Carmen (2008). “La balanza de la justicia, (O como aprendí a desconfiar de la doctrina de la arbitrariedad)”. En: *Jurisprudencia Argentina. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, II Suplemento, 2.

ATIENZA, Manuel (2004). *Bioética, Derecho y Argumentación*. Bogotá: Temis.

BRUNER, Jerome (2003). *La fábrica de historias. Derecho Literatura y vida*. FCE.

COPI, Irving M. (1995). *Introducción a la lógica*. Buenos Aires. EUDEBA.

DOMENECH, Ernesto, CUCATTO, Mariana (2012) “Fallos en la enseñanza del Derecho Penal”. EN: Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal.

DWORKIN, Ronald (1992). *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clase de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa.

GARAY, Alberto F. (1997) “El precedente judicial en la Corte Suprema de Justicia”. En: Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo Buenos Aires, II. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica05.pdf [Fecha de consulta: 27/5/2013].

GINZBURG, Carlos (1989). *Mitos, emblemas e indicios*. Barcelona: Gedisa.

GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho. Derecho público y privado. Common-Law y derecho continental europeo*. Disponible en: http://www.gordillo.com/int_der.html. [Fecha de consulta: 27/5/2013]

LORENZETTI, Ricardo Luis (2008) *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

MERRYMAN, John Henry (2008). *La tradición jurídica romano-canónica*. 2da. Edición. 11a. reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.

NUÑEZ, Ricardo (1959). *Derecho Penal Argentino, Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.