

CAPITULO I
EL COMMON LAW

SECCION III
LA FUERZA DEL PRECEDENTE

90. Panorama general 233

§ 1. *La sentencia*

91. Su forma escrita o verbal 236
92. Su motivación 236
93. Las *concurring* y *dissenting opinions* 239
94. El *syllabus* 246

SECCION III

LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES

90. Panorama general.

§ 1. LA SENTENCIA

- 91. Su forma escrita o verbal.
- 92. Su motivación.
- 93. Las *concurring* y *dissenting opinions*.
- 94. El *syllabus*.

§ 2. LAS DIVERSAS TEORÍAS SOBRE LA AUTORIDAD DEL PRECEDENTE

- 95. Teoría clásica, tomada de Kent.
- 96. Condiciones de la autoridad del precedente: una decisión sobre un punto de derecho.
- 97. Una decisión sobre un punto suscitado por el litigio.
- 98. Una decisión maduramente reflexionada (autoridad de las decisiones dadas por las jurisdicciones inferiores).
- 99. Alcance de la autoridad del precedente.
- 100. Fuerza del precedente.
- 101. Los problemas no resueltos por Kent: valor del precedente respecto de las jurisdicciones superiores o inferiores, y de otras jurisdicciones del mismo grado del Estado.
- 102. Valor del precedente respecto de las jurisdicciones de otros Estados.
- 103. Teorías modernas: la doctrina evolutiva.
- 104. La doctrina radical.
- 105. La reacción.
- 106. La actitud actual y la continuidad de las diversas teorías.

§ 3. LA AUTORIDAD DE HECHO DEL PRECEDENTE

- 107. La actitud habitual de los tribunales; dificultad para definirla.

LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES

108. La actitud general revelada por: la concepción que se tiene del *dissent*; 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".
109. Algunas distinciones.
110. Problemas planteados por el debilitamiento de la autoridad del precedente.
111. Causas de la débil autoridad del precedente en el *common law* americano: estado de la regla del *stare decisis* en 1776; adaptación del *common law* 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.
112. Comparación constante a la que está sometido el derecho de cada Estado.
113. Número de los precedentes.
114. Abuso de las *dissenting opinions* y de las *separate opinions*.
115. Inestabilidad de las condiciones de vida americana e influencia del derecho constitucional.

§ 4. COMPARACIÓN DE LOS DERECHOS INGLÉS, NORTEAMERICANO Y FRANCÉS EN CUANTO A LA AUTORIDAD DEL PRECEDENTE

116. La fuerza del precedente en los Estados Unidos y en Inglaterra.
117. La fuerza del precedente en los Estados Unidos y en Francia.
118. Comparación del *common law* de los Estados Unidos, del *common law* inglés y del derecho francés, desde el punto de vista de su forma de evolución.

90.—La sola exposición de la historia del *comon law* y las simples consideraciones a través de las cuales nos hemos esforzado por precisar su naturaleza, conducen a preguntarnos, antes que nada, cuál es la autoridad de los precedentes judiciales. Puesto que el *common law* no se encuentra más que en los precedentes, ¿se imponen éstos al juez como la ley al juez francés? Parece que la regla del *stare decisis* (o *stare decisis et quíeta non movere* —sujetarse a lo ya decidido y no modificar lo que existe) exige una respuesta afirmativa. Pero si se concibe bastante bien el funcionamiento de la regla en Inglaterra, es decir, en un país conservador —aunque muy susceptible de adaptaciones rápidas—

con jurisdicciones fuertemente jerarquizadas y centralizadas,¹ es necesario preguntarse en qué medida la regla en cuestión es respetada en un país que tiene el gusto de la novedad, que es aún relativamente nuevo y que constituye una Federación de cuarenta y ocho Estados, profundamente unidos, es cierto, pero entre los que existen diferencias importantes de población, tradiciones e intereses.

No es preciso subrayar la importancia de la cuestión. Ella pone en causa el carácter imperativo de la fuente esencial del derecho, así como la estabilidad del derecho mismo; porque es evidente que sólo la autoridad del precedente puede dar al *common law* la estabilidad que los derechos continentales extraen de su carácter legislativo.

Sin embargo, es imposible dar a esta cuestión una respuesta sencilla. Las sentencias ofrecen, incluso en la época moderna, una gama de respuestas que van desde la afirmación según la cual el juez debe seguir el precedente sin plantearse la cuestión de si está bien fundado o en qué proporción lo considera erróneo, anticuado o injusto, hasta la afirmación contraria, según la cual un precedente sólo vale en proporción al peso de su razón; para lo cual el juez tiene el deber de hacer prevalecer su concepto personal de la justicia.

Los autores proporcionan, desde luego, soluciones menos terminantes, pero eso mismo les impide sentar un principio sencillo.

La cuestión es tan fundamental que es preciso contestarla, y contestarla ampliamente, antes de poder presentar una teoría general del *common law*.

Obsérvese, sin embargo, que no es exclusiva del estudio del *common law*, pues la cuestión de saber cuál es la autoridad de una decisión dada en una materia legislativa, se plantea tanto en los Estados Unidos como en Francia. No obstante, la cuestión de la autoridad de una decisión dictada sobre una materia legislativa, es considerada en los Estados Unidos sólo dentro del cuadro de la cuestión general de la autoridad de los precedentes, y es esta manera de ver las cosas la que nosotros adoptaremos.²

Parece necesario, para dar más claridad a una cuestión bastante delicada, estudiar, primeramente, a título preliminar, la sentencia en sí misma (§ 1), después, las diversas teorías emitidas acerca de la autoridad del precedente (§ 2) y la autoridad de hecho de que goza (§ 3), y ello permitirá proceder, sobre este punto, a una comparación de los derechos inglés, norteamericano y francés (§ 4).

90.—

1. Cf. DAVID, *Introduction*, pp. 143 y ss.; Lord WRIGHT, *The Common Law*, pp. 68-69, 78 y ss.

2. Sobre la autoridad de los precedentes en materia de derecho legislado, v. en consecuencia, *infra*, N° 109.

LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES

Por el contrario, parece inútil estudiar en este lugar la autoridad de *res judicata* de la decisión, autoridad que, por otra parte, no es muy diferente de la que disfruta en Francia.³

3. V. sobre la cuestión: *Developments in the Law. Res Judicata*, "Harv. L. R." (1952), vol. 65, pp. 818-887. *Adde*: United States vs. International Building Co. (1953), 345 U. S. 502; Lawlor vs. National Screen Serv. Corp. (1955), 349 U. S., 322. — Sería preciso estudiar todavía la autoridad de una sentencia no definitiva, respecto de los tribunales que pueden ser llamados a resolver posteriormente sobre el mismo asunto. La sentencia, si proporciona "the law of the case", posee una autoridad muy fuerte, pero no la autoridad absoluta de cosa juzgada que posee una sentencia definitiva. V. sobre la cuestión James Wm. Moore and Robert Stephen OGLEBAY, *The Supreme Court. Stare Decisis and the Law of the Case*, "Tex. L. R." (1943), vol. 21, pp. 514-553.

§ 1. LA SENTENCIA

91. La redacción de la sentencia por escrito, o por lo menos su transcripción escrita, parecen la condición indispensable de su autoridad. De hecho, un número bastante grande de decisiones escapan, sin embargo, a toda constatación escrita.

La Suprema Corte federal y los tribunales federales de apelación, ven, ciertamente, recoger y publicar todas sus decisiones. Las de los tribunales de primera instancia, por el contrario, no se publican sino cuando el juez que las ha dictado las envía a un editor y si bien la práctica de los jueces a este respecto puede variar poco, la mayor parte de ellos no hacen publicar más que una mínima parte de sus decisiones. De la misma manera, entre las jurisdicciones de Estado, los tribunales de apelación y las cortes supremas son las únicas cuyas decisiones se publican normalmente,¹ publicación que, por otra parte, es necesaria para la trascendencia de la decisión más allá de la jurisdicción que la dictó. Las jurisdicciones de primera instancia, de derecho común —tribunales de condado y de distrito²—, si bien deben conservar noticia de sus procedimientos y de sus decisiones, sólo raramente ven publicar éstas. En cuanto a las jurisdicciones que actúan por debajo de ellas e incluso a su mismo nivel, pero en materias especiales,³ no se ven obligadas, por lo general, a conservar por escrito la prueba de las decisiones dictadas.

92.—Parece, igualmente, que sólo una decisión motivada puede tener una cierta autoridad. ¿Cómo apreciar su alcance si no se halla motivada y se ignoran, en consecuencia, las circunstancias de hecho en las cuales se ha dictado y los principios jurídicos sobre los que se apoya? Sin embargo, no todas las decisiones son motivadas.

En la Suprema Corte Federal, el número de decisiones motivadas varía actualmente entre 90 y 110 por año, mientras que el número total de decisiones que pronuncia es, normalmente, de alrededor de 1,200 ó 1,300.¹ Pero la confrontación de estas cifras es engañosa. La mayor

91.—

1. Cf. *supra*, N° 32.

2. Cf. *supra*, Núms. 29, 30 y 31.

3. Cf. *infra*, N° 185.

92.—

1. V. cifras exactas en las estadísticas de la *Harvard Law Review*: "Harv. L. R." (1951), vol. 65, pp. 179-183; "Harv. L. R." (1952), vol. 66, pp. 177-181;

parte de las decisiones de la Suprema Corte son de orden procesal y consisten, por ejemplo, en negarse a resolver sobre el fondo en los casos en que la Corte no está obligada a ello y donde no le parece oportuno hacerlo.² El número de sentencias dictadas después de un examen a fondo del expediente, no pasa de 120 ó 130 en el procedimiento ordinario y de 60 a 80 en el sumario. De esta manera, la mayor parte de las sentencias de fondo resultan motivadas y, de hecho, todas las sentencias que suscitan alguna dificultad lo son.^{2 bis} Las demás decisiones son dictadas siempre *per curiam*, es decir, en nombre de la Corte, sin que ningún magistrado aparezca como responsable de su redacción. La Corte se limita en estos casos a enunciar su decisión,³ justificándola algunas veces con una frase o un precedente.⁴ Algunos magistrados agregan, no obstante, su opinión, sea favorable, o no, a la decisión.⁵ Todas las decisiones *per curiam* no están, a la inversa, desprovistas de motivos: algunas son apoyadas por varias páginas de argumentos, sin perjuicio de seguir siendo más sumarias que las decisiones ordinarias.⁶

Las decisiones de los tribunales federales son casi siempre motivadas, y no escapan a esta regla más que cuando son de naturaleza puramente procesal. Las decisiones *per curiam*, muy brevemente motivadas, son también posibles, cuando sobre un caso no quepa duda alguna, al

“Harv. L. R.” (1953), vol 67, pp. 169-176; “Harv. L. R.” (1954), vol. 68, pp. 187-193; “Harv. L. R.” (1955), vol 69, pp. 200-209.

2. Cf. *supra*, N° 18. V. por ejemplo las decisiones recogidas en 345 U. S. 988-989 (1953) y relativas a las *motion for leave to file a bill of complaint, application for a stay of the interlocutory injunction, petition for clarification of the opinion, petition for writ of certiorari*, y, *application for stay of execution*. V. igualmente, 345 U. S. 990 y ss. y 992 y ss., las decisiones adoptadas respecto a las demandas de *certiorari*.

2 bis. V. sin embargo, sobre el abuso de las decisiones no motivadas, el *dissent* de Mr. Justice Douglas en *Linehan vs. Waterfront Commission* (1954), 347 U. S. 349.

3. V. por ejemplo, las decisiones relacionadas en 345 U. S. 979 (1953): “*The judgment is affirmed by an equally divided Court*”. “*The judgment is reversed and case is remanded to the District Court with directions to dismiss the proceedings*.” “*Judgment reversed*.”

4. V. por ejemplo, *United States vs. Berman* (1953), 345 U. S. 979: “*Judgment reversed. United States vs. Grainger, 346 U. S. decided that day.*”

5. V. por ejemplo *Gelling vs. Texas* (1952), 343 U. S. 960: dos magistrados formulan *concurring opinions*; v. por el contrario, el *dissent* de Mr. Justice Minton en *Keenan vs. Burke*, *Jankowski vs. Burke*, *Foulke vs. Burke* (1951), 342 U. S. 881, o el del Justice Douglas en *New York vs. United States* (1951), 342 U. S. 882; v. igualmente, *Alabama vs. Texas* (1954), 347 U. S. 272, en donde la decisión *per curiam*, las *concurring* y las *dissenting opinions* ocupan más de diez páginas.

6. V. por ejemplo *United States vs. Fortier* (1951), 342 U. S. 160, ó *Ex Parte Cogdell* (1951), 342 U. S. 163; *Toolson vs. New York Yankees, Inc.* (1953), 346 U. S. 356; *Alabama vs. Texas* (1954), 347 U. S. 272.

existir, por ejemplo, una decisión reciente de la Suprema Corte, dictada en un caso prácticamente idéntico.

La situación es la misma en lo que concierne a las decisiones de los tribunales de apelación y en las de las cortes supremas de los Estados. Las decisiones de primera instancia, por el contrario, no son siempre motivadas y la práctica de los diversos Estados varía mucho a este respecto.

Cuando una sentencia es motivada contiene, como una sentencia francesa, motivos y parte dispositiva.⁷ Pero si bien la parte dispositiva es frecuentemente más breve aún que en Francia ("de acuerdo con la demanda", "sentencia confirmada"), los motivos no están redactados bajo la forma de considerandos y son normalmente mucho más largos que en Francia. Son verdaderas disertaciones, fundadas esencialmente sobre los precedentes o los textos legislativos,⁸ pero también sobre todos los elementos que el juez moderno toma en consideración,⁹ y cubren frecuentemente, hoy todavía, decenas de páginas.¹⁰ Van acompañadas de notas; unas, que reenvían a sentencias, textos legislativos o textos doctrinales; y otras, que desarrollan la discusión sobre un punto particular o precisando el alcance de las afirmaciones enunciadas en el texto.¹¹ A menudo, la propia Corte, o un juez, incorporan a su sentencia un apéndice, un documento o un estudio que les parece justificar su tesis.¹²

7. La terminología en la materia es bastante imprecisa. La palabra *decision* designa, sea la parte dispositiva solamente, sea ésta y los motivos, sea, incluso, el conjunto de las *opinions* pronunciadas en el asunto (cf. *infra*, N° 93). La palabra *opinion* no designa nunca más que la sentencia de un magistrado, pero no siempre designa toda ella: en lo que se refiere a la *opinion* del tribunal (cf. *infra*, N° 93), puede tratarse de los motivos, por oposición a la parte dispositiva de la sentencia.

8. Sobre la historia de la cita de precedentes v. CHAFEE, reseña citada *supra*, N° 70, nota 1, pp. 418-420.

9. Cf. *infra*, Núms. 127 y ss.

10. Cf. *Dennis vs. United States* (1951), 341 U. S. 494-592; *Youngstown Sheet and Tube Co. et al. vs. Sawyer* (1952), 343 U. S. 579-710; *Brown vs. Allen* (1953), 443-560. Las ciento diez sentencias motivadas, dictadas durante el año judicial 1952-53 por la Suprema Corte de los Estados Unidos ocupan 1,573 páginas; las noventa del año 1951-52, 1,412 páginas.

11. V. por ejemplo, diversas notas de las opiniones emitidas en *United States vs. Five Gambling Devices* (1953), 346 U. S. 441.

12. Cf. 341 U. S. 591-592, donde Mr. Justice Douglas cita, clasificándolos, todos los precedentes relativos a una cuestión determinada; y 343 U. S. 615-528, donde Mr. Justice Frankfurter clasifica igualmente las leyes que autorizan los embargos por el Gobierno y los efectuados por él; cf. también 346 U. S. 45-47, donde se reproduce una parte de la sentencia de primera instancia. El apéndice recoge, a veces, sólo una pieza del expediente: v. por ejemplo, 347 U. S. 562.

93.—Además, cuando una decisión es motivada y dictada por un tribunal compuesto de varios magistrados, es frecuente que éstos se dividan y es normal, entonces, que ellos expresen su punto de vista.¹

La decisión *per curiam*, en efecto, la que es pura y simplemente dictada por el tribunal sin que ningún magistrado aparezca como responsable de su redacción, y que en caso de ser motivada lo es sólo brevemente,² no se utiliza más que en cuestiones de carácter procesal, o en casos muy sencillos cuya solución no reviste gran interés como precedente, o, aún, excepcionalmente, cuando un tribunal trata de no extenderse sobre una cuestión de naturaleza política.³

Es también relativamente raro, sobre todo en la Suprema Corte, compuesta de nueve magistrados, que se logre la unanimidad sobre la decisión y sobre sus motivos y que un magistrado sea encargado de presentar una sentencia (*opinion of the court*) a la cual todos los demás presten su asentimiento con su silencio.⁴ Con la mayor frecuencia, en particular en la Suprema Corte, el mismo asunto da lugar a dos o tres especies de sentencias: de una parte, la sentencia del tribunal (*opinion of the court*), dictada en nombre de la mayoría por un magistrado, que los demás pueden aprobar enteramente; de otra, las sentencias (*concurring opinions*) de los que aprueban la decisión, pero no siempre sus fundamentos o, en todo caso, desean expresar ciertas ideas personales;⁵

93.—

1. Respecto a la cuestión considerada desde un punto de vista histórico y ético, v. R. Dean MOORHEAD, *Concurring and Dissenting Opinions*, "Am. Bar. Ass. J." (1952), vol. 38, pp. 821-824, 884. Desde el punto de vista histórico, v. también CHAFEE, reseña cit. *supra*, N° 70, nota 1, p. 408, y, desde el punto de vista ético, William O. DOUGLAS, *The Dissent. A Safeguard of Democracy*, "Am. Jud. Soc." (1948), vol. 32, p. 104; Richard B. STEPHENS, *The Function of Concurring and Dissenting Opinions in Courts of Last Resort*, "Un. of Fla. L. R." (1952), vol. 5, pp. 394-410; Jesse W. CARTER, *Dissenting Opinions* "Hastings L. J." (1953), vol. 4, pp. 118-123; Roscoe POUND, *Cacoethes Dissentiendi: the Heated Judicial Dissent*, "Am. Bar. Ass. J." (1953), vol. 39, pp. 794-797.

2. Cf. *supra*, N° 92.

3. V. por ejemplo, *Hirota vs. MacArthur* (1949), 338 U. S. 197, 93 L. ed. 1902, 69 S. Ct. 197 y 1238. — La Suprema Corte se dispensa igualmente de todo motivo cuando confirma una decisión porque sus miembros se dividen también a su respecto. Sobre la práctica de las sentencias *per curiam*, v. Henry S. MANLEY, *Nonpareil Among Judges*, "Corn. L. Q." (1948), vol. 34, pp. 50-54.

4. En la Suprema Corte, la proporción de las sentencias dictadas por unanimidad con relación al total de las sentencias motivadas que pronuncia, se aproxima al 25% (llegó, sin embargo, al 33% en el periodo 1954-1955). Pero esta cifra comprende las decisiones dictadas con *concurring opinions*.

5. Se ve, en efecto, a magistrados que aprueban tanto la decisión del tribunal como sus motivos y que agregan, sin embargo, observaciones personales. Tal es lo que han hecho, por ejemplo, cuatro magistrados en *Youngstown Sheet and Tube Co. et al. vs. Sawyer* (1952), 343 U. S. 579 (confróntese con Mr. Justice Clark, en el mismo asunto, 343 U. S. 660). En *Rosenberg et al. vs. United States* (1953), 346 U. S. 273, la decisión *per curiam* (346 U. S. 288), es

y, en fin, las sentencias (*dissenting opinions* o *dissents*) de los que critican la decisión.⁶

Estas manifestaciones separadas de opinión, pueden hacerse en una línea y sin motivación,⁷ o estar apoyadas en un solo argumento;⁸ pero pueden también ser bastante largas y con frecuencia más largas que la sentencia de la Corte.⁹ Son notables no sólo por su número, sobre todo en la Suprema Corte,¹⁰ sino por la franqueza y, a veces, incluso, la

seguida por dos *concurring opinions* (346 U. S. 289, 293) aprobadas por todos los miembros de la mayoría.

6. El mismo magistrado puede probar la decisión por una parte y criticarla por otra: v. por ejemplo, Mr. Justice Black et Mr. Justice Burton en *Polizzi vs. Cowles Magazines, Inc.* (1953), 345 U. S. 663.

Por otra parte, los *dissents* son a veces opuestos incluso a las simples decisiones procesales. V. por ejemplo, respecto al rechazo de reapertura de los debates, Justice Frankfurter en *Burns vs. Wilson* (1953), 346 U. S. 844; respecto a un rechazo de *certiorari*, Justice Douglas, en *Corona Daily Independent vs. City of Corona* (1953), 346 U. S. 833 (pero v. *supra*, N° 18, nota 17).

Respecto a la forma en que se elaboran las decisiones de la Suprema Corte, v. *supra*, N° 12.

7. Cf. *S. E. C. vs. Ralston Purina Co.* (1953), 346 U. S. 119, 127: "*The Chief Justice and Mr. Justice Burton dissent*".

8. Cf. *United States vs. Grainger* (1953), 346 U. S. 235, 248: "*Mr. Justice Black, Mr. Justice Frankfurter and Mr. Justice Douglas, adopting the reasoning in the opinion of Judge Learned Hand in United States vs. Klinger, 199 F. (2d) 645, would affirm the District Court in dismissing these indictments*".

9. La decisión puede haberse extendido en una centena de páginas (cf. *supra*, N° 92, nota 10).

10. Durante el año judicial 1951-52, noventa asuntos dieron lugar a decisiones motivadas; siete fueron pronunciados *per curiam* y ochenta y tres por un magistrado en nombre del tribunal; pero sesenta y seis, es decir, un 77%, dieron lugar a uno o varios *dissents*. El número total de *concurring opinions* (19) y de *dissenting opinions* (73), esto es, noventa y dos, es superior al número de *opinions of the court*. El número de *dissenting votes* es de ciento sesenta y cuatro, lo que hace que las decisiones sean dictadas por término medio por una mayoría apenas superior a siete (o más bien a seis, porque es raro que los nueve magistrados voten), contra dos, y las decisiones no unánimes, por seis (o mejor cinco) contra tres.

Durante el año 1952-53, ciento diez asuntos dieron lugar a decisiones motivadas (seis *per curiam* y ciento cuatro por un magistrado). Ochenta y seis, es decir, el 78%, fueron objeto de *dissents*. *Concurring opinions* (treinta y dos) y *dissenting opinions* (ochenta y nueve) suman ciento veintiuno. El número de *dissenting votes* fue de ciento noventa y ocho.

Durante el año 1953-54, setenta y ocho asuntos dieron lugar a decisiones motivadas (trece *per curiam* y sesenta y cinco por magistrado); cincuenta y seis, es decir, 72%, fueron objeto de *dissents*. *Concurring opinions* (dieciséis) y *dissenting opinions* (cincuenta y siete), suman setenta y tres. El número de *dissenting votes* fue de ciento treinta y dos.

Estas cifras revelan un número de *dissents* mucho más elevado que en otros tiempos. Según una investigación realizada por Henry SHULMAN y recogida por Félix FRANKFURTER, *Mr. Justice Holmes and the Constitution*, "Harv. L. R." (1927), vol. 41, pp. 121-173, 122, nota 1, las *dissenting opinions* habrían acompañado, de 1921 a 1925, al 25% de las sentencias en materia constitucional

violencia con que están redactadas. No es raro que declaren, desde las primeras palabras, que la decisión dictada es manifiestamente errónea y profundamente injusta; cuando no afirman que jamás se ha dado una decisión más catastrófica para la Nación o para las libertades individuales, o que jamás los derechos de las partes han sido más irrespetuosamente atropellados y desconocidos. Acontece también que proporcionen una exposición de los hechos de la causa sensiblemente distinta a la de la mayoría. En una palabra, a veces dan la impresión de no haber descuidado nada para echar por tierra la autoridad moral y jurídica de la decisión que se acaba de dictar.¹¹

y al 4% de las dictadas en materia no constitucional, contra 13% y 8%, respectivamente, durante el período 1910-1914.

No obstante, la disminución del número de *dissents* que se ha podido observar en el período 1953-54, se ha acentuado en el período 1954-55, probablemente bajo la influencia de Mr. Justice Warren, al menos en parte (cf. "Harv. L. R." (1955), vol. 69, pp. 208). De ochenta y dos asuntos que dieron lugar a decisiones motivadas (cuatro *per curiam* y setenta y ocho por un magistrado), sólo cuarenta y nueve, es decir, el 60%, fueron objeto de *dissents*. *Concurring opinions* (quince) y *dissenting opinions* (cuarenta y siete), suman sesenta y dos únicamente. El número de *dissenting votes* fue de 117.

Para un estudio del número de *dissents* durante un período más largo, así como de las razones y causas de ese número, v. C. Herman PRITCHETT, *The Roosevelt Court; A Study in Judicial Politics and Values, 1937-1947* (1948), así como diversos artículos, de los cuales el último de ellos es *The Roosevelt Court: Notes and Values*, "Am. Pol. Sc. Rev." (1948), pp. 53-67. V. igualmente las reseñas de la actividad de la Suprema Corte publicadas todos los años en el primer número de la *American Political Science Review* y de la *Harvard Law Review*.

La división de la Corte es tal, que se observa a ocho magistrados dando seis *opinions* en *Joint Anti-Fascist Refugee Committee vs. McGrath* (1951), 341, U. S. 123; nueve magistrados formulando siete *opinions* en *Youngstown Sheet and Tube Co. et al. vs. Sawyer* (1952), 343 U. S. 579 y ocho *opinions* en *Brown vs. Allen* (1953), 344, U. S. 443. Nueve *opinions* fueron formuladas en el *Dred Scott Case* (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 61). En *West Virginia State Board of Education vs. Barnette* (1943), 319 U. S. 624, 87 L. ed. 1628, 63 S. Ct. 1178, 147, ALR 674, siete magistrados formularon cinco *opinions* y una de ellas fue redactada por dos magistrados que toman una actitud opuesta a la que habían adoptado en una sentencia anterior. Esta división es tanto más grave, cuanto que se produce, normalmente, en asuntos de alcance político, por ejemplo, en el momento actual, en los referentes a las libertades públicas, y porque conduce frecuentemente a decisiones por mayoría de cinco contra cuatro (sobre decisiones con esta mayoría y las críticas que han suscitado, sobre todo cuando recaen sobre la constitucionalidad de las leyes, v. *Le syst. const.*, t. 2, N° 253).

11. Sobre los *dissents* de Johnson y de Holmes, v. *Le syst. const.*, t. 1, N° 53, y N° 94.

Entre los *dissents* de Holmes más célebres, v. los emitidos en *Lochner vs. New York* (1905), 198 U. S. 45, 49 L. ed. 937, 25 S. Ct. 539 (*Le syst. const.*, t. 1, N° 100); *Harmer vs. Dagenhart* (1918), 247 U. S. 251, 62 L. ed. 1101, 38 S. Ct. 529, 3 ALR 649 (*ibid.*, N° 97); *Abrams vs. United States* (1919), 250 U. S. 616, 63 L. ed. 1173, 40 S. Ct. 17 (*ibid.*, N° 110), ("En este asunto, las condenas a veinte años de prisión han sido dictadas por la publicación de

panfletos, a lo cual, en mi opinión, los interesados tenían tanto derecho como el Gobierno a publicar la Constitución de los Estados Unidos, hoy invocada en vano”).

V. también, Justice Brown in *Pollock vs. Farmer's Loan and Trust Co.* (1895), 158 U. S. 601, 695, 39 L. ed. 1008, 15 S. Ct. 912 (*Le syst. const.*, t. 1, N° 92. "... la decisión no es nada menos que el abandono de la facultad de establecer impuestos en manos de la clase poseedora... Yo espero que ello no se convertirá en el primer paso hacia la destrucción de las libertades del pueblo bajo la ola de un despotismo sórdido de la riqueza.") Justice McReynolds en los *Gold cases* (1935), 294 U. S. 240, 79 L. ed. 885, 55 S. Ct. 407, 95 ALR 1352 (*ibid.*, N° 121) y en *N. L. R. B. vs. Friedman-Harry Marks Clothing Co.* (1937), 301 U. S. 58, 81 L. ed. 921, 57 S. Ct. 645 (*ibid.*, N° 123. "... es difícil, sino imposible, imaginar una cuestión que tenga una relación más remota e indirecta con los poderes del Congreso y una violación más flagrante de las facultades reservadas a los Estados.") Justice Roberts en *Mahnich vs. Southern Steamship Co.* (1944), 321 U. S. 96, 88 L. ed. 561, 64 S. Ct. 455; Justice Murphy en *Korematsu vs. United States* (1944), 323 U. S. 214, 89 L. ed. 194, 65 S. Ct. 193 (*ibid.*, N° 145. "Semejante exclusión rebasa el propio límite del poder constitucional y cae en los odiosos abismos del racismo."); y Justice Roberts en el mismo asunto; Mr. Justice Jackson en *S. E. C. vs. Chenery Corp.* (1947), 332 U. S. 194, 214 ("Me entrego. Ahora comprendo plenamente lo que Mark Twain quería decir cuando escribía: ¡Cuanto más os explicais, menos os comprendo!"); Mr. Justice Black en *Hood and Sons, Inc. vs. Dumond* (1949), 336 U. S. 525, 93 L. ed. 865, 69 S. Ct. 657 (*ibid.*, t. 2, N° 189. "En esta cuestión, la Corte edifica una nueva fórmula constitucional para invalidar las leyes de los Estados que regulan los aspectos locales de un comercio interestatal. Yo opino que la ley de Nueva York es invulnerable a un ataque constitucional, aplicando las normas constitucionales que la mayoría de la Corte ha aceptado durante mucho tiempo.") Justice Douglas en *Standard Oil Co. vs. United States* (1949), 337 U. S. 293, 93 L. ed. 1371, 69 S. Ct. 1051 (*ibid.*, t. 1, N° 135. "Las teorías económicas que la Corte ha visto en las leyes antitrust, han fomentado, más que desanimado, la formación de monopolios... La Corte no actúa inconscientemente. Voluntariamente empuja a la industria petrolera en esta dirección. La Corte aprueba lo que las leyes antitrust están destinadas a impedir. Ayuda a rehacer la América de los cartels.") Mr. Justice Jackson en *United States ex rel. Knauff vs. Shaughnessy* (1950), 338 U. S. 550 (*ibid.*, N° 137, nota 5. "... yo no sé que el Congreso haya autorizado la exclusión brusca y brutal de la mujer de un ciudadano americano sin que ella pueda ser oída... El acudí entonces a los tribunales e invocó ese *writ of habeas corpus*, que nos cansamos de presentar a Europa como la prueba incontestable de que nuestro libre país no permite la detención oficial arbitraria. Y el Gobierno manifiesta a la Corte que ni siquiera un tribunal tiene el derecho de investigar por qué la mujer ha sido excluida..."); Mr. Justice Minton en *Keenan vs. Burke, Jankowski vs. Burke, Foulke vs. Burke* (1951), 342 U. S. 881. ("Estos casos no hacen más que ilustrar el error cometido por la Corte en *Townsend vs. Burke*"); Mr. Justice Douglas en *Rosenberg et al. vs. United States* (1953), 346 U. S. 273, 310 ("Cuando la solicitud de aplazamiento me fue presentada, quedé profundamente turbado por la cuestión de derecho suscitada. Después de doce horas de investigaciones y estudios, llegué a la conclusión de que la cuestión era seria, que era nueva para esta Corte y no había sido resuelta nunca por ninguna otra Corte. Por eso ordené el aplazamiento. Ahora he disfrutado de una discusión, de un estudio y de una reflexión adicional. Ahora sé que, en derecho, tenía razón... El tribunal no tenía competencia para condenar a muerte, puesto que el jurado no lo había pedido. Antes de la audiencia, yo sólo sabía que se planteaba una cuestión seria. Ahora estoy

Esta manifestación separada de las opiniones de los jueces presenta incontestables ventajas. Es indispensable, en primer término, para el pleno respeto de la dignidad del juez. Le evita a éste el asociarse a una decisión que, de una manera u otra, reprueba y le permite exponer tan completamente como lo desee su manera de pensar. Es, por otro lado, una garantía de buena justicia, ya que obliga a los jueces, bajo el control de la opinión pública, a comprobar todos los aspectos del litigio. Además, garantiza, valga la expresión, la vida de las ideas bajo la doctrina oficial de una jurisdicción. Formada la mayoría en un sentido determinado, no por ello deja de oírse la voz de la minoría y si sus ideas están sólidamente fundadas, acabarán, quizá, por ser admitidas en la jurisdicción superior o, incluso, por la propia jurisdicción, que cambiará de parecer.¹² Convencerán, a lo mejor, a uno o más miembros de la mayoría que, en esa forma, se unirán a ellos y desplazarán la mayoría. Si se trata de una cuestión de orden público, quizá provoquen un movimiento de opinión que ayudará al cambio de parecer de uno o más miembros de la mayoría. En el ámbito jurídico, la opinión de la minoría es con frecuencia la de la mayoría más adelante: es la opinión que rompe con la doctrina establecida, para proponer una solución mejor, más adecuada a las nuevas condiciones sociales.

seguro de la respuesta. Sé, en el fondo de mi corazón, que tengo razón en derecho. Sabiendo esto, mi deber es claro.”)

12. Es así como los *dissents* de Holmes han contribuido en verdad, directa e indirectamente, al cambio de actitud de la Suprema Corte en 1937 (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 123, y Núms. 126 y ss.). De la misma manera, fueron los *dissents* pronunciados en los asuntos relativos a la aplicación de la doctrina *Swift vs. Tyson*, los que condujeron a *Erie Railroad vs. Tompkins* (cf. *supra*, N° 46 y ss.). Es este fenómeno el que proporciona interés a una obra como la de Roger PINTO, *Des juges qui ne gouvernent pas. Opinions dissidentes a la Cour Suprême des Etats-Unis, 1900-1933* (1934). Indudablemente, el fenómeno inverso es también frecuente y se ve a una minoría protestar, apoyándose en los precedentes, contra la decisión de una mayoría innovadora.

Un cierto número de *dissents* han sido citados incluso por el Presidente Roosevelt en el mensaje radiado de 9 de marzo de 1937, en el cual defendió ante la opinión pública su proyecto de reforma de la Suprema Corte (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 122, nota 9): “Esto no es simplemente una acusación mía. Es la acusación de los más distinguidos miembros de la Suprema Corte. Yo no puedo leerlos todo lo que han escrito en numerosas sentencias. Sin embargo...”, y el Presidente citó extractos de *dissents*.

Para que los *dissents*, en realidad, aseguren “la vida de las ideas”, es necesario que los magistrados que han emitido un *dissent* en un asunto mantengan su *dissent* en los asuntos posteriores poniendo en juego la misma práctica. Tal es la práctica habitual y, creemos nosotros, la práctica deseable. Pero ciertos autores desearían que los magistrados de la minoría, en una sentencia, se inclinaren ante la autoridad de ella y no emitiesen *dissent* a no ser que la Corte procediese a continuación a una falsa aplicación del principio sentado (v. adoptando esta práctica —o separándose de ella sólo por excepción— Frank J., *dissent in Commissioner vs. Hall's Estate* (2d Cir. 1946), 153 F. (2d) 172, 174, 175).

Esta manifestación de opiniones separadas presenta, en fin, la ventaja de permitir calibrar la autoridad de las decisiones de un tribunal y, por ende, en cierta medida, disminuir la pérdida de prestigio que sus cambios de criterio le hacen sufrir. Cuando una decisión de la Suprema Corte es dictada por una mayoría de 5 contra 4, se sabe, evidentemente, que la doctrina que proclama es frágil. La muerte o la dimisión de un miembro de la mayoría puede ponerla en tela de juicio^{12 bis} y hasta, en ciertos casos, los titubeos de un magistrado. Se ha llegado a ver a un tribunal federal, de apelación, deseoso de respetar la autoridad de la Suprema Corte, resolver en contra de la última decisión de ésta, que, sin embargo, había sido dictada con un solo *dissent*, porque en una decisión posterior, tocante a una cuestión conexas, otros tres magistrados habían formulado un *dissent* e iban a formar así la mayoría en una corte temporalmente reducida a siete miembros.¹³

Tales cambios, en verdad, no favorecen al tribunal; pero si han de producirse, es preferible, tanto por su mismo prestigio como por la seguridad del comercio jurídico, que puedan ser adivinados en la manifestación de esas opiniones divergentes, antes que verlos surgir sin aviso previo.

Por el contrario, si el desacuerdo de los magistrados puede engrandecerlos a los ojos de los teóricos, es incuestionable que a los litigantes les deja insatisfechos. Cuando una decisión adoptada por una mayoría de tres votos contra dos, es cambiada por cuatro votos contra tres, los litigantes no pueden dejar de tener una viva impresión de la fragilidad y relatividad del juicio humano. ¡Y qué decir del condenado a muerte o del condenado a veinte años de prisión que oiga decir que su condena es totalmente inicua y que viola sus derechos constitucionales!¹⁴ El mismo teórico, que disfruta viendo expresar uno o varios puntos de vista diferentes, desearía que la conclusión a que se llegase fuera unánime. La verdad es una. Si cada uno de los jueces hubiera sabido escuchar los argumentos de los otros, la unanimidad hubiera debido lograrse. Y si bien este punto de vista es un poco teórico, resulta particularmente penoso el ver a los jueces enfrentarse sobre puntos que son casi cues-

12 bis. Cf. los *Legal Tender cases*: 8 Wall. 603, 19 L. ed. 513 (1870) y 12 Wall. 457, 20 L. ed. 287 (1871), estudiados en *Le syst. const.*, t. 1, N° 73.

13. V. las sentencias *Minersville School District vs. Gobitis* (1940), 310 U. S. 586, 84 L. ed. 1375, 60 S. Ct. 1010, 127 ALR 1493; *Jones vs. Opelika* (1942), 316 U. S. 584, 86 L. ed. 1691, 62 S. Ct. 1231, 141 ALR 514; *Barnette vs. West Virginia State Board of Education* (S. D. West Va. 1942), 47 F. Sup. 251; *West Virginia State Board of Education vs. Barnette* (1943), 319 U. S. 624, 87 L. ed. 1628, 63 S. Ct. 1178, 147 ALR 674 (v. sobre todas estas sentencias, *Le syst. const.*, t. 1, N° 138). Compárese la argumentación del abogado de los demandados en *Rowan et al. vs. Runnels* (1847), 5 How. 134, 12 L. ed. 85.

14. Cf. *Justice Holmes en Abrams vs. United States* (1919), cit. *supra*, nota 11; *Louisiana ex rel. Francis vs. Resweber* (1946), 329 U. S. 459, 91 L. ed. 422, 67 S. Ct. 347, en el que cuatro magistrados protestan contra la decisión

tiones de hecho. Es decepcionante, por ejemplo, leer en una sentencia "que un ataque vigoroso" fue realizado contra cierta doctrina considerada en su conjunto, por tal magistrado¹⁵ y, en la sentencia, en sentido contrario, que ese magistrado ha respetado siempre esa doctrina y que sólo ha criticado, excepcionalmente además, únicamente las decisiones en que aquélla había sido aplicada indebidamente o en forma excesiva.¹⁶ En el mismo asunto, que era de excepcional importancia, se siente uno también un poco decepcionado al saber, por la voz de la minoría, que los argumentos que en el caso decidieron a la Suprema Corte, no fueron examinados nunca, ni en primera instancia, ni en apelación; ni siquiera durante el procedimiento ante la Suprema Corte, la cual —pese a las protestas de la minoría— rehusó ordenar la reapertura de los debates; y que, en fin, dejó de recurrir al *Attorney General* de los Estados Unidos, como establecía obligatoriamente una ley.¹⁷

Es cierto que algunas de las críticas que —aquí o en otros lugares— se dirigen a las opiniones separadas o votos particulares, se refieren, en realidad, a prácticas permitidas por la técnica de esas opiniones; pero no a la técnica misma. Es verdad, también, que esta técnica, por las contradicciones y las protestas a que da lugar, obliga a la mayoría a una redacción más sólida de su decisión. El alcance de las críticas no debe exagerarse. Lo que queda en el pasivo de esta técnica, simplemente, es que destruye la fachada tras la cual el litigante puede creer en el valor incuestionable de la resolución judicial; y, por ello mismo, debilita la autoridad de la ley y disminuye su claridad a los ojos del "ciudadano ordinario".^{17 bis}

Un segundo inconveniente de la manifestación de opiniones separadas, es el de que pueden facilitar cierta demagogia. Es probable que, en un país en el cual los jueces de los Estados son ordinariamente elegi-

de cinco miembros de la mayoría, que ordena la reejecución de un condenado a muerte cuya primera ejecución había fracasado; *Rosenberg vs. United States* (1953), 346 U. S. 273, en la que tres miembros protestan contra el rechazo de aplazamiento de la ejecución que hubiera permitido un nuevo examen del asunto (v. principalmente, Mr. Justice Douglas, cit. *supra*, nota 11); y, en casos normalmente menos graves, al menos en sí mismos, un gran número de sentencias dictadas en un materia de procedimiento criminal (cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 288) o de libertades políticas (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 137 o André TUNC, *Les tendances récentes de la Cour Suprême des Etats-Unis en matière de libertés publiques*, "Rev. dr. publ. et sc. pol." 1952, pp. 421-442).

15. Justice Brandeis, nota 1 en *Erie RR. vs. Tompkins* (1938), cit. *supra*, N° 55.

16. Justice Butler en la misma sentencia. La primera opinión nos parece, por otra parte, mucho más exacta.

17. Justice Butler en la misma sentencia.

17 bis. Cf. Willard HURST y Paul A. FREUND, en *Supreme Court and Supreme Law*, ed. por Edmond CAHN (1954), pp. 83-84; Carl Brent SWISHER, *The Supreme Court Need for Re-Evaluation*, "Virg. L. R." (1954), vol. 40, pp. 837-851.

bles¹⁸ y en el que las decisiones de la Suprema Corte tienen una resonancia política amplísima,¹⁹ algunos jueces hayan intentado expresar una opinión tanto más vigorosamente, cuanto que sabían que ella no tenía posibilidad alguna de prevalecer.²⁰

En fin, es cierto que esta técnica disminuye a menudo la autoridad de precedente de la decisión dictada. Una decisión puede ser obtenida por la suma de opiniones completamente divergentes,²¹ y este fraccionamiento de la decisión hace a veces muy difícil la tarea de las jurisdicciones inferiores.²²

En términos generales, si nadie pide la supresión de esta técnica, existe acuerdo en deplorar el abuso de las *concurring opinions* y de los *dissents*; abusos contra los cuales el nuevo presidente de la Suprema Corte, Mr. Justice Warren, parece, en realidad, estar dispuesto a reaccionar.²³

94.—Una última indicación parece necesaria antes de que pueda ser estudiada la fuerza de los precedentes en sí misma: en algunos Estados, las decisiones, o, por lo menos, las decisiones de la Suprema

18. Cf. *supra*, N° 28.

19. Cf. *supra*, N° 10.

20. Es en todo caso lo que afirman algunos autores o prácticos norteamericanos. V. además *infra*, N° 110, nota 14.

21. Cf. National Mutual Ins. Co. vs. Tidewater Transfer Co. (1949), 337 U. S. 582, 93 L. ed. 1556, 69 S. Ct. 1173: la decisión de la mayoría es obtenida por los votos de tres magistrados y de otros dos que aprueban la decisión, pero "*strongly dissent*" contra las razones invocadas en su apoyo; dos magistrados presentaron un *dissent* en el que declaran aprobar los puntos de vista expresados por los dos últimos miembros de la mayoría, pero también por los dos últimos miembros de la minoría; éstos presentaron un *dissent* separado; Mr. Justice Frankfurter hace notar: "Una importante mayoría de la Corte reconoce que los dos argumentos dados en apoyo de la extensión de la competencia de los tribunales federales... deben ser rechazados; pero no son los mismos hombres quienes forman la mayoría en cada uno de los argumentos. Así, la combinación de mayorías en conflicto conduce a un resultado que diferentes mayorías de la Corte estiman injustificado." Esta misma división de la Corte es la que se observa en Howard vs. Central Illinois RR. Co. (1908), 207 U. S. 463, 52 L. ed. 297, 28 S. Ct. 141 (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 98), Cf. igualmente Screws vs. United States (1945), 325 U. S. 91, 89 L. ed. 1945, 65 S. Ct. 1031, o United States vs. Gambling Devices (1953), 346 U. S. 441 (estudiado en André Tunc, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, "J. des Trib.", 1954, pp. 325 y ss., N° 11; una minoría de cuatro magistrados toma posición entre dos grupos de magistrados que, por razones opuestas, están de acuerdo sobre cierto resultado: la minoría declara que una ley rige determinada situación y que es válida, en tanto que los miembros de la "mayoría" declaran que aquélla ha querido regir la situación, pero que es nula, o que es válida porque no trata de regir dicha situación).

22. Cf. *Greene vs. Teffeteller* (E. D. Tenn. 1950), 90 F. Suppl. 387.

23. Cf. *supra*, nota 10.

Corte, deben ir precedidas de un resumen (*syllabus*) redactado por el propio tribunal.

Casi siempre, las decisiones recogidas en las colecciones van precedidas de un resumen redactado por el editor. Este resumen es práctico, pero, desde luego, no goza de ninguna autoridad. En algunos Estados, sin embargo, un resumen debe ser redactado por el tribunal.¹ En la Suprema Corte de los Estados Unidos la redacción del resumen por el tribunal ha sido también la regla en ciertas épocas. Normalmente, ese sumario del tribunal no posee, oficialmente al menos, más autoridad que el redactado por un editor. En Ohio, no obstante, el sumario del tribunal goza de la misma autoridad que la decisión misma, incluso suponiendo que no reúna en sí toda la autoridad de la decisión.^{1 bis}

94.—

1. Así, por ejemplo, en Nebraska, Dakota del Norte, Minnesota, Georgia.

1 bis. Respecto a la situación en Ohio, v. *Perkins vs. Benguet Consolidated Mining Co. et al.* (1952), 342 U. S. 437, texto y nota 3. Los magistrados y prácticos de este Estado parecen tan satisfechos de ese sistema —cf. Hon. Carl V. WEYGANDT, en *The Status of the Rule of Judicial Precedent*, "Cinc. L. R." (1940), vol. 14, pp. 203-355, 284-285— como sus vecinos poco deseosos de imitarlo — cf. LLEWELLYN, *The Bramble Bush* (1930), pp. 348-350.