

EL COMMON LAW

SECCION III

LA FUERZA DEL PRECEDENTE

§ 3. *La autoridad de hecho del precedente*

| | |
|---|-----|
| 107. La actitud habitual de los tribunales; dificultad para definirla . . . | 278 |
| 108. La actitud general revelada por: la concepción que se tiene del <i>dissent</i> ; la escasa atención prestada a los precedentes considerados individualmente o a los precedentes aislados; rareza de las distinciones entre las circunstancias del precedente y las del caso y rareza de las decisiones presentadas como injustas; diversidad de los argumentos dados en apoyo de las decisiones; confusión de los precedentes "imperativos" y de los precedentes "persuasivos" | 282 |
| 109. Algunas distinciones | 287 |
| 110. Problemas planteados por el debilitamiento de la autoridad del precedente. | 293 |
| 111. Causas de la débil autoridad del precedente en el <i>common law</i> americano: estado de la regla del <i>stare decisis</i> en 1776; adaptación del <i>common law</i> inglés a un medio nuevo; escasa tecnicidad de los que practicaban el derecho en su origen y selección actual de los magistrados; hostilidad pública y doctrinal hacia un derecho técnico | 296 |
| 112. Comparación constante a la que está sometido el derecho de cada Estado. | 298 |
| 113. Número de los precedentes | 300 |
| 114. Abuso de las <i>dissenting opinions</i> y de las <i>separate opinions</i> | 303 |
| 115. Inestabilidad de las condiciones de vida americana e influencia del derecho constitucional | 303 |

§ 3. LA AUTORIDAD DE HECHO DEL PRECEDENTE

107.—Nada es, desgraciadamente, más difícil que decir cómo y en qué medida los tribunales norteamericanos aplican, en la práctica, la doctrina del *stare decisis*.

Es fácil, indudablemente, citar las decisiones en las que un tribunal se declara totalmente respetuoso de la doctrina del precedente y sigue decisiones que él estima erróneas, anticuadas o inadecuadas en la época moderna.¹

Es igualmente fácil, citar las decisiones en las que un tribunal se revuelve contra la doctrina tradicional. Hemos citado algunas de las reacciones fundamentales contra esta doctrina.² Al lado de ellas, o a continuación de las mismas, las revueltas individuales han sido legión³ — pero hoy son más raras.

107.—

1. V. entre otros: *Toolson vs. New York Yankees, Inc.* (1953), 346 U. S. 356, donde la Suprema Corte declara que si la doctrina que sentó hace 30 años resulta ahora enfadosa, es únicamente al Congreso a quien corresponde cambiarla; *Re Burt* (1945), 353 Pa. 217, 44 A (2d) 270, 162 ALR 1053; *Davis vs. Pennsylvania* (1940), 337 Pa. 456, 12 A (2d) 66; *Sweet vs. Provident Loan Society* (1939), 279 N. Y. 540; *Congdon vs. Congdon* (1924), 160 Minn. 343, 200 NW 76; *Cooper vs. Seaverns* (1909), 81 Kan. 267, 105 P. 509, 25 LRA (NS) 517, 135 Am. St. Rep. 359; *Clark vs. Allaman* (1905), 71 Kan. 206, 80 P. 571, 70 LRA 971; *Re Estate of Hulett* (1896), 66 Minn. 327, 69 NW 31, 34 LRA 384, 61 Am. St. Rep. 419; *Lux vs. Haggin* (1886), 69 Cal. 255, 10 P. 674; *Powell vs. Brandon* (1852) 24 Miss. 343. Cf. *Straout vs. Burgess* (1949), 144 Me 263, 64 A (2d) 241, 12 ALR (2d) 939. Se ha podido ver a la Suprema Corte aplicar una ley de 1351 y esforzarse por hacerlo como lo hubiesen hecho los tribunales do es más importante de lo que las consideraciones que siguen en el texto dan la S. Ct. 918.

V. también *Davis vs. Atlanta Gas Lighth Co.* (1950), 82 Ga. App. 460, 61 SE (2d) 510. V. igualmente *Edouard LAMBERT, Common Law et droit civil. Leurs branches américaines. L'étude comparative de ces branches*, "Bull. Inst. dr. comp. de Lyon", 1941, pp. 1-89, 35-67, y, sobre la actitud de la Suprema Corte en la historia, *DOUGLAS, op. cit. supra*, N° 106, nota 1, principalmente pp. 157-166, 177-179.

El profesor Kurt H. Nadclmann (reseña de esta obra en la "Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht", vol. 21, 1956) considera, sin embargo, que la autoridad de hecho del precedente, ante las jurisdicciones de Estado es más importante de lo que las consideraciones que siguen en el texto dan la impresión.

2. *Supra*, Núms. 103 y 104.

3. Un magistrado declara que él se ha comprometido por juramento a hacer respetar la Constitución y a hacer justicia lo mejor posible, es decir, conforme a lo que él le parece justo, y no conforme a lo que parece justo a tal o cual

LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES

magistrado: Wanamaker, J., *dissent* in Aldrich vs. Youngstown (1922), 106 Ohio St. 342, 140 NE 164, 27 ALR 1497. Esta actitud puede parecer por lo menos sorprendente; pero es, sin embargo, conforme con los puntos de vista del Presidente Jackson que, en 1832, escribía en un *veto* (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 57): "Cada funcionario que jura hacer respetar la Constitución jura hacerla respetar como él la entiende y no como ella es entendida por los demás" (cf. la doctrina de Breckinridge, en *Le syst. const.*, t. 1, N° 49). El propio Lincoln ha expuesto puntos de vista semejantes, ya en el debate con Douglas, ya en su mismo discurso presidencial de toma de posesión (cf. *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 61 y 62). Esta actitud habría de ser recogida, por otra parte, por un magistrado de la Suprema Corte, Justice Sutherland, quien, a propósito, en realidad, de un problema diferente, escribió en 1937, en *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*, 300 U. S. 379, 402 81 L. ed. 703, 57 S. Ct. 578, 108 ALR 1330: "El freno a los poderes del juez es el que resulta de su juramento, de la Constitución y de las convicciones que se forme después de sus reflexiones e investigaciones; y puesto que él tiene el deber de formarse una opinión personal y de hacer justicia en consecuencia, es difícil darse cuenta de cómo podría estar sometido a otras restricciones." (Compárese, contrariamente, el fragmento de BLACKSTONE cit. *supra*, N° 95, nota 2). El mismo magistrado que hemos citado al principio de esta nota escribe, en nombre del tribunal: "Los precedentes son interesantes a título de información, de instrucción y como testimonio del progreso de la nación; pero no contienen, necesariamente, la última palabra de la sabiduría y no siempre deben ser adoptados. Incluso, con mucha frecuencia, deben rechazarse. Su valor es, exactamente, el del peso de su derecho y de su razón dentro de las circunstancias del caso. Deben dejar lugar siempre a las exigencias de la equidad en cada caso": *Kints vs. Harriger* (1919) 99 Oh. St. 240, 124 NE 168. Un tribunal no encuentra "razón alguna" para no cambiar una norma que anteriormente haya establecido, teniendo en cuenta los nuevos elementos de decisión que están a su alcance, principalmente los resultados de una encuesta efectuada por el Gobierno: *People vs. Charles Schweinler Press* (1915), 214 N. Y. 395, 108 NE 639. V. también *Aero Spark Plug Co. vs. B. G. Corporation* (2nd Cir. 1942), 130 F. (2d) 290, aprobando la actitud de Wigmore (cf. *supra*, N° 104, nota 1) y pidiendo que cada caso sea considerado de acuerdo con sus propios méritos; *Oppenheim vs. Kridel* (1923), 236 N. Y. 156, 140 NE 227: "Los tribunales deben tener por objetivo el dulcificar la rudeza de las antiguas reglas de derecho incompatibles con el progreso moderno, cuando ello pueda hacerse sin afectar a los derechos adquiridos"; — *Adams Express Co. vs. Beckwith* (1919), 100 Ohio St. 348, 126 NE 300: "un precedente vale cuanto pese su razón y su rectitud y nada más. No basta con decir: el tribunal lo ha decidido así. Es necesario que el principio establecido... sirva a la causa de la justicia"; — *Wheeler, J., separate opinion* in *Dwy vs. Connecticut* (1915), 89 Conn. 74, 92 A. 883: el desarrollo del *common law* y su adaptación no deben ser dejados al legislador; — y, en cuanto al fondo, siempre, y a veces en cuanto a la forma, las decisiones citadas *infra*, N° 122, nota 2.

Una nota, en la "Harv. L. Rev." (1920), vol. 33, pp. 972-976, está consagrada a un magistrado que declara a la Suprema Corte del Estado de Dakota del Norte en situación de reforma permanente y envía a la prensa un informe semanal. Rechaza fundamentalmente la regla del *stare decisis*, para resolver en cada caso "según el derecho, la razón y la justicia"; sobre veinte decisiones dictadas, escogidas al azar, diecinueve no contenían absolutamente ninguna cita de precedentes. Además, expone los hechos en la forma más breve, teniendo por consecuencia, sino por fin, el permitir el arbitraje e impedir que la decisión sirva como precedente. En fin, aumenta el ámbito de aquéllo en que el tribunal puede tomar *judicial notice*, lo que le permite resolver sobre puntos no discutidos.

Sin embargo, observar esas actitudes extremas, o, incluso, tomar nota de las actitudes intermedias,⁴ no ilustra acerca de la actitud general de los tribunales norteamericanos respecto a la doctrina anterior. Esta actitud general no podría, probablemente, ser precisada más que por un estudio estadístico.⁵ Pero es fácil darse cuenta de la dificultad considerable de un estudio de esta naturaleza. Sería menester, en primer lugar, tomar en consideración lo que las decisiones dicen, lo que quieren decir y lo que efectivamente hacen. Las tres nociones son a veces diferentes: tal decisión afirmará respetar un precedente, pero procederá a distinciones injustificadas, mientras que tal otra deseará seguir el precedente pero, entendiéndolo mal, deformará su doctrina, y una tercera, declarando rechazarlo, se conformará, en realidad, al principio resultante de un sano análisis de ese precedente.⁶ Sería me-

Obsérvese también la sagacidad de esta frase: "Si la cuestión no se plantease entre las mismas partes anteriormente en litigio, *no estaríamos sometidos más que a la regla stare decisis y podríamos cambiar el principio anteriormente establecido*" (Ward, J., *dissenting opinion* en Johnson vs. Cadillac Motor Co. (1919), 261, F. 278).

4. Con diversas modalidades: Linkins vs. Protestant Episcopal Cathedral (D. C. Cir. 1950), 87 App. D. C. 351, 187 F. (2d) 357, 28 ALR (2d) 521; Davis vs. Penn Mutual Life Ins. Co. (1944), 198 Ga. 550, 32 SE (2d) 180, 160 ALR 778; Payne vs. City of Govington (1938), 276 Ky 380, 123 SW (2d) 1045; People ex rel. Rice vs. Graves (1934, 273 N. Y. S. 582; Loudon vs. Loudon (1933), 114 N. J. Eq. 242, 168 A. 840, 89 ALR 904; Schlesinger vs. Quinto (1922), 192 N. Y. S. 564; Prall vs. Buckhartt (1921), 299 Ill. 19, 132 NE 280; Ketelsen vs. Stiliz (1916), 184 Ind. 702, 111 NE. 423 LRA, 1928 D. 303; Thurston vs. Fritz (1914), 91 Kan. 468, 138 P. 625; Katz vs. Walkinshaw (1903), 141 Cal. 116, 70 P. 663 y 766, 64 LRA 236; Meng vs. Coffee (1903), 67 Neb. 500, 93 NW 913, 108 Am. St. Rep. 697, 60 LRA 910; Sayward vs. Carlson (1890), 1 Wash. 29, 23 P. 830; Baker vs. Lorillard (1850), 4 Coms. (N. Y.) 257; y diversas decisiones entre las que se citan en *infra*, N° 122, nota 2. Cf. igualmente Cooper vs. Seaverns (1909) cit. *supra*, nota 1, y Bracewell vs. Southern Ry. Co. (1910), 134 Ga. 537, 68 SE 98: "Una decisión dictada unánimemente por un tribunal, tras discusión y consideración cuidadosa y seguida por otras decisiones, sólo excepcionalmente será desatendida, a menos de que sea manifiestamente injusta."

En general, es una actitud "intermedia" la que revelan los millones de decisiones que son recogidas en el *American Digest* (cf. *infra*, N° 203), v° Courts, "claves" 88-98.

5. Cf. George H. JAFFIN, *Prologue to Nomostatistics*, "Col. L. Rev." (1935), vol. 35, pp. 1-32.

6. Cf. Roscoe POUND, en *The Status of the Rule of Judicial Precedent*, "Cin. L. Rev." (1940), vol. 14, pp. 203-355, 331. Cf. igualmente LLEWELLYN, *op. cit. supra*, N° 99, notas 1 bis y 2.

En particular, parece que la Suprema Corte disfraza a veces ciertos cambios, o modifica, de hecho, el alcance de precedentes que declara respetar. Cf. Malcolm P. SHARP, *Movements in Supreme Court Adjudications. A Study of Modified and Overruled Decisions*, "Harv. L. R." (1933), vol. 46, pp. 361-403, 593-631, 795-811 Compárense igualmente las dos sentencias S. E. C. vs. Chenery Corp. (1943), 318 U. S. 80 y (1947), 332 U. S. 194 y las dos sentencias Williams estudiadas en *Le syst. const.*, t. 2, N° 323.

nester, igualmente, precisar con exactitud la parte del precedente que realmente tenga autoridad; pero esta es una determinación sobre la que, en ciertos casos, es imposible ponerse de acuerdo.⁷ Sería necesario, por otro lado, observar por separado la actitud de las diversas jurisdicciones y su actitud respecto de los precedentes de diversos tribunales. El estudio habría de procurar separar los factores accidentales, tales como un aumento del número de los miembros de la Suprema Corte destinado a cambiar la actitud política de ésta, o la hostilidad personal o ideológica de dos *Chief Justices* sucesivos. En todo caso, habría de velar porque semejante factor no adquiriese una importancia excesiva, en razón de la fecha elegida para el estudio. Debería averiguar cuál es la autoridad que habitualmente se otorga a las decisiones por mayoría de un tribunal^{7 bis} y, en fin, habría de ser efectuado en los diversos campos del derecho: propiedad, contratos, *trusts*, sucesiones, etc., porque la actitud de los tribunales no es la misma en todos esos dominios.⁸

Es fácil ver que tal estudio, cuyo interés práctico no sería, en el fondo, más que mediocre, sobrepasa las fuerzas de un solo hombre y que apenas podría ser efectuado por un equipo. Un estudio semejante, si es que alguna vez se ha intentado, nunca ha tenido éxito; y, en su ausencia, nos encontramos con que no tenemos de la cuestión más que una impresión bastante vaga, que es posible comparar con las impresiones de otros, o con "sondajes" efectuados en un campo limitado y referentes, por ejemplo, a la actitud de la Suprema Corte en materia de constitucionalidad de las leyes,⁹ o a la actitud de tal o cual tribunal en un día determinado o durante cierto mes.¹⁰

7. Cf. *supra*, N° 99. Un simple ejemplo mostrará lo difícil que puede resultar la comparación de dos sentencias. Los constructores de automóviles entregan éstos, generalmente, en camiones. Un Estado decide percibir un impuesto de diez dólares por cada automóvil que atravesase su territorio. Teniendo en cuenta que ese aumento de circulación estropea las carreteras y entraña la obligación para el Estado de multiplicar sus patrullas de policía, la Suprema Corte declara que tal medida es legítima. Un Estado vecino crea en cambio, sobre cada coche, un impuesto de quince dólares, susceptible de proporcionarle rentas importantes. La Suprema Corte declara inconstitucional esta medida. Las dos sentencias, evidentemente muy fáciles de conciliar, pueden parecer, sin embargo, contradictorias si se limita uno a su observación superficial (cf. MACK, en *The Status . . .*, *op. cit.*, pp. 297-299; *Le syst. const.*, t. 1, N° 132, texto y notas 4 y 5.

7 bis. Cf. *infra*, N° 108.

8. Cf. *infra*, N° 109.

9. Cf. Charlotte C. BERNHARDT, *Supreme Court Reversals on Constitutional Issues*, "Corn. L. Q." (1948), vol. 34, pp. 55-70.

10. Cf. LLEWELLYN, en *The Status*, pp. 209 y ss., 219 y ss., 348 y ss. y BENNETT, *eod. loc.*, p. 232.

Los resultados de una importante conferencia reunida para estudiar la regla del precedente,¹¹ han podido ser resumidos en la forma siguiente: "Primeramente, prácticos, magistrados y profesores, están de acuerdo en reconocer que tenemos un sistema de precedentes y que él nos guía ampliamente. Sobre todo, es claro que cada uno de los oradores ha reconocido sentir la irresistible necesidad de tal guía; y es claro que todos ven en nuestro sistema del precedente judicial una guía casi suficiente, gracias a la cual pueden encontrar bastante bien su camino. Pero todos están deseosos de encontrar una guía más firme y mejor. En segundo término, cuando se ha tratado de expresar lo que es nuestro sistema del precedente judicial, los oradores no han podido ponerse de acuerdo, y sabían por anticipado que estaban condenados a no ponerse de acuerdo."¹²

108.—Si, no obstante, nos esforzamos por exponer cuál es en general la actitud de los tribunales norteamericanos respecto al precedente, parece que nos hallamos condenados a una fórmula bastante vaga: siguen los precedentes, salvo cuando tienen la impresión neta de que siguiéndolos llegarían a una solución injusta.¹ No olvidan, normalmente, que el abandono de los precedentes desacredita el derecho y destruye la seguridad jurídica; pero tampoco se resignan a la injusticia. En cierta medida, en consecuencia, equilibran la estabilidad del derecho con la justicia; aunque podemos preguntarnos si el segundo elemento no es el que prevalece a veces sobre el primero y si la búsqueda permanente de un derecho más justo no concluye siempre haciendo al derecho siempre más incierto.²

Que el precedente no goza actualmente más que de una mediana autoridad, probablemente inferior a la que goza en Francia,³ es un hecho establecido por múltiples comprobaciones.

11. La *Cincinnati Conference*, celebrada el 17 de febrero de 1940 y cuyas actas se publicaron en "Cincinnati L. Rev." (1940), vol. 14, pp. 203-355.

12. Karl LLEWELLYN, *Impressions of the Conference*, *op. cit.*, pp. 343 y ss. La misma incertidumbre impera en el ánimo de los jueces: v. *supra*, N° 99, nota 1 bis.

108.—

1. Cf. Cuthbert W. POUND, *Some Recent Phases of the Evolution of Case Law*, "Yale L. J." (1922), vol. 31, pp. 361-366. Como se ha dicho, no sólo con humor, sino con exactitud, un precedente tiene mucha más fuerza cuando un juez le está reconocido por haberle impuesto una solución, que cuando le impone una decisión que el juez estima nefasta: LLEWELLYN, *The Status...*, *op. cit.*, p. 283.

2. Cf. Davis vs. Pennsylvania (1940), 337 Pa. 456, 12 A (2d) 66, e *infra*, N° 147.

3. Cf. *infra*, Núms. 117 y 118.

LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES

Se puede notar, en primer lugar, que la propia concepción que se tiene del *dissent*^{3 bis} supone que el juez puede cambiar el precedente que no apruebe.

Es raro, por otra parte, ver prestar a los precedentes la atención individual que sigue siendo habitual ante los tribunales ingleses y que supondría el respeto de su autoridad. Los precedentes son citados generalmente en gran cantidad, como si sólo su repetición les proporcionase su fuerza.⁴ Sin duda, tal actitud proviene del hecho de que, la mayor parte de las veces, son muchos los precedentes dictados sobre el punto litigioso. No cabe duda, sin embargo, que tal actitud tiende a disminuir la fuerza del precedente aislado y, por lo tanto, del precedente como tal, y que, de hecho, el precedente aislado disfruta sólo de una autoridad bastante débil.⁵

3 bis. Cf. *supra*, N° 93, nota 12.

4. No hay que dejarse influir por la primera impresión. Gran número de sentencias citadas "en estrados" son sentencias dictadas en otros Estados y que carecen de fuerza de precedentes. Pero la actitud respecto a los verdaderos precedentes es a menudo la misma y sólo excepcionalmente es diferente.

5. Cf. *M'Dowell vs. Peyton* (1825), 10 Wh. 454, 6 L. ed. 364, en la que la Suprema Corte comprueba que una decisión aislada puede ser desconocida en el derecho de Kentucky; *Shelby vs. Guy* (1826), 11 Wh. 361, 6 L. ed. 495, donde se plantea el problema, sobre el cual la Corte no llega a pronunciarse, de saber en qué medida una decisión nueva puede, en tanto que decisión aislada, crear una nueva regla de derecho. La propia Corte hubo de declarar expresamente después, incluso, que un cambio no podía resultar de una decisión aislada, sino solamente de una serie de decisiones: *Green vs. Neal* (1832), 6 Pet. 291, 8 L. ed. 402; *Ohio Life Ins. and Trust Co. vs. Debolt* (1853), 16 How. 416, 14 L. ed. 997; cf. *Leffingwell vs. Warren* (1862), 2 Black 599, 17 L. ed. 261. Lo contrario resulta, sin embargo, de *Gelpcke vs. Dubuque* (1864), 1 Wall. 175, 17 L. ed. 520; de la sentencia *Erie Railroad* (*supra*, N° 55), en que la Corte cambia una decisión por haber desconocido quizá la única sentencia dictada en el Estado sobre la cuestión; y la sentencia *Helvering vs. Hallock* (1940), 309 U. S. 106, 84 L. ed. 604, 60 S. Ct. 444, 125 ALR 1368, en donde la Suprema Corte, para eludir la autoridad de una sentencia aislada, niega el carácter imperativo de la regla del *stare decisis* (cf. *supra*, N° 104, nota 13).

Respecto a los tribunales de los Estados, v. *State vs. Surma* (1953), 263 Wisc. 388, 57 NW (2d) 370, donde el tribunal cambia una decisión aislada después de declarar que la regla *stare decisis* imponía el respeto de una serie de decisiones, más bien que el de una sola decisión; *St. Germain vs. Lapp*. (R. I. 1946), 42 A. (2d) 181, 166 ALR 450, donde el tribunal declara que, si bien en virtud de la regla *stare decisis*, los tribunales están obligados normalmente a seguir una regla de derecho declarada por una serie de decisiones, más que la declarada por una sola decisión, "una decisión aislada puede, no obstante, imponerse igualmente, sobre todo cuando está apoyada por numerosas decisiones en el mismo sentido tomadas por otras jurisdicciones y por otros autores"; v. igualmente, *Bracewell vs. Southern Ry. Co.* (1910), cit. *supra*, N° 107, nota 4; *Mountain Grove Bank vs. Douglas County* (1898), 146 Mo. 42, 47 SW 944.

Comprobando que el precedente aislado no goza de una autoridad inferior, los autores tienden incluso a degradarlos del rango de fuentes "imperativas" al de fuentes "persuasivas". V. entre muchos otros, CHAMBERLAIN, *op. cit. supra*, N° 103, nota 2, 19; POUND, *What is the Common Law?* en *The Future*, pp. 3-23,

Otro indicio revelador es la falta casi completa de una decisión que, por proceder de un precedente injusto, establece una distinción sin fundamento entre las circunstancias del precedente y las del litigio a resolver; así como la ausencia completa de decisiones que sigan un precedente injusto, criticándolo y pidiendo a la Suprema Corte que reforme la decisión, o al legislador que dicte una ley en sentido contrario.⁶ Únicamente se ven, cada vez más raramente además, sentencias que declaran aplicar, a su pesar, una regla, cuando ésta no crea en el caso una injusticia grave y cuando se reconoce desde hace mucho tiempo que su modificación por vía judicial daría lugar a una injusticia mayor.

Un cuarto indicio, es la diversidad de argumentos que apoyan las decisiones modernas. El juez no considera sólo los precedentes de su Estado; observa los precedentes o las leyes de otros Estados y los de Inglaterra,⁷ y las opiniones de los autores.⁸ Actualmente, investiga sobre todo las consecuencias prácticas de su decisión; da argumentos de carácter social e incluso netamente políticos.⁹

Esta actitud muestra hasta el más alto grado, que el juez no se contenta ya con declarar el derecho tal cual es; hace demostración de

14 o *What of Stare Decisis?*, p. 6; LLEWELLYN, en *The Status, op. cit.*, p. 346, cit. *infra*, N° 110. Para POUND y CARDOZO, no sólo el precedente aislado carece de gran autoridad, sino que es deseable que así sea (v. *supra*, N° 105 y N° 106, nota 1; v. igualmente POUND, *The Formative Era*, p. 123). Kent mismo (*Comm.*, t. 1, p. 477), demostraba que un cierto número de decisiones dictadas en Norteamérica no tenían ningún valor jurídico y declaraba que era preciso dejarlas de lado sin titubeos, a fin de conservar la belleza del *common law* y su armonía. Sin embargo, la mayor parte de esas decisiones habían sido decisiones aisladas, como lo atestigua Kent.

Todas estas declaraciones judiciales y doctrinales no deben, sin embargo, inducirnos a error. Es en el derecho de los Estados y sobre todo en el *common law*, donde se encierran numerosas decisiones "aberrantes" que deben ser menospreciadas. Pero también acontece que una Suprema Corte establezca una regla nueva, que se sabe ha de ser seguida en lo sucesivo, a menos de que suscite una muy fuerte oposición que lleve al tribunal a examinar de nuevo la cuestión (cf. Louisville, C. and C. R. R. vs. Lotson (1844), 2 How. 497, 555-556, 11 L. ed. 353, y sobre todo I. C. C. vs. Cincinnati, N. O. and T. Pac. Ry. (1897), 167 U. S. 479, 42 L. ed. 243, 17 S. Ct. 896).

Si se considera el derecho federal, las decisiones "aisladas" y destinadas a seguirlo siendo, son raras. Una decisión de la Suprema Corte crea o modifica por sí misma una regla de derecho tanto como una decisión de la Corte de Casación francesa (cf. *infra*, N° 117). Inmediatamente de ser dictadas, ni *Swift vs. Tyson*, ni *Schechter vs. United States*, ni *Erie Railroad Co. vs. Tompkins*, fueron consideradas ni un sólo instante como decisiones "aisladas".

6. Cf. para Inglaterra, DAVID, *Introduction*, p. 145. V. por ejemplo *Amalgamated Anthracite Collieries Ltd. vs. Wilds*, [1948], L. J. R. 1442 (v. sin embargo, una crítica de esta técnica en "L. Q. R." (1948), vol. 64, p. 435).

7. Cf. *infra*, N° 130.

8. Cf. *infra*, N° 157.

9. Cf. *infra*, N° 129.

espíritu crítico a su respecto y siente la necesidad de justificar la regla de derecho que aplica.

Semejante actitud es, en verdad, contraria al espíritu mismo de la doctrina del precedente.¹⁰

Un último indicio, en fin, estriba en la atenuación y casi supresión de la oposición entre la fuerza imperativa que debería tener un precedente y el "gran respeto" que se otorga a las fuentes persuasivas, tales como las decisiones de otro Estado o las decisiones inglesas modernas.¹¹ La confusión es constante entre ambas nociones.¹² Encontramos constantemente, bajo la pluma de los mejores autores o de los mejores magistrados, la indicación de que tal categoría de decisiones es "menos imperativa" (*less authoritative*) que tal otra. Se trata, por ejemplo, de decisiones aisladas¹³ o de decisiones dictadas por un tribunal dividido.¹⁴ Para dar sólo un ejemplo preciso, un tribunal, estudiando la cuestión de saber en qué medida está obligado por determinado precedente, declara que, en el caso, y por el hecho de que se han dictado decisiones parecidas en otros Estados, el precedente "tiene derecho a una consideración mucho mayor, en tanto que precedente imperativo, que si fuese un precedente aislado"; de esta idea, apoyada por otros argumentos, concluye que, en definitiva, no "debe revisar el sólido fundamento de su doctrina, salvo en un punto"; por último, si revisa la doctrina anterior sobre ese punto y, finalmente, rehusa seguirla, ello no es porque una ley nueva o un precedente nuevo lo autoricen, sino porque la solución dada por el precedente le parece deplorable.¹⁵

10. Se puede observar esta actitud incluso cuando la discusión jurídica está concentrada sobre la cuestión, que parecería puramente técnica, de saber si tal o cual precedente debe ser seguido. Por ejemplo, Mr. Justice Roberts, *dissenting*, en *Helvering vs. Hallock* (1940), 309 U. S. 106, 84 L. ed. 604, 60 S. Ct. 444, 125 ALR 1368; sostiene Roberts que determinado precedente debería haber sido seguido, no comparando las circunstancias de dos casos para establecer la identidad del punto de derecho, sino señalando: 1) que el precedente data de 15 años, que ha sido aplicado por los tribunales inferiores en más de 50 casos, y, en consecuencia, que se ha hecho públicamente conocido; 2) que el precedente está bien fundado en el fondo; 3) que el Congreso ha modificado tres veces la ley interpretada por el precedente y que su silencio sobre el punto en litigio indica su aprobación al mismo (cf. *infra*, N° 109).

11. Cf. *infra*, Núms. 112 y 130.

12. Cf. Ray TRAMMELL, *The Unprovided Case in the Arkansas Supreme Court — A Jurisprudential Inquiry*, "Ark. L. R." (1953), vol. 7, pp. 77-96.

13. Cf. *supra*, nota 5.

14. Cf. *Hertz vs. Woodman* (1910), 218 U. S. 205, 54 L. ed. 1001, 30 S. Ct. 621; *Bracewell vs. Southern Ry. Co.* (1910), 134 Ga. 537, 68 SE 98 (cit. *supra*, N° 107, nota 4); *Davis vs. Penn Mutual Life Ins. Co.* (1944), 198 Ga. 550, 32 SE (2d) 180, 160 ALR 778, citando y aprobando sentencia anterior. Cf. *West Virginia State Board of Education vs. Barnette* (1943), cit. *supra*, N° 93, nota 13.

15. *St. Germain vs. Lapp* (1946), cit. *supra*, nota 5.

Para apreciar cada uno de estos indicios en su justo valor, es necesario, en realidad, señalar —y esta indicación aumenta la significación de algunos indicios, mientras disminuye la de otros— que el número de los precedentes dictados en distintas situaciones permite casi siempre, a cada uno de los adversarios, invocar una o varias series de precedentes —a veces contradictorios en el fondo y en la forma— y que la tarea del juez puede consistir frecuentemente en escoger los más apropiados.

El estudio de los autores confirma el debilitamiento de la autoridad del precedente. La imposibilidad de definir la regla del *stare decisis*, por ejemplo,¹⁶ es una señal, al mismo tiempo que una causa, de su debilitamiento. El práctico —casi asombrado de que pueda hoy día interesar la regla *stare decisis*— declara francamente que ella es respetada cuando el juez estima que el precedente es bueno, pero se abandona, ya sea francamente, ya mediante una distinción injustificada, desde el momento en que el juez piensa que el precedente no serviría, en el caso, a la justicia. Es decir, que el precedente, como tal, no tiene ya ninguna autoridad especial y no se beneficia casi de otra cosa que de su comodidad para el juez.

Sin tomar una actitud tan radical, un autor distinguido indica a los abogados: “La atmósfera es esencial en un litigio. Es necesario que tengáis la justicia de vuestra parte (*you must be right*), para ganar el asunto. El tribunal debe ver y sentir que con vosotros está la justicia.” Y aconseja así a los magistrados: “Vuestra decisión debe ser justa si el derecho lo permite. Una decisión debe ser satisfactoria; pero no podéis desconocer los precedentes y, antes de establecer una regla, debéis reflexionar para lo que servirá en los casos futuros.”¹⁷

Tales frases, en verdad, no niegan completamente la autoridad del precedente, pero es evidente que no le dan más que un lugar relativamente secundario. Orientan al *common law* hacia el porvenir más que hacia el pasado.

Por el contrario, esta misma orientación hacia el porvenir, es la prueba de que el precedente conserva cierta autoridad. Aun cuando desconozca los precedentes y, en caso necesario, critique su autoridad, el juez se siente creador de un precedente. Por extremas que hayan sido las opiniones emitidas sobre la autoridad del precedente, ningún

16. Cf. la conferencia de Cincinnati evocada *supra*, N° 107, texto y notas 11 y 12.

17. LLEWELLYN, en *The Status...*, *op. cit.*, p. 210. V. también, p. 350: si los precedentes contienen principios directores, “cuando la necesidad de justicia es suficientemente clara, el tribunal encuentra una distinción que le permite evitar casi completamente todo precedente o toda línea de precedentes”.

LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES

juez reivindica el derecho de resolver en cada caso de acuerdo con la equidad.¹⁸

109.—Es posible, en realidad, aportar a la expresión de la autoridad habitual del precedente algo más de precisión, a condición de proceder a un cierto número de distinciones.

La distinción fundamental es, probablemente, la que opone la actitud de las cortes supremas a la de los tribunales inferiores. En efecto, parece que éstos no se permiten normalmente ninguna apreciación personal de la regla de derecho,¹ sino que se inclinan, prácticamente siempre, ante la autoridad de la Suprema Corte.² El problema del respeto debido al precedente no se plantea en la práctica más que para ésta.

Por otra parte, para ceñirnos ahora al examen de las cortes o tribunales supremos, se impone una distinción derivada del espíritu de la jurisdicción. Algunos tribunales son tradicionalmente conservadores, como, por ejemplo, los de la Nueva Inglaterra. Otros son tradicionalmente progresistas, como la Corte del Estado de Nueva York, o las de los Estados del centro. Otras mantienen una actitud menos clara o menos constante.

En tercer lugar, debe distinguirse entre las decisiones que se invocan como precedente. Ya hemos visto que las decisiones aisladas o, como dicen algunas sentencias,³ las decisiones “que se mantienen en un estado de aislamiento poco envidiable”, tienen una autoridad menor.⁴ Lo mismo acontece con las decisiones dictadas por tribunales divididos, de las que se ha sostenido, a veces, que estarían desprovistas de autoridad. Nada justifica esta opinión,^{4 bis} pero lo cierto es que su autoridad es menor,⁵ sobre todo cuando el tribunal se divide casi en partes iguales.⁶

18. Compárese, no obstante, *supra*, N° 107, nota 3, principio del primero y segundo párrafo.

109.—

1. Cf. *supra*, N° 101.

2. Cf. las sentencias citadas *supra*, N° 93, nota 13, y N° 101, nota 1 *bis*.

3. *Ohio Life Ins. and Trust Co. vs. Debolt* (1853), 16 How. 416, 14 L. ed. 997.

4. Cf. *supra*, N° 108, texto y nota 5.

4 *bis*. Cf. *Williams vs. Eggleston* (1898), 170 U. S. 304, 42 L. ed. 1047, 18 S. Ct. 617.

5. Cf. GRAY, p. 243, texto y nota 2; R. VON MOSCHZISKE, *op. cit.*, pp. 8-9.

6. V. en particular, para las sentencias de la Suprema Corte igualmente dividida: *United States vs. Pink* (1942), 315 U. S. 203, 86 L. ed. 796, 62 S. Ct. 552; *Williams vs. New York, P. and N. R. R.* (4th Cir. 1926), 11 F. (2d) 363, 45 ALR 437. Cf. *Decisions by Equally Divided Courts as Precedents*, “L. Q. R.” (1954), vol. 70, pp. 318-322.

Finalmente y en forma principal, es un principio muy generalmente admitido —y desde hace mucho tiempo⁷—, que la fuerza de la regla *stare decisis* varía de acuerdo con la importancia más o menos grande que tiene la estabilidad del derecho en los diferentes campos.

Aquellos en los que se reconoce generalmente que la regla *stare decisis* debe ser absoluta o muy particularmente respetada, son los de la propiedad,⁸ los contratos,⁹ o los del comercio en general,¹⁰ los *trusts*¹¹ y el derecho penal.¹² Tampoco se explicaría que el juez pudiese cambiar las condiciones de validez del matrimonio;¹³ pero incluso en este campo, el respeto a la regla *stare decisis* es una cuestión de puro derecho interno para cada Estado, y en nada perjudicaría a la Constitución un cambio de jurisprudencia.¹⁴

Asimismo, si las sentencias que interpretan una ley pueden, bastante fácilmente, ser desconocidas al día siguiente de ser dictadas,¹⁵ porque la verdadera interpretación de la ley debe triunfar sobre una interpretación errónea,¹⁶ por el contrario, después de cierto tiempo, adquieren una fuerza especial, tanto porque el público en general ha podido basarse en ellas, como porque la inacción del legislador a su respecto puede ser cómodamente interpretada como una ratificación tácita.¹⁷

7. V. principalmente, *The Propeller Genesee Chief vs. Fitzhugh* (1851), 12 How. 443, 13 L. ed. 1058.

8. *Tamblin vs. Crowley et al.* (1917), 99 Wash. 133, 168 P. 982; *Laclede Land and Improvement Co. vs. Schneider et al.* (1915), 265 Mo. 210, 177 SW 388; *Gauthreaux vs. Theriot* (1908), 121, La. 871, 48 So. 892; *Levy vs. Nitsche* (1888), 40 La. 500, 4 So. 472; *The Propeller Genesee Chief vs. Fitzhugh* (1851), cit. *supra*, nota 7 (*obiter dictum*).

9. *Wilmington Housing Authority vs. Fidelity and Deposit Co.* (Del. 1946), 47 A (2d) 524, 170 ALR 1288 (una de las partes señala que modificar el derecho que rige los efectos de un contrato, es como extender un contrato nuevo; la Corte procede, sin embargo, a esta modificación, que estima absolutamente necesaria, haciendo notar que las partes deben conocer las críticas dirigidas a la regla que ella rechaza y prever su abandono).

10. Cf. no obstante, *Mitchell vs. Standard Repair Co.* (1923), 275 Pa. 328, 119 A. 410.

11. *Boston Safe Deposit and Trust Co. vs. Collier* (1916) 222 Mass. 390, 111 NE 163.

12. *People vs. Thompkins* (1906), 168 N. Y. 413, 79 NE 326. Cf. R. von MOSCHZISKER, *op. cit.*, pp. 13-14.

13. *Re Estate of Hulett* (1896), 66 Minn. 327, 69 NW 31, 34 LRA 384, 61 Am. St. Rep. 419.

14. Cf. *infra*, N° 134.

15. Cf. Justice Reed, *dissent* en la sentencia *Erie Railroad*, cit. *supra*, N° 6, nota 13; Mr. Justice Frankfurter, *separate opinion* en *Foley Bros., Inc. vs. Filar-do* (1949), 336 U. S. 281.

16. Cf. *infra*, texto y nota 23.

17. V. principalmente, *Toolson vs. New York Yankees, Inc.* (1953), 346 U. S. 356, cit. *supra*, N° 55, nota 1; *Youngstown Sheet and Tube Co. vs. Sawyer* (1952), 343 U. S. 579, 610-611, y André TUNC, *Les pouvoirs du Président des*

A la inversa, la autoridad del precedente será menor en materia de competencia¹⁸ o, más generalmente, de procedimiento,¹⁹ de derecho del trabajo,²⁰ así como en las materias en que los principios ju-

Etats-Unis et l'arrêt de la Cour Suprême relatif à la saisie des aciéries, "Rev. int. dr. comp." 1952, pp. 735-751, pp. 749-750; Ex parte Quirin (1942), 317 U. S. 1, 87 L. ed. 3, 63 S. Ct. 2; United States vs. Ryan (1931), 284 U. S. 167, 76 L. ed. 224, 52 S. Ct. 65; McCaughn vs. Hershey Chocolate Co. (1931), 283 U. S. 488, 75 L. ed. 1183, 51 S. Ct. 10; Hampton, Jr., and Co. vs. United States (1928), 276 U. S. 394, 72 L. ed. 624, 48 S. Ct. 348; United States vs. Midwest Oil Co. (1915), 236 U. S. 459, 59 L. ed. 673, 35 S. Ct. 309; Christy vs. Pridgeon (1866), 4 Wall. 166, 18 L. ed. 322; Carroll vs. Carroll (1853), 16 How. 275, 14 L. ed. 936; — Mr. Justice Roberts, *dissent* en Higgins vs. Smith (1940), 308 U. S. 473, 84 L. ed. 406, 60 S. Ct. 355, y en Helvering vs. Hallock (1940), 309 U. S. 106, 84 L. ed. 604, 60 S. Ct. 444, 125 ALR 1368; Mr. Justice Frankfurter, *dissent* en Foley Bros, Inc. vs. Filardo (1949), cit. *supra*, nota 15; Industrial Loan and Thrift Corporation vs. Swanson (1947), 223 Minn. 346, 26 NW (2d) 625, 171 ALR 244; St. Germain vs. Lapp. (R. I. 1946), 42 A (2d) 181, 166 ALR 450; Re Burt (1945), 353 Pa. 217, 44 A (2d) 670, 162 ALR 1053; Bracewell vs. Southern Ry. Co. (1910), 134 Ga. 537, 68 SE 98; Hollywood Lumber Co. vs. Love (1909), 153 Cal. 270, 100 Pac. 698; Levy vs. Nitsche (1888), cit. *supra*, nota 8.

El respeto del precedente no se impone, sin embargo, de una manera absoluta, ni siquiera en ese caso. En la sentencia *Erie Railroad* (*supra*, N° 55), la Corte cambió una interpretación que ella había dado cerca de un siglo antes. En *Helvering vs. Hallock* (1940), antes citado, y *Girouard vs. United States* (1946), 328 U. S. 61, 90 L. ed. 1084, 66 S. Ct. 826, cambia las interpretaciones hechas antes del voto de una segunda ley sobre la cuestión, o las interpretaciones contra las cuales se había presentado, aunque había sido rechazado, un proyecto de ley ante el Congreso (v. inversamente *West Texas Utilities Co. vs. N. L. R. B.* (D. C. Cir. 1950), 184 F. (2d) 233; y ello pese al principio según el cual el legislador, al emplear una palabra o un texto que haya sido objeto de interpretación judicial, se considera que adopta ésta (cf. *infra*, N° 153). V. igualmente *Higgins vs. Smith* (1940), antes citado; *Commissioner of Internal Revenue vs. Estate of Church* (1949), 335 U. S. 632, 93 L. ed. 288, 69 S. Ct. 322; *Brady vs. Roosevelt Steamship Co.* (1943), 317 U. S. 575, 87 L. ed. 471, 63 S. Ct. 425; *Nye vs. United States* (1941), 313 U. S. 33, 85 L. ed. 1172, 61 S. Ct. 810.

V. sobre el problema Paul A. FREUND, *On Understanding the Supreme Court* (1950), pp. 37-40.

A la regla expuesta en el texto debe aproximarse la que exige que sea respetada la *practical* o *administrative construction* de la ley (cf. *infra*, N° 155, nota 21), o, más sencillamente, la tradición (cf. principalmente *Youngstown Sheet and Tube Co. vs. Sawyer*, antes citado, o *Mississippi vs. Johnson* (1867), 4 Wall. 475, 18 L. ed. 437). A ella se opone, en materia constitucional, la idea corriente, discutida *infra*, texto y nota 23, según la cual los precedentes no tendrían en la materia más que una autoridad muy débil.

18. *The Propeller Genesee Chief vs. Fitzhugh* (1851), cit. *supra*, nota 7.

19. *Rosen vs. United States* (1918), 245 U. S. 467, 62 L. ed. 406, 38 S. Ct. 148. Cf. R. VON MOSCHZISKER, *op. cit.*, pp. 15-16.

20. Cf. *People vs. Charles Schweinler Press* (1915), 214 N. Y. 395, 108 NE 639.

rídicos están bien establecidos.²¹ También aquí, una regla nueva podrá ser desconocida más fácilmente que una regla antigua, puesto que los derechos no han tenido tiempo de edificar sus bases.²²

Se dice frecuentemente, asimismo, que las decisiones dictadas en materia constitucional, ya se trate de la interpretación, en el sentido estricto de la palabra, de una Constitución, o de la apreciación de la constitucionalidad de una ley, carecen, por decirlo así, de la fuerza de precedente.²³

21. *Western Casualty and Surety Company vs. Meyer* (1946), 301 Ky. 487, 192 SW (2d) 388, 164 ALR 769. El tribunal da pues a los principios, aunque se deriven de un conjunto de precedentes, un valor intrínseco, que le permite no tener ya en cuenta los precedentes individualmente considerados.

22. *Helvering vs. Hallock* (1940), cit. *supra*, nota 17; Mr. Justice Frankfurter, *dissent cit. supra*, nota 15; Justice Brandeis, *dissent* en *Washington vs. Dawson and Co.* (1924), 264 U. S. 219, 68 L. ed. 646, 44 S. Ct. 302.

23. Cf. WARREN, t. 2, p. 748: "De cualquier manera en que la Corte interprete la Constitución, es la Constitución la que todavía continúa siendo el derecho, no las decisiones de la Corte... Es de la mayor importancia que el poder judicial sea siempre accesible a la comprobación de un error en cuanto al sentido original de la Constitución y se halle presto a corregir sus propios errores"; DOUGLAS, *op. cit. supra*, N° 106, nota 1, pp. 153-154; Justice Rutledge, *separate opinion* en *National Mutual Ins. Co. vs. Tidewater Transfer Co. Inc.* (1949), 337 U. S. 582, 93 L. ed. 1556, 69 S. Ct. 1173: "Desde luego, un precedente no debe eliminarse a la ligera, ni siquiera en la mayor movilidad de decisión que es preciso reconocer en la instancia constitucional..."; Mr. Justice Black, *dissent* en *Connecticut General Life Ins. Co. vs. Johnson* (1938), 303 U. S. 77, 82 L. ed. 673, 58 S. Ct. 436; *Smith vs. Allwright* (1944), 321 U. S. 649, 88 L. ed. 987, 46 S. Ct. 757, 151 ALR 1110, per Justice Reed: "No olvidamos que es deseable poseer una continuidad de decisiones en materia constitucional. Sin embargo, esta Corte, cuando está convencida de que se ha cometido un error, no se ha sentido nunca obligada a seguir el precedente. En las cuestiones constitucionales, en las que la corrección de los errores supone una enmienda y no una simple acción legislativa, esta Corte, a todo lo largo de su historia, ha ejercido libremente su poder de reexaminar la justificación de sus decisiones constitucionales... Esto es particularmente cierto, cuando la decisión reconocida errónea consiste en la aplicación de un principio constitucional más que en la interpretación de la Constitución para extraer un principio"; Justice Brandeis, *dissent* en *Burnet vs. Coronado Oil and Gas Co.* (1932), 285 U. S. 393, 76 L. ed. 815, 52 S. Ct. 443; *Washington University vs. Rouse* (1869), 8 Wall, 439, 19 L. ed. 498, per Justice Miller: "Con todo el respeto para la autoridad de los precedentes que, por educación y costumbre, poseen los jueces formados en el sistema jurídico del *common law*, pensamos que existen cuestiones referentes a los poderes de los órganos legislativos que no pueden ser encerradas nunca por las decisiones de un tribunal"; Chief Justice Taney, *separate opinion* in the *Passenger Cases* (1849), 7 How. 283, 470, 12 L. ed. 702, 781: "Yo considero la cuestión como resuelta, en la medida en que una cuestión de interpretación de la Constitución puede ser estimada tal. Sin embargo, no me opongo a su revisión y soy partidario de que se considere como norma de esta Corte que una opinión expresada sobre una cuestión de interpretación de la Constitución permanezca sometida siempre a discusión cuando se crea que puede ser errónea".

LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES

Dos son las razones que se dan a esta pretendida regla: de una parte, la Constitución es la ley suprema, de la Nación o del Estado, según las circunstancias, y el esfuerzo de los magistrados debe tender siempre a hacer triunfar su verdadera significación, sobre todo cuando una corrección de su error por el legislador (en sentido amplio), resulta casi imposible; de otra, en cuanto concierne a la Constitución federal, destinada a regir a la Nación durante muchos años, porque ella ha sido redactada, deliberadamente, como un documento flexible, y debe permanecer susceptible de adaptación.²⁴

Tal afirmación, en realidad, parece un tanto excesiva. Es cierto que la Suprema Corte, a lo largo de su historia, ha titubeado frecuentemente sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales o sobre la constitucionalidad de ciertas leyes; pero no ha dudado menos sobre el alcance de ciertas leyes, las leyes *anti-trust* por ejemplo, o las que han definido las facultades de las comisiones administrativas o las posibilidades de acción de los sindicatos. La verdad es que la Corte se inspira en todos los dominios, y mejor aún, se halla inspirada, por doctrinas políticas, económicas, filosóficas, y que los cambios de sus miembros, han tenido su repercusión en las decisiones dictadas.^{24 bis} De aquí procede que ella se desdiga más fácilmente o, en todo caso,

V. igualmente: *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* (1937), 300 U. S. 379, 81 L. ed. 703, 57 S. Ct. 578, 108 ALR 1330; Justices Stone y Cardozo, *separate opinion* en *St. Joseph Stock Yards Co. vs. United States* (1936), 299 U. S. 38, 80 L. ed. 1033, 56 S. Ct. 720; FRANK, pp. 309-315; WILLOUGHBY, t. 1, § 44, pp. 74-75; Charlotte C. BERNHARDT, *Supreme Court Reversals on Constitutional Issues*, "Corn. L. Quart." (1948), vol. 34, pp. 55-70, 66-70; CARDOZO, *The Nature...*, p. 17; R. VON MOSCHZISKER *op. cit.* pp. 16-17; MURRAY SEASON-GOOD, en *Status*, pp. 235-243; Daniel H. CHAMBERLAIN, *The Doctrine of Stare Decisis as Applied to Decisions of Constitutional Questions*, "Harv. L. R." (1883), vol. 3, pp. 125-131.

V. en sentido contrario, Mr. Justice Frankfurter, *dissent* en *United States vs. Rabinowitz* (1950), *cit. supra*, N° 105, nota 1; Mr. Justice Roberts, *dissent* en *Smith vs. Allwright* (1944), antes citado (y observación de BERNHARDT, *op. cit.*, p. 67, nota 42), y Stanley REED, *Stare Decisis and Constitutional Law*, "Pa. Bar. Ass. Q." (1938), vol. 35, pp. 131-150. Desde luego, la idea expresada en el texto se opone frecuentemente al principio, según el cual deben respetarse las interpretaciones de fecha muy antigua. El tribunal puede así escoger el principio que desee hacer prevalecer.

Sobre la protección otorgada a los litigantes contra la inestabilidad del derecho en este campo, v. *infra*, Núms. 133 y ss.

24. Cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 39, texto y nota 13.

24 bis. Agreguemos que la Corte no es la única responsable de la menor autoridad de sus sentencias, pues ¿qué cabe decir de los Presidentes que han declarado no estar ligados por ellas? (cf. *supra*, N° 107, nota 3).

Además, la Corte estatuye esencialmente en materia de derecho legislado, en donde no se concibe, al parecer, tanto desde el punto de vista práctico, como filosóficamente, que el precedente pueda tener una autoridad absoluta.

que en ciertas épocas se desdiga con más frecuencia que la mayor parte de los tribunales de los Estados.²⁵

Nunca, sin embargo, los precedentes han carecido de valor. Incluso cuando los cambiaba sin gran escrúpulo, la Corte tenía conciencia de que cambiaba la regla de derecho, no de que resolvía a falta de norma. En las épocas de mayor inestabilidad, por otra parte, el número de esos cambios era muy inferior al de casos en los que la Corte respetaba los precedentes y, desde 1937, la actitud filosófica y política de la Corte ha evolucionado sólo muy moderadamente,²⁶ con lo cual ha disminuído el número de cambios jurisprudenciales.²⁷

De todas maneras, si bien es exacto que una cuestión constitucional no debe ser considerada jamás como definitivamente resuelta, nunca ha habido y no puede existir más que un matiz —suponiendo que realmente exista— entre debilitamiento o fortalecimiento, en ciertas épocas, de la regla *stare decisis* en materia constitucional, y su debilitamiento o fortalecimiento en cualquier otro dominio del derecho sobre el cual la Suprema Corte ejerza su control.²⁸

Tales son las distinciones necesarias. La regla *stare decisis*, por el contrario, posee la misma fuerza en *common law* y en *equity*.²⁹

Estas mismas distinciones, aunque se enuncien corrientemente, deben ser utilizadas con prudencia. Diríamos, de buena gana, que ninguna apariencia de derecho adquirido se opone a un cambio de jurisprudencia en materia de responsabilidad cuasidelictual. Sin embargo,

25. Cf. muy positivos en este sentido: Mr. Justice Roberts, *dissent* en *Mahnich vs. Southern Steamship Co.* (1944), 321 U. S. 96, 88 L. ed. 561, 64 S. Ct. 455; BENNETT, en *The Status*, pp. 232-235. Compárese, Mr. Justice JACKSON, *Decline of Stare Decisis in Due to Volume of Opinions*, "J. Am. Jud. Soc." (1944), vol. 28, pp. 6-8, que se limita a comprobar que la Suprema Corte "da los ejemplos más dramáticos y los mejor conocidos" de cambios de jurisprudencia. V. sin embargo, BERNHARDT, *op. cit. supra*, nota 23.

La comparación es verdaderamente difícil, por el hecho de que los cambios de la Suprema Corte interesan a un gran número de personas y, a veces, impresionan vivamente a la opinión pública.

26. *Le syst. const.*, t. 1, N° 122, nota 15.

27. Durante el período de 1949-1950, por ejemplo, dos precedentes han sido expresamente derribados, otros dos lo han sido de hecho y otro, ha sido objeto de una distinción. Sus fechas son: uno, de 1924, otro, de 1936, los otros dos de 1948 y el último de 1949 (cf. HARRIS, "Am. Pol. Sc. Rev." (1951), vol. 45, p. 109). Sobre la necesidad de tener en cuenta los cambios no confesados, v. *Kunz vs. New York* (1951), 340 U. S. 290, 308.

28. No pudiendo estudiar aquí los diversos aspectos de la regla *stare decisis* en el *Administrative law*, reenviamos a las obras sobre esta materia citada en *Le syst. const.*, t. 2, N° 329 y ss., y a un artículo referente a un punto especial, pero muy importante: Kenneth Culp DAVIS, *Administrative Findings, Reasons and Stare Decisis*, "Cal. L. R." (1950), vol. 38, pp. 218 y ss.

29. *Western Casualty and Surety Co. vs. Meyer* (1946), *cit. supra*, nota 21; v. no obstante *St. Germain vs. Lapp*. (1946), *cit. supra*, nota 17, y CHAMBERLAIN, *op. cit. supra*, N° 103, nota 122.

si bien el automovilista no posee un derecho adquirido a ver determinar, con sujeción a reglas específicas, la indemnización que debe dar a la víctima de su imprudencia, es importante que sean precisadas las reglas de la circulación, y las compañías de seguros tienen un interés considerable en que no sean modificados los principios que rigen la determinación del daño. Es pues imposible decir, de una manera general, que los precedentes pueden tener menos autoridad en materia de responsabilidad cuasidelictual que en materia de contratos. Es al juez a quien corresponde apreciar, en cada caso, si es de interés general hacer prevalecer una regla más justa que la precedentemente admitida, o conservar una regla imperfecta, pero sobre la que se han edificado situaciones jurídicas.³⁰

110.—El debilitamiento de la autoridad del precedente, que en materia de *common law* no es más que el debilitamiento del derecho mismo, parece haber llegado al punto de producir desorientación entre los prácticos y los teóricos. No creemos pues inútil dar cuenta, así sea brevemente, de una reciente conferencia sobre *The Status of the Rule of Judicial Precedent*,¹ con objeto de medir mejor el debilitamiento del *stare decisis* y observar los problemas planteados por este debilitamiento y las soluciones sugeridas.

Es sorprendente que la primera cuestión planteada en esa conferencia haya sido la siguiente: “¿En qué consiste la doctrina del precedente judicial y en qué medida es aplicada por las jurisdicciones de los Estados, los tribunales federales y los tribunales administrativos?” Es más notable todavía, que el eminente relator, el profesor Llewellyn, confiese su incapacidad para responder a la cuestión y concluya recomendando que los magistrados no se limiten a motivar sus sen-

30. Aunque ningún autor se rebaje a considerar este punto de vista, debería hacer notar que, en las materias en las que se estima que las partes no tienen ningún derecho adquirido a la estabilidad jurídica, el litigante que a causa de un cambio de jurisprudencia haya perdido el asunto, deberá pagar sin compensación los gastos judiciales, normalmente importantes, aun cuando anteriormente tuviese el derecho a su favor.

Es interesante considerar desde este punto de vista. *Johnson vs. Cadillac Motor Co.* (2nd Cir. 1919), 261 F. 878: la víctima de un accidente de automóvil entabla, ante la justicia federal, una acción contra el constructor del vehículo; gana en primera instancia y pierde en apelación; remitido el caso a la jurisdicción de primera instancia, ésta se conforma con la decisión de apelación y rechaza la demanda, pero el tribunal de apelación, sometiéndose a la nueva regla establecida por una jurisdicción estatal, invalida nuevamente esta segunda sentencia.

110.—

1. La *Cincinnati Conference*, celebrada el 17 de febrero de 1940 y cuyas actas se publicaron en la “Cinc. L. Rev.” (1940), vol. 14, pp. 203-355 (cf. *supra*, N° 107, texto y notas 11 y 12).

tencias con la ayuda de precedentes, sino que expliquen por qué siguen tal precedente, de la misma manera en que actualmente explican, con mucha frecuencia, por qué no lo siguen.² Ahora bien, semejante práctica, excelente en sí, cambiaría demasiado profundamente la fisonomía del derecho norteamericano — y todavía más la del derecho inglés, si fuera adoptada en Inglaterra,³ y parece incuestionable que minaría directamente la autoridad del precedente como tal.⁴

La segunda cuestión discutida fue la de saber si la regla *stare decisis* debería ser liberalizada. El relator concluyó que el problema no es el de reforzar o liberalizar, sino el de aplicar inteligentemente y a sabiendas.⁵

El tercer problema era el de la doctrina del precedente en el *common law* de la Constitución, nombre dado por un autor⁶ al conjunto de principios que se han desarrollado en torno a la Constitución. Uno de los ponentes concluyó que la doctrina, en la actualidad, carece de aplicación en materia constitucional.⁷ El otro, sin querer sentar una conclusión definitiva, declara “que quisiera ver penetrar un poco de la noción del precedente de los países de codificación en la doctrina norteamericana del precedente, sobre todo en el *common law* constitucional”.⁸

El cuarto problema era el del peso relativo de las decisiones propiamente dichas y de los *dicta*.⁹ El ponente concluyó que la distinción es artificial y que lo que tiene autoridad en el conjunto de la decisión son los principios enunciados por el tribunal y considerados por él necesarios para la misma, cuando en el momento de ella disponía de

2. Pp. 208-217, principalmente pp. 216-217. V. también pp. 351-352.

3. V. no obstante, p. 220: “El timbre de orgullo del *common law* a través de los siglos ha sido su facultad de adaptación a las necesidades. El único momento en que dejó de adaptarse es cuando ha olvidado que ningún precedente es bueno si carece de una razón; que ningún precedente va más allá de su razón, y que la razón guía.”

4. La recomendación puede entenderse, en verdad, de dos formas. Explicar por qué se sigue un precedente, no es atentar contra su autoridad, si se limita a mostrar que su *ratio decidendi* es válida en el caso. Por el contrario, es negar esta autoridad si se juzga su *ratio decidendi*, es decir, si se trata de demostrar que ella es buena y justa y que, aplicada al caso, produciría un resultado satisfactorio. Ahora bien, es difícil pedir al juez que adopte la primera actitud sin llevarle a adoptar al mismo tiempo la segunda. Además, parece claro que el ponente recomienda seguir tanto la segunda actitud como la primera, cuando escribe: “No hay razón para seguir los términos de un precedente a menos de que sea bueno y sabio el seguirlo, o que no haya razón para dejar de establecer una distinción” (p. 216. V. además, pp. 346-347).

5. Walter E. TREANOR, pp. 220-229.

6. Joseph C. HUTCHESON, *The Common Law of the Constitution*, “Tex. L. Rev.” (1937), vol. 15, pp. 317 y ss.

7. Murray SEASONGOOD, pp. 235-243. Pero v. *supra*, N° 109.

8. HUTCHESON, pp. 243-251, 249.

9. Cf. *supra*, Núms. 97 y 99.

un conocimiento suficiente de los hechos para pronunciar un juicio válido y cuando la cuestión presentaba en el caso una importancia práctica suficiente para que los abogados la hubieren estudiado lo mejor posible.¹⁰

A propósito de la quinta cuestión, que reclamaba una opinión sobre la doctrina de la sentencia *Erie Railroad*,¹¹ el ponente se convirtió en abogado de la facultad de evolución del *common law* y de su "gloriosa incertidumbre",¹² en vez de exponer un juicio favorable sobre la propia doctrina que debía estudiar.

Otro relator, estudiando a continuación diversos problemas, concluyó que la importancia "persuasiva" de las decisiones de otros Estados, no tiende de manera alguna a disminuir; que es preferible que un tribunal afirme claramente que desconoce y cambia un precedente, antes que tratar de "tirar la piedra y esconder la mano" mediante el silencio o por una sutil distinción; que las *dissenting opinions*¹³ están justificadas y son deseables cuando un juez tiene el convencimiento neto de que se está cometiendo un error grave, pero no cuando únicamente ve los hechos de forma un poco diferente o cuando hubiese preferido otra elección entre las diversas teorías posibles.¹⁴

La séptima cuestión, relativa a la intuición del juez y a la manera de limitarla, si bien no permitía llegar a una conclusión definida, destacaba al menos el aspecto "no lógico" de la decisión judicial.¹⁵

La octava, consistente en saber si el abandono de la doctrina del precedente o un cambio profundo en esta doctrina —eventualidades, ambas, posibles— habrían de tener una repercusión sobre el estatuto de la magistratura, proporcionó, sobre todo, al ponente, la ocasión de pedir que los jueces se consagrasen menos a seguir los precedentes y más a dictar resoluciones justas.¹⁶

Finalmente, el último relator se pronunció claramente por el establecimiento en los Estados de "comisiones permanentes de revisión del derecho", cuya misión sería, entre otras, la de seguir las decisiones dictadas por la Corte Suprema del Estado y presentar a la Legislatu-

10. Herbert E. RITCHIE, pp. 252-258.

11. Cf. *supra*, N° 55.

12. HUTCHESON, pp. 259-276, 262.

13. Cf. *supra*, N° 93.

14. Carl V. WEYGANDT, pp. 283-286. Cf. Roscoe POUND, p. 286, refiriendo el deseo de un juez de redactar una opinión disidente, a condición de que siguiera siendo disidente y no se convirtiese en opinión del tribunal.

15. Julius FREIBERG, pp. 289-297. La expresión: "la intuición del juez", ha sido tomada de un artículo de Joseph C. HUTCHESON, *The Judgement Intuitive: The Function of the "Hunch" in judicial Decisions*, "Corn. L. Quart." (1929), vol. 14, pp. 247-288, y *Le jugement intuitif, la fonction du "hunch" dans la décision judiciaire*, en *Rec. études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, 1934, t. 2, pp. 531-551.

16. Joseph O'MEARA, pp. 301-304.

ra los proyectos de ley que considerase oportunos con objeto de eliminar o modificar el efecto de precedente indeseables.¹⁷ Este comité, sugerido desde hace mucho tiempo por Cardozo y el Decano Roscoe Pound, fue reclamado también por el ilustre decano al final de la conferencia, como uno de los medios de obtener un derecho cada vez mejor adaptado a las condiciones de la vida moderna.¹⁸

En fin, en sus impresiones sobre la conferencia,¹⁹ el profesor Llewellyn concluyó con la nota de escepticismo que ya hemos mencionado²⁰ y deduciendo, sin embargo, un panorama general, afirmó que, desde 1920, los tribunales tienden a no aceptar ya los precedentes como tales o, en todo caso, a no “bloquear la decisión en una interpretación pasada particular”,²¹ sino a buscar lo que sería razonable y de buena legislación para el futuro.²² /

111.—La débil autoridad del precedente en el *common law* americano es, ciertamente, uno de sus trazos más característicos en relación con el *common law* inglés. Sus causas son múltiples y es preciso evocar por lo menos las más importantes de ellas.¹

En primer lugar, hay que repetir que la autoridad del precedente no estaba todavía completamente establecida en Inglaterra en el siglo XVII y que si bien parece estar afirmada, precisamente, hacia 1775,² no poseía, en 1776, la fuerza que iba a adquirir después. La regla *stare decisis* estaba en curso de desarrollo y fue antes de su madurez cuando se adoptó, con el *common law*, sobre el suelo de Norteamérica.

Por otra parte, el *common law*, en su conjunto, es, en los Estados Unidos, un derecho transportado de un continente a otro. Sobre su nuevo solar, ese derecho encontró condiciones geográficas y más todavía sociales, profundamente diferentes a aquellas a las que respondía, y fue necesario que se adaptase a las mismas.³ Pero como se adaptó

17. John W. MACDONALD, pp. 308-317. Cf. *infra*, N° 175.

18. Pp. 324-342, principalmente p. 338.

19. Pp. 343-355.

20. *Supra*, N° 107, texto correspondiente a la nota 12.

21. La palabra “particular”, subrayada por Llewellyn, es interesante, si se piensa que la diferencia entre la fuerza del precedente en los países de *common law* y en los de codificación, se caracteriza tradicionalmente por el hecho de que un precedente único posee, en los países de *common law*, una fuerza que se declara, a menudo un poco artificialmente, no corresponder, en los países de codificación, a la de una sentencia única. Cf. *supra*, N° 108, e *infra*, N° 117.

22. P. 346.

111.—

1. Cf. también *infra*, N° 116.

2. W. S. HOLDSWORTH, *Precedents in the XVIII Century*, “Law Q. Rev.” (1935), vol. 51, pp. 441-442.

3. Cf. *supra*, Núms. 70 y ss.

por sí mismo, es decir, a través de las decisiones sucesivas de los jueces, casi sin acción legislativa, acentuó la facultad de adaptación que poseía anteriormente en grado mucho menor y la conservó después. Las sentencias han alabado sin cesar la flexibilidad del *common law*⁴ y, por ello, lo han mantenido flexible.

En tercer lugar, un derecho fundado sobre el precedente es, por naturaleza, un derecho altamente técnico. Es un derecho que no parece poder funcionar realmente bien más que si un pequeño número de magistrados y de prácticos lo viven en común, como ocurre en Londres.⁵ Ahora bien, ese derecho se encontró aplicado en unos territorios independientes, por personas que, por su propia autoridad o por consentimiento popular, se convertían en jueces o *lawyers*, con un espíritu general opuesto a toda técnica.⁶ Sin duda, el reclutamiento de los magistrados y de los prácticos se transformó después de la época colonial;⁷ pero subsistió la circunstancia de que los jueces son frecuentemente elegidos o nombrados entre personalidades políticas. ¿Es concebible, así, que un juez elegido o un juez que en la Suprema Corte tiene conciencia de que representa tal o cual tendencia ideológica, justifique sus decisiones sólo en razones técnicas? ¿Es concebible que se halle dispuesto a declarar, como un juez inglés,⁸ que la decisión que va a dictar es profundamente injusta y chocante, pero que no siendo más que juez se encuentra en el deber de aplicar, sin modificarlo, el derecho anterior? Que tal actitud le esté normalmente prohibida no es, por otra parte, un mal; pero implica cierta libertad respecto del precedente.⁹

De todas maneras, la hostilidad del espíritu público frente a un derecho técnico, importante en la época colonial, no ha desaparecido jamás completamente. El hombre de negocios está dispuesto, sin duda, a no comprender el derecho y a confiarse a sus juristas;¹⁰ pero el jurista quiere entender fácilmente y quiere simplificar. El espíritu norteamericano repugna las ficciones y las distinciones demasiado sutiles;¹¹ su sentido de la vida, de la realidad, de lo práctico, de lo útil,

4. Cf. *infra*, N° 122. Cf. también, *supra*, N° 106.

5. Cf. DAVID, *Introduction*, pp. 216 y ss. y 295 y ss.; Lord Wright, *The Common Law*, pp. 68-69. Cf. igualmente GOODHART, cit. *infra*, N° 116.

6. Cf. *supra*, N° 70.

7. Sobre el reclutamiento actual, v. *supra*, Núms. 12 y ss. 25 y ss. *Le syst. const.*, t. 294 y ss.

8. Cf. *supra*, N° 108, nota 6.

9. Algunos prácticos norteamericanos declaran francamente que las sentencias puramente técnicas son sospechosas. Una sentencia, a su modo de ver, sólo es puramente técnica cuando su autor no ha podido descubrir ningún argumento de justicia en apoyo de la solución que da. Podría entonces presumirse que los argumentos de justicia existen en favor de la decisión contraria.

10. Cf. *supra*, N° 4.

11. Cf. *infra*, N° 125.

requiere un instrumento simple y eficaz. Además, lejos de asustarse de los cambios, está a la espera de la novedad. Subrayando la relatividad del derecho y su cualidad de técnica destinada a resolver, en caso necesario por métodos nuevos, los problemas sociales, siempre cambiantes, los autores norteamericanos de fines del siglo XIX y los posteriores, si bien respondían a su época, respondían también a un sentimiento profundamente americano y debían, recíprocamente, recibir la respuesta entusiasta de una amplia audiencia.

112.—Un quinto elemento, cuya importancia es realmente considerable, consiste en el hecho de que el derecho de cada Estado sea comparado constantemente con el derecho de los otros Estados.¹

Este hecho, en sí mismo, procede de elementos muy numerosos que, por otra parte, ejercen una acción en pro de la unificación del *common law* en los Estados Unidos:² el derecho enseñado en las facultades es normalmente el derecho de los Estados Unidos en su conjunto, no el derecho de un Estado;³ la mayor parte de las colecciones de sentencias y de *digests*, y la mayoría de las obras doctrinales o enciclopedias, son regionales o nacionales;⁴ el *Restatement of the Law*, cuya autoridad e influencia es considerable, trata de expresar el derecho común de los Estados Unidos;⁵ la importancia del comercio y de los desplazamientos entre Estados multiplican los conflictos de leyes; un abogado que ha practicado en un Estado, principalmente como auxiliar de una firma de Nueva York, Chicago o San Francisco, practica a continuación en otro Estado; un juez federal llamado a resolver sobre los litigios que enfrentan a litigantes de Estados diferentes, aplica, en la misma audiencia, el derecho de diversos Estados; un abogado, en un proceso dudoso porque —caso frecuente— la propia regla de derecho es incierta, encuentra un argumento en el hecho de que la regla jurídica cuya existencia alega haya sido expresamente reconocida en otros Estados, etc.

Por consiguiente, el efecto de las comparaciones constantes no es dudoso: desarrollan el espíritu crítico, que es contrario al espíritu de la regla *stare decisis*. De manera más particular, abren la puerta a la

112.—

1. Cf. RAY TRAMMELL, *The Unprovided Case in the Arkansas Supreme Court — A Jurisprudential Inquiry*, "Ark. L. R." (1953), vol. 7, pp. 77-86.

2. Cf. *infra*, N° 176.

3. Cf. *infra*, N° 158.

4. Cf. *infra*, Núms. 177 y ss. y 238 y ss. Compárense SALMOND y PROSSER: uno considera las sentencias como declarativas del derecho; el otro se limita a citar las sentencias como prueba de lo que él declara ser el derecho, porque ha tenido que sintetizar cuarenta y ocho derechos de los Estados.

5. Cf. *infra*, N° 172.

autoridad de la doctrina, lo que disminuye su propia autoridad^{5 bis} y, de otro lado, engendran un cierto escepticismo sobre los fundamentos de las particularidades locales, escepticismo que “desgasta” esas particularidades⁶ a expensas de la estabilidad de la norma jurídica.

Este efecto de usura es tanto más fuerte cuanto que todos los Estados, salvo Luisiana, han adoptado el mismo *common law* inglés y que la comparación, si bien revela particularidades, revela también la unidad fundamental que se conserva. ¿Qué puede haber más desalentador para un tribunal que el constatar, como ocurre con frecuencia, que determinada doctrina, enunciada por él en cierta ocasión, no ha sido nunca seguida más que por cuatro o cinco Estados, y que todos esos Estados, excepto el suyo, la han rechazado después, sea por vía legislativa, sea por decisiones de sus tribunales?⁷

Además, la utilización por los abogados de enciclopedias que les proporcionan el derecho de los cuarenta y ocho Estados, lleva a los tribunales, frecuentemente, a adoptar una visión estadística de los precedentes; lo que constituye, también, una actitud contraria a la que exigiría el respeto absoluto del precedente.

Un tribunal, por ejemplo, comprueba que un abogado ha demostrado que tal regla de derecho es rechazada por veintiocho Estados, aceptada en ciertos casos por diez y plenamente aceptada por sólo seis y que los cuatro restantes, aunque los precedentes sean contradictorios, se inclinan más bien hacia una solución de rechazo. Indudablemente, los tribunales deben distinguir entre los precedentes de su Estado, únicos que tienen fuerza imperativa, y los precedentes de otros

5 bis. Cf. *infra*, N° 157, texto y nota 14 bis y 14 ter.

6. Cf. Arthur L. GOODHART, *Case Law in England and America*, pp. 189-191, o *Essays*, pp. 69-71.

Reproducimos aquí un anuncio revelador: “Una cuestión muy importante: ¿Qué debe hacer un abogado cuando las decisiones de su Estado están unánimemente contra él hasta el punto de no permitirle ninguna esperanza? Debe consultar el *Corpus Juris Secundum*... para averiguar si las decisiones de su Estado son semejantes a la mayor parte de las decisiones de otros Estados. En caso contrario, puede tratar de convencer al tribunal de que los precedentes locales establecidos deben ser cambiados.” Ver, por ejemplo, *Smith vs. Buchanan* (1942), 291 Ky. 44, 163 S. W. (2d) 5.

La acción unificadora de esta actitud de comparación se estudiará especialmente *infra*, N° 120; su fuerza será considerada también *infra*, N° 130.

7. Cf. *Wilmington Housing Authority vs. Fidelity and Deposit Co.* (Del. 1946), 47 A (2d) 524, 170 ALR 1288; *Western Casualty and Surety Company vs. Meyer* (1946) 301 Ky. 487, 192 SW (2d) 388, 164 ALR 769; *Bricker vs. Grenn* (1946), 313 Mich. 218, 21 NW (2d) 105, 163 ALR (2d) 697. Cf. igualmente, *Linkins vs. Protestant Episcopal Cathedral* (D. C. Cir. 1950), 87 App. D. C. 351, 187 F. (2d) 357, 28 ALR (2d) 521, parcialmente fundadas sobre “la tendencia actual”; *Industrial Loan and Thrift Corporation vs. Swason* (Minn. 1947), 26 NW (2d) 625, 171 ALR 244; *Patterson, J., dissent in Re Burt* (1945), 353 Pa. 217, 44 A (2d) 670, 162 ALR 1053; *Saint-Germain vs. Lapp.* (1946), cit. *supra*, N° 108, nota 5; y las decisiones cit. *infra*, N° 130, nota 1.

Estados, que tienen sólo fuerza “persuasiva”; en consecuencia, deben analizar los primeros con atención para disponer de los otros con un criterio estadístico. Psicológicamente, no obstante, tal dualidad de conducta es evidentemente imposible de mantener de una manera absoluta.

113.—Por lo demás el número mismo de los precedentes publicados en cada Estado es un factor que perjudica a la regla *stare decisis*.¹

En 1902, se había calculado que una persona que leyera las decisiones publicadas a razón de cien páginas por día, tendría necesidad, para leer las publicadas en un año, de ocho años de lectura. De esta constatación resulta que después de los ocho años de lectura, esta persona tendría un retraso de trabajo de cincuenta y seis años, del cual sus descendientes no podrían salir más que en trescientos ochenta años. Y es que, en efecto, trescientos cincuenta volúmenes de colecciones jurisprudenciales aparecen cada año, contra cinco o seis en Inglaterra —si prescindimos, como acabamos de hacer con los Estados Unidos, de las recopilaciones especializadas— y pocos más en Francia. La fecundidad de nuestro *case law*, ha escrito Cardozo, dejaría desconcertado a Malthus.²

113.—

1. Cf. Lord WRIGHT, *The Common Law*, pp. 81-82; Jethro BROWN, *Administration of Justice in England, 1906 v. 1923*, “Yale L. J.” (1924), vol. 33, pp. 838-840, 839; Arthur L. GOODHART, *The New York Court of Appeals, o Essays...*, pp. 268-280, 270. V. también GOODHART, *Case Law in England and America*, pp. 186-187, o *Essays*, pp. 65-67; Robert H. JACKSON, *Decline of Stare Decisis is Due to Volume of Opinions*, “J. Am. Jud. Soc.” (1944), vol. 28, pp. 6-8; CARDOZO, *The Growth of the Law* (1924), p. 5; Harlan F. STONE, *Some Aspects of the Problems of Law Simplification*, “Col. L. Rev.” (1923), vol. 23, pp. 319-337.

Consúltense también las lamentaciones de KENT (*Comm.*, t. 1, pp. 473-474), quien ante 364 volúmenes de precedentes, estimaba que semejante masa de decisiones hacía difícil el funcionamiento del *common law* y consideraba ya los remedios al efecto. No hay que dudar de las posibilidades de adaptación del hombre... ni de la del *common law*.

2. *The Growth of the Law* (1924), p. 4.

He aquí algunas otras cifras. Se estimaba, en 1917, que el *Century Digest* y sus suplementos (cf. *infra*, N° 203), daban cuenta de 1.113,000 casos, alrededor de 4 millones de reglas jurídicas y se aumentaban a razón de 24,000 decisiones por año (Henry J. DARBY, *A criticism of Our Law School*, “Ill. L. R.” (1917), vol. 12, pp. 342-353). Se estimaba también, en 1923, que si el ritmo de aumento de los precedentes se mantenía, las bibliotecas, que en esa época contenían 18,500 volúmenes de colecciones de jurisprudencia, necesitarían al cabo de un siglo 1.850,000 (STONE, *op. cit.* y *loc. cit.*) Sólo en el año 1942, el *National Reporter System* (cf. *infra*, Núms. 200 y ss.), había publicado 74 volúmenes, o sea, 76,362 páginas de decisiones judiciales Arthur T. VANDERBILT, *Foreword to 1 Annual Survey of American Law*, (1942). En 1949, se estimaba en cerca de un millón el número de las decisiones íntegramente publicadas (Arthur T.

La influencia de esta fecundidad sobre la regla *stare decisis* es evidentemente desfavorable. En primer lugar, porque los tribunales sienten la tentación de disponer de los precedentes, incluso de los de su propio Estado, de una manera estadística, lo que no se conforma bien con la norma del precedente como tal,³ y las sentencias que estudian individualmente los precedentes tienden, como hemos dicho, a hacerse raras.

Por otra parte, en razón de su número, los precedentes son, a menudo, contradictorios.⁴ En la misma Francia, donde el derecho en-

VANDERBILT, *Men and Measures in the Law*, 1949). En octubre de 1954, el *National Reporter System* solo, sin su *Digest* ni suplementos, formaba 3,868 volúmenes; aumentando actualmente en cerca de 100 unidades por año.

Es interesante, igualmente, comparar las cifras propuestas por George H. JAFFIN, en *Prologue to Nomostatistics*, "Col. L. Rev." (1935), vol. 35, pp. 1-32, 7. Mientras que el Reino Unido, con 40 millones de súbditos y 30,000 *lawyers*, ha visto dictar cada año un millón y medio de decisiones y publicar 500 de ellas, los Estados Unidos, para 125 millones de habitantes, ha dispuesto de 170,000 *lawyers*, ha visto pronunciar 15 millones de decisiones y publicar 30,000 de ellas. Es decir, que para tres veces más habitantes, los *lawyers* aparecen multiplicados por 6, las sentencias por 10 y las decisiones publicadas por 60. Estas cifras no tienen en cuenta el pequeño número de abogados o magistrados ingleses que contribuyen activamente a la evolución del *common law* (2,000 abogados casi y 80 jueces, si no se cuenta más que el personal de la *High Court of Justice*, de la *Court of Appeal* y de la Cámara de los Lores).

Según GOODHART (*Case Law...*, *op. cit.*, pp. 179 o 57), para terminar, en 1927 han sido publicadas una vez y media más decisiones por el Estado de Nueva York que por toda Inglaterra.

3. Cf. *supra*, N° 108.

4. Cf. JACKSON, *op. y loc. cit.* Max RADIN, *The Trail of the Calf*, "Corn. L. Q." (1946), vol. 32, pp. 137-159, 148 estima que sobre cada cuestión se encuentran casi siempre precedentes en dos sentidos; v. igualmente en este sentido DOUGLAS, *op. cit. supra*, N° 106, nota 1, p. 153; FRANK, pp. 316-325; John P. DAWSON, *Unjust Enrichment* (1951), p. 25; Edwin W. PATTERSON, *Jurisprudence. Men and Ideas of the Law* (1953), pp. 305-306 and footnote 23; cf. FRIEDMANN, (2nd ed. 1949), p. 337, así como *infra*, N° 137, texto y nota 7. Inversamente, sin embargo, CARDOZO estima que "en innumerables casos, el derecho (resultante de los precedentes) es tan claro que el juez no tiene ningún poder de apreciación" (*The Nature...*, p. 129; v. igualmente en este sentido GOODHART, p. 269).

Hay parte de verdad en ambas opiniones. La de Cardozo está quizás más cerca de los hechos, porque parece completamente normal que la resolución de un asunto se revele claramente sometida a una serie de precedentes y que si existe otra serie de precedentes contrarios, ésta aparece bastante claramente como inaplicable dadas las circunstancias del caso. V. sin embargo, los comentarios menos optimistas de FRANK, pp. 56-58. Examínese, en fin, Julius STONE, *The Province and Function of Law* (1946), pp. 166-191, y MAINE, *Ancient Law* (1890), pp. 31-33: "Hay normalmente una multitud de precedentes con los cuales se puede jugar; y con la acumulación de decisiones, no resulta muy difícil para un jurista encontrar justificación en apoyo de la mayor parte de las proposiciones. La dificultad estriba en apreciar el efecto que debe tener una ligera variación de matiz en los hechos y predecir la velocidad del movimiento en una corriente de derecho cambiante. Las predicciones y profecías de los juristas son, en verdad,

cuentra un doble factor de unidad en su carácter esencialmente legislativo y en una organización judicial convergente hacia la Corte de Casación, es posible descubrir, sobre el valor de las cláusulas de exención de responsabilidad, dos corrientes contradictorias que parecen ignorarse mutuamente. Una situación semejante es mucho más frecuente en los Estados Unidos. Las contradicciones, totales o parciales, de fondo o de forma, son casi constantes y puesto que existen, toda nueva decisión tiene que desconocer, necesariamente, algunos precedentes.

Además, el volumen de los precedentes entraña un estudio superficial de su contenido, que multiplica las contradicciones, ciertas o aparentes, y crea también un medio desfavorable para la aplicación de la regla *stare decisis*. Cada abogado encuentra a menudo tal número de precedentes que le parecen favorables a su tesis, en los *digest* y enciclopedias, que no puede consultarlos todos ni, en todo caso, discutirlos individualmente. El juez se encuentra pues, con demasiada frecuencia, en presencia quizá de dos memoriales repletos con más de cincuenta precedentes cada uno y en los cuales figuran, además, algunos precedentes con interpretaciones idénticas o contrarias.⁵ En tales condiciones le es casi imposible, si no conoce bien la cuestión discutida, proceder con el cuidado necesario a la comprobación que se requeriría para encontrar, suponiendo que exista, la idea directriz que explicaría los precedentes aparentemente contradictorios, o para averiguar cuál era la regla primitiva, cuáles han sido las causas de su abandono y cómo debe conciliarse el conflicto entre la estabilidad del derecho y su justicia. Normalmente, el juez resuelve en el sentido que le parece ser el derecho actual — y añade a la línea de los precedentes una decisión que, quizá, encaja mal. La confusión es tal, en ocasiones, que ya no se sabe qué precedentes son todavía válidos o sobre qué puntos de vista continúan siendo válidos, con tanta mayor razón, cuanto que las distinciones pueden producir incluso el efecto de un cambio de jurisprudencia.⁶

el resultado de la apreciación de una multitud de imponderables. Las decisiones de ayer o del último siglo son sólo puntos de partida”.

5. El tribunal observa, en la sentencia *Johnson vs. Cadillac Motor Co.* (2nd. Cir. 1919), 261 F. 878, que el *writ of error* pasa de 500 páginas. En el famoso *Steel Seizure case* (1952), 343 U. S. 579, el gobierno había citado cerca de 140 precedentes y las compañías 130. El abogado inglés, a la inversa, desarrolla oralmente sus pretensiones y no puede, pues, discutir más que uno o dos precedentes.

6. Cf. *supra*, N° 99 y N° 107, nota 7; también, DOUGLAS, *op. cit. supra*, N° 106, nota 1, pp. 167-172.

V. como ejemplo de incertidumbre sobre el alcance que puede conservar un precedente, las discusiones sobre el *Standard Oil case* en *United States vs. I. C. C.* (1947), 337 U. S. 427, 435-436, 438-439, 444-446, 467-469, 70. V. igualmente, en *National Mutual Ins. Co. vs. Tidewater Transfer Co.* (1949), 337

El juez no puede, pues, aunque lo deseara, “seguir los precedentes”; y esta incertidumbre contribuye también a hacerle buscar los argumentos en la equidad.

114.—Entre las causas importantes de debilitamiento de la regla *stare decisis*, hay que señalar también el número de *dissents* y de *concurring opinions*,¹ que disminuye evidentemente la autoridad de la decisión; así como la concepción que se tenga de las *dissenting opinions*.

Se comprendería, en efecto, que un *dissent* criticase la decisión que acaba de ser dictada, únicamente con objeto de impedir que el principio sobre el que se funda no se extienda a casos nuevos y algo diferentes, o incluso para desalentar en el futuro distinciones que redujesen el alcance del precedente; pero sin el propósito de atentar realmente a la regla *stare decisis*. Sin embargo, no es esta la idea que se tiene del *dissent*. El magistrado que lo emite se compromete implícitamente a cambiar el precedente que critica, cuando haya convencido a sus colegas o, más corrientemente, el día en que una nueva elección o designación haya cambiado la mayoría del tribunal. Cuando se toma una decisión por un tribunal dividido casi en partes iguales, se sabe, en consecuencia, que su fuerza como precedente se reducirá casi a cero por la muerte de un miembro de la mayoría.

115.—Muchas otras razones contribuyen realmente a debilitar en los Estados Unidos la autoridad del precedente. Sin que pretendamos establecer una lista exhaustiva, hay que señalar todavía dos razones que, entre otras,¹ han sido particularmente bien observadas por el profesor Goodhart.²

En primer término, es cierto que un sistema jurídico estrictamente fundado sobre el precedente es necesariamente demasiado estable para convenir a una nación que experimenta los brutales cambios económicos y sociales que han sido habituales en los Estados Unidos³ — aunque sea dudoso, en verdad, que vayan a reproducirse. El *common*

U. S. 582, 93 L. ed. 1556, 69 S. Ct. 1031, las discusiones sobre el alcance que conserva el *Hepburn case*. Muchos otros ejemplos, y es útil decirlo, podrían ofrecerse: v. en particular DOUGLAS, *op. cit.*, 167-172.

114.—

1. Cf. *supra*, N° 93.

115.—

1. Cf. *infra*, N° 116.

2. *Case Law in England and America*, o *Essays*, pp. 50-74. Sobre este artículo, v. también *infra*, N° 116.

3. Cf. GOODHART, *op. cit.*, pp. 188-189, ó 68-69.

law inglés ha demostrado sus posibilidades de evolución lenta y prudente. Son las revoluciones las que han exigido, en ciertos dominios al menos, las crisis norteamericanas y los remedios que han sido aportados.⁴

En cuanto al segundo factor de debilitamiento de la regla *stare decisis*, estriba en la multiplicidad de cambios de la Suprema Corte sobre materias constitucionales o políticas.⁵ Era fatal que esos cambios, con frecuencia espectaculares, habituasen a todos los tribunales norteamericanos a no tener hacia los precedentes más que un mediano respeto.⁶