

ENTREVISTA A FRANK IACOBUCCI, EXJUEZ DE LA CORTE SUPREMA DE CANADÁ*

Florencia Ratti: —*En su opinión, ¿cuáles son los puntos fuertes y débiles de la doctrina del precedente en Canadá?*

Exjuez Iacobucci: —Canadá ha heredado el sistema jurídico inglés (con excepción de Quebec, que ha adoptado un sistema de civil law). Aquel sistema —el inglés— viene con la doctrina del precedente y del *stare decisis*.¹ Originalmente se aplicaba al derecho no legislado, al common law.² Pero se fue extendiendo a todo: si bien cuando uno interpreta una ley no está interpretando el common law, de igual modo existen precedentes que se aplican a esa interpretación.

Para mí, la doctrina del precedente tiene ventajas. Uno desea, a través del derecho, buscar justicia; en nuestro sistema no se acude a la justicia sin ningún tipo de disciplina en la aplicación del derecho. Al aplicar el derecho, uno mira las decisiones anteriores, ello es importante para lograr coherencia en la jurisprudencia.

Ahora bien, esa coherencia no debe ser inflexible, porque el derecho es orgánico. Como señaló Roscoe Pound en una ocasión: “El derecho debe

* Esta entrevista fue realizada por Florencia Ratti en el mes de marzo de 2020 y tuvo lugar durante una beca de investigación sobre el precedente en Canadá que la entrevistadora desarrolló en la Facultad de Derecho Osgoode Hall, financiada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) en marzo de 2020.

1. Nota de la entrevistadora (NE): *Stare decisis et quia non movere* es una locución latina, un aforismo, que indica que las cosas deben mantenerse tal como están. En lo que nos interesa, que los jueces deben estar a lo ya resuelto, seguir las decisiones judiciales anteriores cuando las mismas cuestiones sean objeto de litigio. *Cfr.* GARNER, et al, *Black 's Law Dictionary*.

2. NE: Nótese que aquí la expresión “common law” no alude a su acepción como tradición jurídica o familia de sistemas —en contraposición a la tradición del *civil law*—, sino al “derecho de origen judicial” o “derecho no-escrito”, por oposición al “statute law”. Sobre esta distinción, véase BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, p. 63; CUETO RÚA, *El common law. Su estructura normativa, su enseñanza*, pp. 20-23.

ser estable y, sin embargo, no puede quedarse quieto”.³ Por lo tanto, el precedente promueve la estabilidad del derecho, pero aun así debe haber cierta flexibilidad para su desarrollo y crecimiento. Si solo se dice: “Esa decisión no debe cambiarse nunca”, estaríamos ante una rigidez que alejaría el sistema de la evolución del derecho.

Las cosas cambian, aprendemos más sobre la controversia o notamos que lo resuelto por el tribunal llevó a malas consecuencias. Los jueces no tienen una bola de cristal, no pueden predecir lo que va a suceder, y esa es una buena razón para permitir cambios en los precedentes –para favorecer su reversión– cuando sea necesario.

Florencia Ratti: —*De modo que cree que derogar los precedentes resulta, a veces, necesario. ¿Cuándo esa derogación debería proceder y quién debería encargarse de ella?*

Exjuez Iacobucci: —Ante todo, cuando dije que hay que seguir el precedente, me refería al supuesto de que el caso actual presentara la misma cuestión planteada, las mismas pruebas, y no hubiera hechos diferentes. En esos casos, hay que seguir a la suprema corte o al tribunal de superior jerarquía. La derogación del precedente debe dejarse, entonces, para la suprema corte o el tribunal superior. No se debe dar licencia a los tribunales inferiores para derogar decisiones de la suprema corte o todo se convertiría en un caos.⁴

Hay reglas de interpretación que se han desarrollado para derogar cada uno de los diferentes tipos de precedentes: constitucionales, legales, de *common law*. El *common law* es el caso más fácil, porque al estar hecho por los jueces, ellos pueden modificarlo. Al ser un derecho creado por el juez, no necesita la aprobación de la legislatura para su modificación. Pero aún así sigue habiendo *stare decisis*. Si estoy en el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelación ha resuelto un caso, tengo que seguirlo, a menos que pueda efectuar una distinción (*distinguishing*).

Permítame pasar ahora a la desventaja de derogar un precedente. Cuando esto sucede con demasiada facilidad, se envía un mensaje a la sociedad de que lo que ha cambiado son los miembros del tribunal, no los principios

3. Cfr. POUND, *Interpretations of Legal History*.

4. NE: No se trata de una derogación “propriadamente dicha”, sino a la “derogación anticipada” que a veces se produce en Canadá por los tribunales inferiores. Sobre esto, puede verse PARKES, “Precedent Revisited: Carter v. Canada (AG) and the Contemporary Practice of Precedent”.

o las consideraciones subyacentes. Lo decisivo para el caso son otras personas; no otras pruebas ni otros principios ni otras consideraciones. Con el tiempo, eso perjudica la integridad de la administración de justicia.

En Canadá, existen ejemplos de derogación de precedentes incluso cuando el precedente había sido dictado solo cinco años antes. Recuerdo un caso que tenía que ver con la pena capital.⁵ Cuando un estadounidense acusado de asesinato en Estados Unidos llegaba a Canadá, se solicitaba su extradición a Estados Unidos. Como saben, muchos estados de los Estados Unidos permiten la pena de muerte. En un primer caso, el Gobierno canadiense consintió la extradición del individuo, a pesar de que se lo exponía a la pena de muerte. En mi caso, no pude intervenir en esa oportunidad, porque había sido viceministro de Justicia y estaba involucrado en el asunto.

Pero en un caso posterior, cinco años después, la Suprema Corte derogó ese precedente. Sostuvo que solo extraditaríamos a condición de que el individuo no recibiera la pena de muerte. Tomamos esta decisión porque, de lo contrario, nuestra ley sería decisiva para que recibiera la pena capital. En consecuencia, afirmamos que nuestra ley de extradición debía ser interpretada de manera que impidiera la aplicación de dicha pena. Aunque no fuera ciudadano canadiense, nuestra ley era aplicable.

Florencia Ratti: —*¿Y cuáles fueron los fundamentos para derogar el precedente en dicha oportunidad?*

Exjuez Iacobucci: —El fundamento de la derogación fue una reconsideración de la ley y de cómo debía aplicarse. Por lo tanto, se puede decir que la primera decisión era “errónea en derecho”. Pero, como dije, no conviene derogar un precedente con demasiada frecuencia. Porque si uno empieza a hacerlo se expone a la acusación de que los jueces han cambiado. Afortunadamente, aquella vez fueron los mismos jueces los que resolvieron ambos casos. Ellos cambiaron de opinión, no cambió la integración. En otras palabras, una derogación con la misma integración parece más genuina, pero hay que tener mucho cuidado de proporcionar suficientes razones, capaces de resistir las críticas.

Florencia Ratti: —*¿Cree que anular un precedente constitucional debería ser diferente de anular un precedente en otras áreas del derecho?*

5. NE: El entrevistado se refiere a SCC, “United States v. Burns”, que derogó SCC, “Kindler v. Canada”.

Exjuez Iacobucci: —Hay que recordar que es muy difícil modificar la Constitución en nuestro país. Como usted sabe, cuando se interpreta la Constitución, aunque no se trate de una reforma propiamente dicha, se lleva adelante una suerte de reforma. Porque se le otorga un significado a una sección y al hacer esto, se lee la Constitución—se leen las palabras del texto de la Constitución—, de acuerdo con el significado decidido por la Corte. Así que, en adelante, es como si formara parte de la Constitución.

Algo similar sucede con la ley. Cuando frente a una ley un tribunal dice: “Esta disputa plantea la cuestión de lo que significa esa sección”, una vez que resuelve el caso y la decisión queda firme, es como añadir otra sección a ese estatuto, ¿verdad? La decisión del tribunal ha indicado que así es como se debe interpretar la sección.

Sin embargo, la razón por la que doy estos dos ejemplos es que es muy fácil modificar la ley. Si el gobierno considera que la interpretación del tribunal es errónea y tiene buenas razones, puede pedir a la legislatura que modifique la ley, a fin de dejar sin efecto la interpretación del tribunal. Este accionar sería correcto si es hecho genuinamente. Si dicen: “Tenemos pruebas que sugieren que la interpretación del tribunal conducirá a malos resultados”. Pero no pueden hacer lo mismo con la interpretación constitucional, a menos que logren modificar la Constitución; lo cual, como dije, es muy difícil de hacer. La única otra forma de deshacerse de una interpretación constitucional que lleva a malos resultados es que la Corte derogue tal interpretación en algún momento posterior.⁶

Florencia Ratti: —¿Cree que la colegialidad es importante en la Corte Suprema?

Exjuez Iacobucci: —Las juezas y jueces, al tomar posesión de sus cargos, juran hacerlo lo mejor posible. Eso es fundamental: hacer lo mejor que puedan. Pero como tribunal colegiado, como tribunal de apelación y como Corte Suprema, lo que hay que tener es un intercambio colegiado de opiniones, una discusión.

Cuando teníamos un caso (en la Suprema Corte), me preguntaba: “¿Soy capaz de adherir a la posición mayoritaria?”; “¿Estoy de acuerdo con la mayoría?”. Luego, durante la deliberación, expresaba mi opinión sobre lo que creía que debe ser la decisión y mis razones para ello. Si, luego de escuchar a mis colegas, seguía creyendo que no podía estar de acuerdo con la mayoría,

6. NE: Esta idea está fuertemente relacionada con el disenso del juez Brandeis en: SCOTUS “Burnet v. Coronado Oil”.

entonces diría: “Escribiré una disidencia”. O podría decir: “Si pueden adoptar dos puntos de mi argumento, entonces firmaré con la mayoría”. O: “Estoy de acuerdo con el resultado, pero no creo que pueda aceptar el razonamiento del tribunal para llegar a él”. Entonces, escribiría un voto concurrente, coincidiendo con el resultado, pero discrepando en el razonamiento. Esas son las opciones. La colegialidad se ve reforzada por las tres, pero la primera pregunta siempre debe ser: “¿Se puede estar de acuerdo con la opinión de la mayoría?”. Sería desafortunado que un juez no se hiciera esa pregunta.

Florencia Ratti: —*Parece que la dinámica de la Suprema Corte que integró presupone una deliberación, algún tipo de conferencia, donde los jueces se reúnen a debatir. Creo que, en algún punto, se trata de algo que no siempre existe dentro de los tribunales. Quiero decir, no en todos los tribunales se lleva adelante una verdadera deliberación...*

Exjuez Iacobucci: —Sí, claro, en la Suprema Corte de Canadá nos reunimos. Ni siquiera lo he mencionado porque lo doy por hecho. Nos reunimos inmediatamente después de escuchar los argumentos. Y, a veces, tenemos más de una reunión. En el caso de la secesión de Quebec,⁷ debemos haber tenido unas diez reuniones. En mi época había mucha deliberación. Por supuesto, normalmente uno no se pasa el día deliberando, tal vez ello insume una hora más o menos para cada caso.

Debatimos cada caso. No sé si un tribunal de apelación podría actuar eficazmente sin eso. El producto del Tribunal debe ser colaborativo, aunque no sea unánime. La perspectiva importante es que somos miembros de un tribunal. El tribunal es la institución permanente, los jueces son ocupantes temporales de los lugares en el estrado. Lo importante es la institución, y no quienes ocupan el cargo. Ellos están allí por un período de tiempo y sirven a los intereses de la institución en cuyo nombre imparten justicia para el pueblo de Canadá. Eso es lo que significa la colegialidad para mí. Si un solo juez o jueza no comparte ese concepto, puede haber problemas. Porque si un juez o una jueza priorizan demasiado su papel o su legado, la colegialidad, en mi opinión, se debilita. El juez Powell, en referencia a la Corte Suprema de los Estados Unidos, dijo: “Es la última ciudadela del individualismo. En gran medida funcionamos como nueve bufetes de abogados independientes”.⁸ Eso no me parece un modelo de colegialidad.

7. Referencia a: SCC, “secesión de Quebec”.

8. NE: La referencia completa es que el Tribunal Supremo “es quizás una de las últimas

Florencia Ratti: —*Así que, como decía antes, por su experiencia puede ocurrir que en la deliberación los jueces finalmente se pongan de acuerdo...*

Exjuez Iacobucci: —¡Sí! Y luego haces circular las razones donde puedes obtener aún más comentarios. Porque nunca se obtiene la versión final hasta que se esboza un borrador escrito. La escritura es la disciplina para aclarar tu pensamiento y para finalizarlo. Ese es el trabajo colegiado. He recibido comentarios sobre algunos de mis trabajos que eran muy importantes, y también escribí comentarios que eran adiciones relevantes a la opinión del tribunal.

Yo era uno de los que buscaban las reacciones de mis colegas, conocido por ir de una oficina a otra preguntando: “¿Podemos hacer esto?, ¿Podemos hacer aquello?”. No para convertir el vino en agua, sino para ver si podíamos tener más unidad en beneficio del sistema de jurisprudencia, lo que significa una orientación más clara para los tribunales inferiores que tienen que seguirnos. Pero lo más importante es que se trata de un mejor servicio al pueblo de nuestro país.

Florencia Ratti: —*Mencionó que, en la Suprema Corte de Canadá, siempre hay audiencias orales inmediatamente antes de la deliberación. ¿Cómo es esa dinámica?*

Exjuez Iacobucci: —Todos los casos que llegan a la Corte Suprema tienen una audiencia, y, por mi parte, nunca abandonaría los argumentos orales. Permítame darle algunas razones:

1. La audiencia oral puede hacerte cambiar de opinión. Uno va preparado al caso y dice: “Este caso va a ser desestimado”. Pero los argumentos del abogado pueden hacerte cambiar de opinión. No hay forma de lograr eso en la argumentación escrita; en cambio, quizás el abogado presenta argumentos orales muy buenos. No es muy frecuente, pero puede ocurrir.
2. La audiencia oral puede confirmar tu opinión. El caso en cuestión es importante, no estaríamos resolviéndolo si no creyéramos que es importante. Y las decisiones jurídicas necesitan confirmación.

ciudadelas del individualismo celosamente preservado [...] Para la mayor parte [...] funcionamos como nueve pequeños bufetes independientes”. Lo afirmó en un discurso ante la American Bar Association en 1976 y fue citado en Richard L. Williams, “Supreme Court of the United States”, *Smithsonian*, 1977, p. 89.

Nadie es un genio ni tampoco un bastión del conocimiento. Es muy útil, al tomar una decisión, recibir una confirmación de tus argumentos. La audiencia y el debate pueden proporcionar esa confirmación.

3. Por una cuestión de legitimidad. Los clientes, tanto los que ganan como los que pierden, al menos pueden decir “Bueno, se realizó una audiencia. Mi abogado tuvo la oportunidad de presentar nuestro argumento; no lo aceptaron, pero el proceso fue legítimo”.

Florencia Ratti: —¿Y cuándo dictan sentencia? ¿Inmediatamente después del argumento oral?

Exjuez Iacobucci: —A veces dictamos una sentencia “desde el estrado”. Cuando todos estamos de acuerdo en que la decisión del tribunal inferior es correcta, decimos: “Se desestima el recurso, sustancialmente por las razones del tribunal inferior”. La Corte también puede admitir el recurso desde el estrado, pero creo que esto es menos frecuente. Después de la deliberación volvemos —los abogados siguen allí— y dictamos esa sentencia oral desde el estrado. O podemos decir: “El recurso se desestima. Se expondrán los motivos”. O decimos: “Se reserva el fallo”, que es lo que habitualmente sucede. Entonces se vuelve, se discute, y los motivos salen en un promedio de tres meses.

Florencia Ratti: —Volviendo al precedente, ¿qué valor cree que debe tener el *obiter dictum*?⁹

Exjuez Iacobucci: —Hay quien dice que *el obiter dictum* es vinculante. Yo no iría tan lejos, no estoy tan convencido de ello. En mi opinión, un *dictum* de la Corte Suprema es realmente importante de considerar. Pero si un juez o una jueza de un tribunal inferior lo examina muy seriamente y da razones por las que decide apartarse de él —porque tal vez está examinando hechos que exigen desviarse del *dictum*— para mí estaría cumpliendo de forma adecuada con su rol.

Recuerdo un caso, cuando estaba en la Corte Federal de Apelación y antes de ir a la Corte Suprema, en el que sostuve: “Creo que estoy obligado por una decisión de la Corte Suprema”. Ese caso llegó a la Corte Suprema.

9. NE: El *obiter dictum* se define, habitualmente, de manera residual, para hacer referencia a todo aquello que no forma parte del *holding*, es decir, que no fue necesario o indispensable para resolver el caso. Sobre los distintos tipos de *obiter dictum* y su diverso valor, sugiero revisar KOZEL, “Scope of applicability”, pp. 70-71.

El juez que redactó la sentencia de la Corte Suprema sostuvo que yo no estaba obligado a seguir el precedente para ese supuesto y, por tanto, revocó mi decisión. Creo que fue una decisión justa: él puede mantener esa posición con más autoridad que yo.

Hice un gran esfuerzo para estudiar ese caso, mis colegas del tribunal inferior estuvieron de acuerdo conmigo. Es casi como tener una conversación con el tribunal superior y, en esa conversación, se llega a una exposición de opiniones en la que obviamente la Corte Suprema toma la decisión final.¹⁰

A menudo lo que la Corte Suprema puede decir es: “Este caso trata de X, Y y Z, no trata de A, B y C”. Hay entonces una guía en las razones del tribunal para alejarse del *obiter dictum*. A veces la mayoría puede decir: “No queremos añadir eso, queremos dejarlo como una cuestión abierta”. Y el voto concurrente puede decir: “Quiero también dejar bien claro A, B y C”. O al revés. Todas estas son formas de expresar diferentes resultados.

En definitiva, para mí el *obiter dictum* tiene una luz amarilla alrededor. No una luz verde, ni una luz roja; una luz amarilla.

BIBLIOGRAFÍA

- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Vol 1, Oxford: Clarendon Press, 1765, facsimile version Legal Classics Library, 1983.
- CUETO RÚA, Julio C., *El common law. Su estructura normativa, su enseñanza*, Abeledo-Perrot, 1997, Buenos Aires.
- GARNER, Bryan A., *Black 's Law Dictionary*, 7a ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999.
- KOZEL, Randy, “Scope of applicability”, en *Settled Versus Right: A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, 2017, Cambridge, pp. 70-71
- MAGALONI KERPEL, Ana L., “Las dos caras de la doctrina del precedente: maximalistas vs. Minimalistas”, en *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, 2da ed., Suprema

10. NE: La conversación a la que el exjuez alude hace referencia a la difícil técnica de determinar el ámbito de aplicación de un precedente, con cuánta amplitud o concreción se formula su *holding* y, en consecuencia, a qué casos resulta aplicable un precedente. Sobre esto se destacan dos posturas: el minimalismo y el maximalismo. Cfr: MAGALONI, “Las dos caras de la doctrina del precedente: maximalistas vs. Minimalistas”, pp. 162-194

Corte de Justicia de la Nación, 2021, México, pp. 162-194.

PARKES, Debra, “Precedent Revisited: Carter v. Canada (AG) and the Contemporary Practice of Precedent”, en *McGill Journal of Law and Health*, ed. 10:1, 2016, Vancouver, pp. 123-158.

POUND, Roscoe, *Interpretations of Legal History*, Vol. 1, The Macmillan Company, 1923, Nueva York.

Corte Suprema de Canadá, “United States v. Burns”, 15/02/2001, 1 S.C.R. 283.

— “Kindler v. Canada”, 26/09/1991, 2 S.C.R. 779.

— “Reference re Secession of Quebec”, 20/08/1998, 2 S.C.R. 217.

Corte Suprema de los Estados Unidos, “Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.”, 1932, 285 U.S. 393.