

CAPITULO I
EL COMMON LAW

SECCION III
LA FUERZA DEL PRECEDENTE

§ 2. Las diversas teorías sobre la autoridad del precedente

95. Teoría clásica, tomada de Kent	248
96. Condiciones de la autoridad del precedente: una decisión sobre un punto de derecho	251
97. Una decisión sobre un punto suscitado por el litigio	251
98. Una decisión maduramente reflexionada (autoridad de las decisiones dadas por las jurisdicciones inferiores)	255
99. Alcance de la autoridad del precedente	256
100. Fuerza del precedente	260
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	262
102. Valor del precedente respecto de las jurisdicciones de otros Estados	264
103. Teorías modernas: la doctrina evolutiva	265
104. La doctrina radical	267
105. La reacción	270
106. La actitud actual y la continuidad de las diversas teorías	274

§ 2. LAS DIVERSAS TEORÍAS SOBRE LA AUTORIDAD DEL PRECEDENTE

95.—Una sola idea general parece desprenderse del estudio de la materia: la de que la autoridad del precedente, muy generalmente reconocida en el siglo XIX, se ha debilitado en el siglo XX y tiende a no ser reconocida normalmente más que como un elemento de la decisión. Sin embargo, como ninguna línea precisa se ha adoptado actualmente de una manera general, parece necesario exponer la teoría clásica, que conserva un gran prestigio ante ciertas jurisdicciones y forma, en todo caso, el fondo de la doctrina actual, antes de estudiar las corrientes modernas y después, en el número siguiente, la respectiva importancia de las diversas teorías.

Es, probablemente, bastante afortunado para la doctrina del precedente, el haber encontrado una exposición muy elocuente y suficientemente precisa bajo la pluma del Canciller Kent.¹

En la época en que escribía Kent (1826), la regla *stare decisis* había sido ya enunciada en Inglaterra por Blackstone.² No era un simple hábito de jueces deseosos de no perturbar las previsiones de los

95.—

1. KENT, *Comm.* t. 1, pp. 473 y ss. Sobre Kent, v. *supra*, N° 81, texto y notas 30 y 31.

2. BLACKSTONE, *Comm.*, (1765), t. 1, p. 69: "Es regla establecida la de someterse a los precedentes cuando puntos ya juzgados vuelvan de nuevo ante los jueces. Es preciso, en efecto, que la balanza de la justicia sea firmemente sostenida y estable, no sujeta a variación según la opinión de cada nuevo juez. Además, cuando un punto de derecho ha sido maduramente decidido y reclarado, lo que antes era incierto e incluso, quizá, no estaba previsto por el derecho, se convierte en regla permanente que ya no puede ser modificada o alterada por el juez conforme a sus sentimientos, puesto que por juramento se compromete a juzgar, no conforme a su juicio personal, sino conforme a las leyes y costumbres conocidas del país; no tiene la misión de crear un derecho nuevo, sino la de mantener y exponer el viejo derecho. Sin embargo, esta regla admite excepciones cuando la decisión anterior es evidentemente contraria a la razón; y todavía más, si es contraria a la ley divina... La doctrina del derecho es la siguiente: los precedentes y las reglas deben ser seguidos a menos de que sean netamente absurdos o injustos: porque, aunque su razón pueda no ser aparente a primera vista, debemos a quienes nos han precedido la deferencia suficiente de no suponer que han resuelto sin razón... Así, el derecho y las decisiones de los jueces no son siempre una sola y misma cosa, puesto que, a veces, puede ocurrir que un juez se equivoque. En conjunto, sin embargo, podemos considerar como regla general "que las decisiones de los tribunales de justicia son la prueba de lo que es el "common law"; de la misma manera que en el derecho romano lo que había sido decidido una vez por el Emperador debía ser seguido en el porvenir".

particulares fundadas en las sentencias precedentes;³ era una verdadera costumbre cuya necesidad se hacía sentir, si no contra una injusticia posible, demasiado improbable, si, al menos, contra el arbitrio de jueces que, en busca de un derecho más justo, habrían dado lugar a un derecho inestable.

Esta costumbre, sin embargo, no había logrado todavía su rigor actual⁴ y, por ejemplo, hay que llegar a 1898 para que la Cámara de los Lores afirme definitivamente que ella misma estaba ligada por la regla de derecho precedentemente deducida.⁵

3. Cf. *supra*, Núms. 64 y 68.

4. Según Holdsworth, el gran historiador del derecho inglés, el reconocimiento de la regla *stare decisis* como principio jurídico dataría del siglo XVIII y, al parecer, del último tercio o del último cuarto del siglo XVIII; es decir, de una fecha correspondiente a la de los *Commentaries* de Blackstone (1765-1769): v. W. S. HOLDSWORTH, *Precedents in the XVIII Century*, "L. Q. R." (1935), vol. 51, pp. 441-442.

5. London Street Tramways Co. vs. London County Council, [1898], A. C. 373 per Lord Halsbury; cf. DAVID, *Introduction*, p. 144. No obstante, parece que, *de hecho*, la Cámara de los Lores no ha desconocido ninguno de sus precedentes desde 1760. En Escocia, el reconocimiento de la regla *stare decisis* data únicamente de fines del siglo XIX y la regla está lejos, todavía hoy, de poseer el mismo rigor que en Inglaterra: cf. T. B. SMITH, *The Doctrine of Judicial Precedent in Scots Law* (1952); T. B. SMITH, *English Influences on the Law of Scotland*, "Am. J. Comp. Law" (1954), pp. 522-542; AMOS, p. 39; GRAY, pp. 210-211; Lord McMILLAN, *Deux manières de penser*, en *Introduction*, § 65, vol. 2, pp. 3-17. En la Provincia de Quebec, la regla parece tender a convertirse en principio jurídico, sin haber llegado a ese estadio: AMOS, *op. et loc. cit.*; Henry Hague DAVIS, *The Common Law in Canada*, en *The Future*, pp. 164-199, 193-194; Louis BAUDOIN, *Le droit civil de la Province de Québec, Modèle vivant de droit comparé* (1953), pp. 98-99. En Irlanda, la teoría del precedente es la que existía en Inglaterra en 1922, a causa de la adopción del *common law* inglés de esa fecha: v. F. E. DOWRICK, *Precedents in Modern Irish Law*, "L. Q. R." (1953), vol. 69, pp. 25-29.

Respecto a la autoridad del precedente en Luisiana, v. C. Girard DAVIDSON, *Stare Decisis in Louisiana*, "Tul. L. R." (1932), vol. 7, pp. 100-118. En realidad, es de tal manera difícil precisar la autoridad del precedente en los Estados Unidos que es casi imposible responder a la cuestión frecuentemente planteada de saber si la autoridad del precedente en Luisiana está más cerca de la que tiene en los Estados Unidos que la que posee en los países de derecho codificado. Nos parece, en verdad, muy cercana a la que tiene en Francia, pero esto no permite oponerla netamente a lo que es en los Estados Unidos (cf. *infra*, Núms. 117 y 118), sobre todo en materia de derecho legislado.

Es preciso hacer notar, por otra parte, que se asiste, desde hace algunos años, a un cierto suavizamiento, en la misma Inglaterra, de la regla *stare decisis*. La Corte de Apelación ha reiterado y en cierta medida extendido los casos en los que no se considera ligada por una disposición precedente. Sobre todo, la Corte penal de apelaciones ha afirmado su derecho y su deber de reconocer sus errores. V. FRIEDMANN, pp. 329-333; ALLEN, pp. 232-233, 332-336. V. igualmente, R. Newland [1953] 3 W. R. R. 826, y el comentario "L. Q. R." (1954), vol. 70, pp. 7-8.

No es pues sorprendente que la exposición de Kent, aunque se caracteriza sobre todo por su vigor, manifieste una cierta flexibilidad que no se encuentra en el derecho inglés moderno.^{5 bis} Kent no se limita, en efecto, a escribir que las decisiones judiciales constituyen la mejor prueba y la de mayor autoridad de lo que constituye la regla de derecho;⁶ afirma que las “decisiones judiciales son precedentes (sobrentendido: que se imponen) para los casos futuros nacidos de hechos análogos y que plantean el mismo problema”,⁷ y desarrolla este principio largamente, en términos que durante mucho tiempo han hecho autoridad: “Una decisión maduramente reflexionada, sobre un punto de derecho que ha dado origen a un litigio, se convierte en regla para un caso semejante, porque constituye la prueba más segura que se puede tener del derecho aplicable al caso; los jueces deben seguir esta decisión mientras la regla no sea cambiada, a no ser que se pruebe que el derecho ha sido mal comprendido o mal aplicado en el caso particular.⁸ Si una decisión ha sido adoptada tras madura discusión y deliberación, hay que presumir que está bien fundada; por consiguiente, la comunidad posee el derecho de considerarla como una exposición correcta de lo que es la regla de derecho y fiarse de ella en sus acciones y contratos. Sería, pues, una perturbación extremadamente grave para el público, el que los precedentes no fueran respetados y seguidos ciegamente. Es en razón de la notoriedad y de la estabilidad de las reglas jurídicas por lo que los prácticos pueden dar consejos seguros a quien les consulta y por lo que el público puede vender, confiar y celebrar contratos. Si las decisiones judiciales fueran desconocidas sin razón poderosa, la confusión y la incertidumbre se arrojaría sobre las propiedades. Cuando una regla ha sido deliberadamente adoptada, es necesario que ya no sea modificada, a no ser por un tribunal de grado superior, pero nunca por la misma jurisdicción, salvo por razones extraordinaria-

5 bis. Sobre algunos testimonios de la actitud americana en la época, v. HOWE, pp. 313, 390, 438.

6. KENT, *Comm.*, t. 1, p. 473.

7. KENT, *Comm.*, t. 1, p. 475.

8. “*A solemn decision upon a point of law, arising in any given case, becomes an authority in a like case, because it is the highest evidence which we can have of the law applicable to the subject, and the judges are bound to follow that decision so long as it stands unreversed unless it can be shown that the law was misunderstood or misapplied in that particular case*”.

Chamberlain, *op. cit. infra*, N° 103, nota 2, pp. 22-23, hace notar muy justamente que la doctrina de Kent recoge en todos sus puntos esenciales la ley de Justiniano, *Codex repetitae praelectionis*, lib. I, tit. XIV, 12: “*Si imperialis majestas causam cognitionaliter examinarevit, et partibus cominus constitutis (solemn decision) sententiam dixerit, omnes omnini iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hanc esse legem, non solum illi causae pro qua producta est, sed et in omnibus similibus (becomes an authority in like cases)*”.

mente importantes; si la práctica fuera diferente, quedaríamos sumidos en un estado de perplejidad e incertidumbre respecto al derecho.”⁹

Esta exposición de Kent ha constituido la teoría clásica de la regla *stare decisis* en los Estados Unidos, tanto en lo que concierne a las condiciones en que una sentencia se convierte en precedente, como a la autoridad que se atribuye a ella como tal.

96.—Ante todo, las condiciones en las cuales una sentencia se convierte en un precedente derivan de las palabras: “una decisión maduramente reflexionada sobre un punto de derecho que ha dado origen a un litigio”.

De esta expresión resulta, en primer lugar, que se impone una distinción, ante los tribunales norteamericanos igual que ante la Corte de Casación francesa,¹ y por razones evidentes y muy semejantes, entre puntos de hecho y puntos de derecho. La decisión sobre un punto de hecho no tiene jamás fuerza de precedente; sólo puede tener fuerza de precedente la decisión adoptada sobre un punto de derecho.

Sin embargo, la distinción del hecho y el derecho no se realiza de la misma manera que en Francia, sobre todo a causa de que ella establece la distribución de los poderes del jurado y del tribunal.² La interpretación de un contrato, por ejemplo, puede ser considerada problema de derecho y la regla *stare decisis* se aplica entonces sin dificultad a la interpretación de una de esas convenciones concluidas en términos idénticos en millares o millones de ejemplares.³

97.—Hace falta, además, que el punto de derecho decidido tras madura reflexión haya sido “originado por el litigio”.

Tal principio se impone de manera absoluta. El gran timbre de gloria del *common law* es el de ser un derecho que deriva directa y exclusivamente de la experiencia judicial.¹ Es pues un pecado, de parte del juez, contra el espíritu mismo del *common law*, establecer princi-

9. KENT, *Comm.*, t. 1, p. 475. Cf. HAMILTON, *The Federalist* (1778), N° 78 *in fine*.

96.—

1. Cf. Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation*, thèse, Toulouse, 1929.

2. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 277 y ss.

3. *Mutual Life Insurance Co. vs. Byrant* (1943), 296 Ky. 815, 177 SW (2d) 588, 153 ALR 422.

97.—

1. Cf. *supra*, N° 82, e *infra*, N° 121.

pios jurídicos que no son necesarios para la solución del litigio.² Para expresar la misma idea de una manera más concreta, se puede decir, por un lado, que una afirmación superflua no habrá sido discutida por los abogados y, por consiguiente, puede haber sido pronunciada sin reflexión suficiente;³ de otro, y sobre todo, que ella no habrá sufrido la prueba de los hechos de la causa y puede ser errónea sin que el juez constante que conduce a una solución injusta.⁴

Estas afirmaciones superfluas, corrientemente llamadas *obiter dicta*, parecería, a primera vista, que han de ser raras. Parecería también que han de tener un valor mediocre y escasa autoridad, puesto que el juez usurpa, al pronunciarlas, las funciones del legislador, sin disponer de todos los medios de información de éste. De hecho, sin embargo, los *obiter dicta* no son excepcionales y gozan con frecuencia de una merecida y gran autoridad. Son, en principio, mucho más corrientes de lo que puede pensarse. Si el fundamento que da a una decisión le exime teóricamente de pronunciarse sobre un argumento suscitado por un litigante, el juez deseará, no obstante, decir por qué habría adoptado o rechazado ese argumento. Para hacer comprender mejor un argumento personal, el juez deseará proporcionar también una cierta "filosofía" y colocarlo en un cuadro más general, de naturaleza social o lógica. Para responder a un litigante que le haya presentado diversos ejemplos que estime inseparables y algunos de los cuales hubieren de ser resueltos claramente en su favor, el juez puede ser llevado a distinguir e indicar cómo habría resuelto en los diversos casos.⁵ Al condenar un contrato, una ley o una ordenanza municipal que atente injustificadamente a la

2. Eso es también, y por supuesto, pecar contra el espíritu de sus funciones. Por ello el principio se impone incluso en materia de derecho legislado. En particular, la Suprema Corte recuerda con frecuencia que ella no debe, sobre todo en los problemas constitucionales, pronunciarse sobre cuestiones cuya solución no es necesaria para la del litigio. Cf. *Youngstown Sheet and Tube Co. vs. Sawyer* (1952), 343 U. S. 579, 597; cf. igualmente, *Le syst. const.*, t. 2, N° 252.

3. Cf. *infra*, N° 98. Así, se ha hecho notar, (Paul A. FREUND, *The Year of the Steel Case*, "Harv. L. R." (1952), vol. 66, pp. 89-97, 95), "la Corte no ha estado siempre acertada cuando se ha pronunciado demasiado ampliamente acerca de los poderes del Presidente. Chief Justice Marshall, en *Marbury vs. Madison*, ha enunciado principios, más bien restrictivos, en lo concerniente al poder de revocación del Presidente. Chief Justice Taft, en *Myers vs. United States*, ha estimado necesario rechazar esos principios como simples *dicta*, apoyándose en el hecho de que el propio Chief Justice Marshall había subrayado la falta de autoridad decisiva de los *dicta*. Después, Mr. Justice Sutherland, en *Humphrey's Executor vs. United States*, juzgó necesario rechazar algunos *dicta* de la sentencia *Myers*, apoyándose en el hecho de que el Chief Justice Taft se había fundado sobre el hecho de que el Chief Justice Marshall había subrayado la falta de autoridad decisiva de los *dicta*. Esta actitud puede llevar muy lejos".

4. *Cohens vs. Virginia* (1821), 6 Wh. 262, 5 L. ed. 257.

5. V. por ejemplo *Andrews, J. dissent* en *Palsgraf vs. Long Island Railroad Co.* (1928), 248 N. Y. 339, 162 NE 99, 59 ALR 1253 (cf. André TUNC, *Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité*

libertad de los ciudadanos, el juez es casi inevitablemente conducido a enunciar las condiciones en las cuales ese texto hubiese sido válido.⁶ Para combatir un principio enunciado en primera instancia, el juez de apelación lo critica, aun cuando la invalidación de la solución dada a una primera cuestión haga inútil el examen de ese principio. Un juez presenta sus puntos de vista sobre una materia parecida, con objeto de encontrar un argumento de analogía, la materia de un contraste o, quizá, para evitar malas interpretaciones o equívocos. Expresa un principio necesario a su decisión bajo una forma más amplia de lo que hubiese sido indispensable.⁷ Un juez de la Suprema Corte desea expresar las ideas filosóficas o políticas en que se inspira o, por el contrario, precisar que si bien estima válida cierta ley, no por ello deja de desaprobársela.⁸ En fin, más simplemente, un juez con experiencia y que conoce su autoridad, es conducido naturalmente a expresar un principio o una reflexión que el caso le evoca, aun cuando ello no sea necesario a la solución del litigio, o a efectuar una síntesis que piense que pueda ser útil.

Y si los *obiter dicta* son más numerosos de lo que se cree, son también, igualmente, de mayor valor y de una mayor autoridad de lo que parece.

Es verdad, en efecto, que un juez experimentado puede, si es inteligente, formular con acierto principios generales. Es cierto también que, prácticamente, el juez no desconocerá su propio *dictum* llegado el momento en que un caso concreto requiera su aplicación y que, si deja el tribunal, éste dudará, no obstante, antes de rechazar el principio sobre el cual, además, los prácticos y el público han podido fundarse. En fin, el *obiter dicta* se limita con frecuencia a expresar un principio que está ya reconocido, al menos en forma fragmentaria, por numerosas sentencias.⁹

entre la faute et le dommage dont on doit réparation, "Rev. int. dr. comp." 1953, pp. 5-54, N° 10, pp. 12-13).

6. V. en cuanto concierne a las libertades públicas, la mayor parte de las sentencias citadas en *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 137 y ss. V. también, condenando una práctica ilegal, pero indicando a los interesados otras dos prácticas legítimas y "plenamente eficaces": *Standard Oil Co. vs. United States* (1949), 337 U. S. 293, 93 L. ed. 1371, 69 S. Ct. 1051, estudiado en *Le syst. const.*, t. 1, N° 135, texto y nota 12.

7. Cf. *infra*, N° 99. En esta forma, un juez puede encontrarse inducido a definir "el prójimo" para saber si, en el caso, existía un deber de diligencia hacia cierta persona: v. Lord Atkin en *Donoghue vs. Stevenson* [1932], A. C. 562 y 580, y André TUNC, *op. cit. supra.*, nota 5, N° 20, pp. 20-21.

8. V. por ejemplo Mr. Justice Frankfurter en *Dennis vs. United States* (1951), 341 U. S. 494, 553-556.

9. Cf. *United States vs. Caltex, Inc.* (1952), 344 U. S. 149, 154; o la definición del *investment contract* dada por la Suprema Corte en *S. E. C. vs. W. J. Howey* (1946), 328 U. S. 293.

En una palabra, aunque teóricamente los *obiter dicta* deben ser considerados como un caso particular de doctrina y como fuentes de derecho puramente "persuasivas",¹⁰ de hecho, sin embargo, no existe, en cuanto a autoridad, la sima que se imagina fácilmente entre lo que ha sido resuelto y lo que ha sido dicho inútilmente: los *obiter dicta* de algunos grandes jueces y, en gran parte, de todas las supremas cortes de los Estados, gozan de una autoridad apenas inferior a la de las decisiones mismas.¹¹ No es raro, además, que sean seguidos por diversas sentencias sin que se haga notar que son *obiter dicta*.¹²

Y es que, en efecto, no siempre es fácil decir lo que, en una decisión, es la regla de derecho que resuelve el punto litigioso y lo que es *obiter dicta*. Sin duda resulta claro, con frecuencia, que tal principio enunciado por el juez no es necesario a la solución del litigio, y el propio juez lo precisa a veces; pero en ocasiones, por el contrario, la cuestión puede resultar extraordinariamente delicada. Limitémonos a decir aquí, que es *obiter dicta* lo que en la decisión no es *ratio decidendi*; es preferible, en realidad, explicar este último concepto positivo, como vamos hacerlo más abajo,¹³ mejor que el concepto negativo complementario. Agreguemos, simplemente, la observación de que entre los *obiter dicta* se deben clasificar, desde un punto de vista científico, las *concurring* y *dissenting opinions*.¹⁴ Es evidente que ellas forman una especie muy particular de *obiter dicta*; pero en el fondo no pueden ser más que eso y tienen exactamente su autoridad.

10. Sobre la distinción entre fuentes imperativas y fuentes persuasivas, v. *supra*, N° 5.

11. Cf. CARDOZO, *Address*, p. 278; RITCHIE, *op. cit. infra*, N° 58, texto y nota 10; United States vs. Caltex, Inc. (1952), *cit. supra*, nota 9; Missouri vs. Ross (1936), 299 U. S. 72, 81 L. ed. 46, 57 S. Ct. 60. Habiendo decidido primeramente que la producción y proyección de películas cinematográficas no gozaba de la protección de la Enmienda Primera (Mutual Film Corp. vs. Industrial Commission (1915), 236 U. S. 230, 247, 59 L. ed. 552, 35 S. Ct. 387; Mutual Film Corp. vs. Hodges (1915), 236 U. S. 248, 59 L. ed. 561, 35 S. Ct. 393), la Suprema Corte afirmó después lo contrario en un *obiter dictum* (United States vs. Paramount Pictures, Inc. (1948), 334 U. S. 131, 166, 92 L. ed. 1260, 68 S. Ct. 915); los tribunales inferiores creyeron de su deber permanecer fieles al primer principio (RD-DR Corp. vs. Smith (5th Cir. 1950), 183 F. (2d) 562), pero fue en favor de su *obiter dictum* como se pronunció la Corte misma cuando se le presentó la ocasión (Joseph Burstyn, Inc. vs. Wilson (1952), 343 U. S. 495). V. por el contrario, New England Mutual Life Ins. Co. vs. Mitchell (4th Cir. 1941), 118 F (2d) 414, 419-420, en donde un tribunal federal, obligado a aplicar el derecho de un Estado, niega toda autoridad a los simples *dicta* de sus jueces.

12. Es así como la célebre sentencia *Swift vs. Tyson* aportó a una cuestión de derecho norteamericano, una solución que fue aceptada durante cerca de un siglo aunque tal solución se enunciara en los motivos, que constituían, quizá, *obiter dicta*. Cf. *supra*, Núms. 46 y ss.

13. *Infra*, N° 99.

14. *Supra*, N° 93.

98.—La última condición para que una decisión adquiera fuerza de precedente sobre un punto de derecho suscitado en un litigio, es la de que haya sido tomada “tras madura reflexión”. La expresión, en verdad, no es muy precisa e implica varias consecuencias.

Es cierto, primeramente, que las decisiones, si no irreflexivas, sí, al menos, demasiado poco discutidas —por ejemplo, porque el caso resuelto no dejaba traslucir su importancia—, no tienen fuerza de precedente o, en todo caso, carecen de la fuerza que normalmente posee un precedente y pueden ser desconocidas más fácilmente.¹ Desconocerlas, en efecto, es atentar contra la estabilidad del derecho —lo que, según las circunstancias, es más o menos grave—, pero se puede argüir que es sustituir una regla errónea por una verdadera, con mayor facilidad que cuando la regla anterior había sido largamente madurada.²

Algunas decisiones parecen tender hasta a sugerir que la autoridad de precedente corresponde a la decisión, en tanto que decisión sobre ciertos argumentos, más que como decisión sobre ciertos hechos. Los estudios históricos pueden revelar, por ejemplo, que una disposición legislativa ha sido mal entendida, en cuyo caso se está plenamente autorizado, incluso en la doctrina de Kent, para desconocer los precedentes erróneos.³ Pero si uno de los precedentes había considerado ya esos estudios históricos y los había juzgado inoperantes, un

98.—

1. Cf. *The Propeller Genesee Chief vs. Fitzhugh* (1851), 12 How. 443, 13 L. ed. 1058; *Knox vs. Parker* (1869), 12 Wall. 457, 20 L. ed. 287; *Holiday vs. Johnston* (1940), 313 U. S. 342, 85 L. ed. 1392, 61 S. Ct. 1015; *Bracewell vs. Southern Ry. Co.* (1910), 134 Ga. 537, 68 SE 98, citado *infra*, nota 4; *People vs. Charles Schweinler Press* (1915), 214 N. Y. 395, 108 NE 639. Una sentencia declara incluso totalmente desprovistos de autoridad numerosos precedentes que habían resuelto un punto de derecho sin que éste haya sido discutido: *Bank of the United States vs. Deveaux* (1809), 5 Cr. 61, 88, 3 L. ed. 38; cf. *Webster vs. Fall* (1924), 255 U. S. 507, 69 L. ed. 411, 45 S. Ct. 148; *Kvos. Inc. vs. Associated Press* (1936), 299 U. S. 269, 81 L. ed. 183, 57 S. Ct. 197.

2. Es interesante hacer notar la importancia que el propio juez atribuye, en las cuestiones difíciles, a que los diversos puntos del litigio hayan sido cuidadosamente defendidos por los abogados. Mr. Justice Butler insiste muchas veces sobre esta necesidad en su *dissent* de la sentencia *Erie Railroad Co.*, estudiado *supra*, N° 55.

Sobre la autoridad reconocida en otro tiempo a las cuestiones resueltas tras una completa discusión, v. *United States vs. 422 Casks of Wine* (1828), 1 Pet. 547, 7 L. ed. 257; *Haynes vs. Pickett* (1877), 154 U. S. 627, 23 L. ed. 1008, 14 S. Ct. 1202.

3. Ha sido, por ejemplo, apoyándose en gran parte sobre trabajos históricos, como la sentencia *Erie Railroad* cambia la doctrina de *Swift vs. Tyson* (of *supra*, N° 55).

tribunal respetuoso de la regla del *stare decisis* no puede volverse contra esa posición.⁴

La condición de “madura reflexión”, por otro lado, es quizá, como hicimos notar, la que impone que se dé menor autoridad a los *obiter dicta* que a la decisión propiamente dicha.⁵

Finalmente, esta condición es una de las causas de la inferior autoridad de las decisiones dictadas por las jurisdicciones de primera instancia o de primera apelación, incluso respecto de la propia jurisdicción y de las inferiores. En Inglaterra, la determinación de las jurisdicciones cuyas decisiones constituyen precedente es bastante neta — sin estar perfectamente establecida.⁶ En los Estados Unidos, donde el conjunto de la doctrina del precedente no ha adquirido nunca una forma tan rigurosa como en Inglaterra, parece necesario limitarse a decir que las decisiones de primera apelación tienen sólo una autoridad menor, a no ser que se repitan hasta el punto de formar una “jurisprudencia constante”; y que las decisiones de primera instancia —al menos las de los tribunales de los Estados— tienen únicamente una autoridad muy débil.⁷

99.—Es también de Kent de quien se puede tomar la regla que expresa el alcance de la autoridad del precedente: la decisión adoptada sobre el punto de derecho en litigio se convierte en “una regla jurídica” que los jueces deben aplicar en “los casos semejantes”.

No es fácil, a decir verdad, precisar la noción de “casos semejantes”, de la que deriva el alcance de la autoridad del precedente. Dos casos no son nunca rigurosamente idénticos, al menos en el sentido de que las circunstancias —quizá sin consecuencias jurídicas— son diferentes: las partes, el tiempo y el lugar de los hechos. Es claro, ciertamente, que algunas de las circunstancias del primer caso carecen de toda influencia sobre la decisión y que, desde un punto de vista jurídico, un caso posterior puede ser semejante al primero, aun cuando sus circunstancias sean diferentes. Pero si es indispensable aceptar este principio, es preciso reconocer también que al admitirlo se abre

4. *Bracewell vs. Southern Ry. Co.* (1910), 134 Ga. 537, 68 SE 98.

5. Cf. *supra*, N° 97.

6. DAVID, *Introduction*, p. 144 y ss.; ALLEN, pp. 228-252; Lord WRIGHT, *The Common Law in its Old Home*, en *The Future*, pp. 66-119, 82; *supra*, N° 95, nota 5.

7. La Suprema Corte ha resuelto, sin embargo, que cuando los tribunales federales aplican el derecho de un Estado deben seguir, en defecto de decisión de la Suprema Corte del Estado sobre el punto que les interese, las decisiones de los tribunales inferiores: *West vs. American Telephone and Telegraph Co.* (1940), 311 U. S. 223, 85 L. ed. 139, 61 S. Ct. 179, 132 ALR 956, y *supra*, N° 56.

una puerta que permite extender muy lejos la noción de “caso semejante”.¹

En el supuesto de una decisión dictada sobre un choque de automóviles ocurrido en cierta encrucijada, es evidente que un “caso semejante” es otro accidente acaecido en el mismo lugar entre automovilistas que condujesen en circunstancias sensiblemente iguales de velocidad e iluminación que los primeros. Es igualmente incontestable que un “caso semejante” puede producirse en otro cruce de caminos; pero desde el momento en que se considere el caso abstractamente, en cierto aspecto como punto de derecho, separado de las circunstancias que no influyen en la decisión, es intelectualmente imposible negar la cualidad de “caso semejante” a un accidente ocurrido en circunstancias totalmente distintas. El punto de derecho, en efecto, puede ser idéntico, por ejemplo: ¿es posible incurrir en culpa cuando se actúa conforme a un uso? También es intelectualmente imposible negar la cualidad de “caso semejante” al accidente ocasionado, por ejemplo, en una operación quirúrgica, si el mismo punto de derecho se halla igualmente en juego. Finalmente, lo que en principio parece una regla específica podría, bajo una cierta interpretación de la doctrina del precedente, convertirse en un principio de alcance muy general y parece lógicamente difícil encontrar un “justo medio”.

Sin embargo, es un “justo medio” el que, al parecer, observan los tribunales norteamericanos, quizá porque si bien ellos no sienten las exigencias de la lógica tan acusadamente como un espíritu latino, se hallan más inclinados a las soluciones de compromiso y de sentido común.^{1 bis} Admiten la necesidad de abstraer el caso de aquellas circunstancias que carecieron de relevancia sobre la solución del litigio. Lo que tiene autoridad de cosa juzgada, se reconoce, es menos la decisión misma que el principio fundamental que la justifica, corrientemente llamado la *ratio decidendi*.² Pero a despecho de esta última

99.—

1. Cf. Herman OLIPHANT, *A Return to Stare Decisis*, “Am. Bar Ass. J.” (1928), vol. 14, pp. 71 y ss.

1 bis. Estudiando las sentencias dictadas el mismo día (11 de julio de 1939) por la *New York Court of Appeals*, un autor Karl LLEWELLYN, en *The Status of the Rule of Judicial Precedent*, “Cincinnati L. Rev.” (1940), vol. 14, pp. 203-355, 211-212 — distingue tres actitudes: en algunas decisiones, el tribunal aplica un principio establecido por un precedente; en otras, observa el verdadero alcance del precedente, sea —segunda actitud— con objeto de no exagerarlo (“todo lo que ha sido decidido en este caso, es lo que...”), sea, inversamente, —tercera actitud— con vistas a aplicar el precedente a un caso en el que los elementos jurídicos del problema son los mismos, aunque las circunstancias de hecho sean diferentes. Cf. del mismo autor *The Bramble Bush* (1930), pp. 60 y ss.

2. La determinación de la *ratio decidendi* de un caso, o la determinación recíproca del *obiter dictum*, sólo son objeto de una débil atención en los Estados Unidos, a causa del debilitamiento de la autoridad del precedente (cf. *infra*, Núms.

fórmula, los tribunales se niegan a extender por razones puramente

103 y ss. y 107 y ss.). Se puede acudir, no obstante, a *Humphrey's Executor vs. United States* (1935), 295 U. S. 602, 79 L. ed. 1611, 55 S. Ct. 869; *Brush vs. Commissioner of Internal Revenue* (1937), 300 U. S. 352, 81 L. ed. 691, 57 S. Ct. 495, 108 ALR 1428; *Wright vs. United States* (1938), 302 U. S. 583, 82 L. ed. 439, 58 S. Ct. 395; *Armour and Co. vs. Wantock* (1944), 323 U. S. 126, 89 L. ed. 118, 65 S. Ct. 165; *Woods vs. Interstate Realty Co.* (1949), 337 U. S. 535, 93 L. ed. 1524, 69 S. Ct. 1235; *Anway vs. Grand Rapids Ry. Co.* (1920), 211 Mich. 592, 179, NW 350, 12 ALR 26; — Eugene WANBAUGH, *The Study of Cases* (1892, 2nd ed. 1894), § 4-21; Karl LLEWELLYN, *The Bramble Bush* (1930), pp. 34-50, y *The Rule of Law in our Case-Law of Contract*, "Yale. L. J." (1938), vol. 47, pp. 1243-1271; MORGAN and DWYER, *op. cit. supra*, N° 1, nota 3. ch. vii.

El problema ha sido mucho más estudiado en Inglaterra, no por los tribunales, que parecen evitar el pronunciarse sobre él, sino por los autores. Un artículo fundamental: Arthur L. GOODHART, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, "Yale L. J." (1930), vol. 40, pp. 161-183, reproducido en los *Essays*, pp. 1-26, aunque publicado en los Estados Unidos, ha tenido una repercusión mucho mayor en Inglaterra. No abarca, sin embargo, todas las cuestiones que suscita la determinación de la *ratio decidendi*; diversas sentencias han planteado, además, recientemente, cuestiones que hasta la fecha habían sido descuidadas, y se está de acuerdo, normalmente, en considerar que el estudio de Goodhart, presenta de manera un poco optimista —al menos bajo cierto punto de vista— la determinación de la *ratio decidendi*, que, de hecho, puede dar lugar a grandes dificultades: v. principalmente, Julius STONE, *The Province and Function of Law* (1946), pp. 186-189; R. N. GOODERSON, *Ratio Decidendi and the Rules of Law*, "Can. B. R." (1952), vol. 30, pp. 829-907. Puede verse igualmente: ALLEN, vol. 8, pp. 242-250, 269-272; Lord WRIGHT, *Precedents*, "Cambridge L. J." (1943), vol. 8, pp. 118-145; G. W. PATON and G. SAWER, *Ratio Decidendi and Obiter Dictum in Appellate Courts*, "L. Q. R." (1947), vol. 63, pp. 461-458; J. A. COUTTS, *Ratio Decidendi: Alternative Grounds of Law*, "L. Q. R." (1948), vol. 64, pp. 463-464; Arthur L. GOODHART, *Precedents in the Court of Appeal*, "Cambr. L. J." (1947), vol. 9, pp. 348-365, y *The "I Think" Doctrine of Precedent: Invitors and Licensors*, "L. Q. R." (1950), vol. 66, pp. 374-389; F. A. MANN, nota en "L. Q. R.", vol. 69, pp. 18-20, 20; DAVID, *Introduction*, pp. 140-142. Dos informes fueron también presentados a la *Cambridge Conference of Teachers of Law* (1952), cuyos trabajos van a ser publicados: J. L. MONTROSE, *The Language of, And a Notion for, The Doctrine of Precedent*, y R. N. GOODERSON, *Ratio Decidendi and Rules of Law* (cf. de este autor, el artículo citado anteriormente); también se presentaron observaciones muy interesantes, principalmente por Arthur L. GOODHART, R. H. GRAVESON y B. E. KING, y un notable informe final fue presentado por R. N. GOODERSON.

Respecto al problema particular de la determinación de la *ratio decidendi* cuando el tribunal da dos argumentos, cada uno de los cuales es suficiente por sí solo, v. en los Estados Unidos: *United States vs. Title Ins. and T. Co.* (1924), 265 U. S. 472, 68 L. ed. 1110, 44 S. Ct. 621; *Richmond Screw Anchor Co. vs. United States* (1928), 275 U. S. 331, 72 L. ed. 303, 48 S. Ct. 194, y, en Inglaterra, *Jacob vs. London County Council* [1950], A. C. 361; COUTTS, artículo citado; GOODHART, *The "I Think" Doctrine*, *cit. supra*.

Respecto a la determinación de la *ratio decidendi* en Africa del Sur, v. nota en "L. Q. R." (1955), vol. 71, pp. 196 y ss.

lógicas la autoridad de un precedente.³ El principio, constantemente repetido, es el de que un precedente no tiene fuerza imperativa más que en el cuadro de las circunstancias que han influido sobre la decisión.⁴ Desde el momento en que, en un caso nuevo, una de las circunstancias que influyeron en la decisión es diferente, existe materia para la distinción —y se diría de buena gana: a distinción de buena fe, si la diferencia de circunstancias justifica una diferencia de solución, y a distinción de mala fe, si las dos circunstancias son, desde el punto de vista del litigio, equivalentes—; la regla precedentemente establecida no es más que el punto de partida de un razonamiento por analogía.⁵

Para conservar el ejemplo puesto anteriormente, si un juez absuelve a un automovilista porque ha seguido un uso y estima que carece de culpa quien se conforma a los usos, el principio que así plantea no tiene, pese a su generalidad, ninguna fuerza de precedente respecto a un cirujano, ni siquiera, en principio, respecto de otro automovilista que hubiere seguido otro uso de la circulación. No siendo legislador, el juez carece de la cualidad necesaria para declarar la fuerza justificativa del uso. El principio, en la medida en que es más general de lo necesario para resolver el litigio, no forma parte de la decisión y, en consecuencia, no se impone para el porvenir. Posee sólo una fuerza “persuasiva” o, más exactamente, una fuerza lógica; nociones que no se oponen en el caso, puesto que la lógica no es más que un elemento relativamente secundario de la decisión.⁶ No es más que un *obiter dictum*.⁷

3. Cf. Lord Halsbury in *Quinn vs. Leathem* [1901], A. C. 495, 506; CARDOZO, *The Nature*, pp. 32 y ss. V. también *infra*, N° 131, y Lord MacMillan, *cit.* N° 131, nota 1, párrafo primero.

4. V. por ejemplo, *Cohens vs. Virginia* (1821), 6 Weat, 262, 5 L. ed. 257; *Carroll vs. Carroll* (1853), 16 How. 275, 14 L. ed. 936; *Re Frazier* (1947), 180, Or. 232, 177 P. (2d) 254, 170 ALR 729; *Stanley vs. Levy and Zentner* (1941), 60 Nev. 432, 112 P. (2d) 1047, 158 ALR 76. Cf. KENT, *Comm.*, t. 1, p. 473: “*Adjudicated cases become precedents for future cases resting upon analogous facts and brought within the same reason*”; GOODHART, *Determining...*, *cit. supra*.

Hay que subrayar, sin embargo, con GOODHART, que las circunstancias de la causa no son una base objetiva de decisión (v. principalmente p. 10 del artículo y la p. 169 de los *Essays*). El juez funda su decisión propiamente dicha sobre los hechos, tal y como los ve. La elección de los hechos considerados importantes (en el sentido latino de la palabra) es, pues, en cierta forma, una parte de su decisión, y para comprender ésta, hay que considerar al mismo tiempo su elección y la decisión tomada partiendo de los elementos escogidos. Y esto es tan cierto que el juez se encuentra, podría decirse, ante un círculo vicioso: para juzgar qué hechos son importantes, es preciso presuponer una regla de derecho.

5. Cf. CARDOZO, *The Nature*, pp. 113 y ss.; POUND, artículo estudiado *infra*, N° 105.

6. Cf. *infra*, N° 131.

7. Cf. *supra*, N° 97.

En razón de lo que puede llamarse la flexibilidad del Derecho norteamericano,⁸ no parece necesario exponer más ampliamente en qué consiste la *ratio decidendi*, en oposición a los *obiter dicta*. La cuestión, que en Inglaterra da lugar a enconadas discusiones y ha producido una literatura importante, en los Estados Unidos presenta únicamente un interés mediocre.⁹ Repetimos solamente, con Goodhart, que la *ratio decidendi* no consiste, ni en los motivos que el juez da en apoyo de su decisión —y que pueden ser totalmente erróneos, sin impedir que la decisión y su *ratio decidendi* sean buenas¹⁰—, ni en la fórmula con la cual, con bastante frecuencia, resume el juez, bajo la forma de un principio, el resultado de sus investigaciones sobre el punto de derecho; fórmula que puede ser demasiado amplia o demasiado estrecha.¹¹

100.—Kent, finalmente, indica cuál es la fuerza de la regla jurídica que se deriva del precedente: los jueces están obligados a aplicarla, en tanto que no sea modificada, a menos que se pruebe que procede de una mala inteligencia o de una mala aplicación de lo que realmente era derecho.

La forma en que esta frase rodea de reservas al principio que encierra, permitiendo desconocerlo completamente y confiar sólo en quienes han de aplicarlo, por ser honestos y razonables, es, realmente, muy anglosajona — e incluso más inglesa que norteamericana, aunque la teoría haya perdido, en definitiva, toda su flexibilidad en el derecho inglés.

8. Cf. *infra*, Núms. 107 y ss.

9. Cf. los estudios citados *supra*, nota 2.

Por el contrario, sin proceder a un análisis a fondo de la *ratio decidendi*, es una actitud constante de parte de los litigantes y de los jueces el afirmar que tal precedente debe ser seguido o que hay lugar a proceder a una distinción entre las circunstancias de los casos. V. entre otros muchos ejemplos, Zorach vs. Clauson (1952), 343 U. S. 306.

10. Cf. GOODHART, *Determining...*, artículo citado antes, pp. 2 y ss. (ó 162 y ss.)

11. Cf. GOODHART, *op. cit.*, pp. 5 y ss. (ó 165 y ss.) Se apreciará entonces la diferencia entre el derecho judicial y el derecho legislado, así como la diferencia entre la actitud a su respecto del jurista inglés y del jurista francés. En el derecho legislado, el texto, para el jurista inglés debe ser respetado literalmente (cf. *infra*, N° 151); en el derecho judicial, por el contrario, no debe inclinarse ante las fórmulas y las palabras empleadas, sino observar el fondo de la decisión. El jurista francés tiene más libertad respecto de las leyes (cf. *infra*, N° 152) y parece, por el contrario, más superficial en la obediencia a los precedentes. El jurista norteamericano nos parece adoptar una actitud intermedia respecto de ambas categorías (cf. *infra*, Núms. 107 y ss. y 151 y ss.).

El alcance del principio y de sus excepciones no puede ser comprendido más que mediante el estudio de las dos justificaciones que Kent da al primero.

En primer lugar, desde un punto de vista teórico, el juez, como el juez francés, aplica a un caso concreto una regla de derecho preexistente. Incluso si esta regla no había sido todavía enunciada, existía implícitamente en el *common law*, y la misión del juez es sólo la de revelarla; dar una forma escrita a lo que estaba en el espíritu y la lógica de la costumbre. En consecuencia, cuando el mismo juez u otro distinto, se encuentre ante el mismo problema jurídico, es claro que deberá dar una segunda decisión idéntica a la primera. No falta a su deber, en el segundo caso, limitándose a seguir el principio enunciado en la primera decisión, puesto que ésta había expresado la regla de derecho que él debe aplicar. Si prefiere buscar directa y personalmente la regla de derecho aplicable, debe normalmente ser conducido a dictar una decisión idéntica a la primera. No puede concluir en un sentido diferente, sin concluir, al mismo tiempo, que la primera decisión había expresado mal la regla de derecho, y su decisión sólo puede ser satisfactoria en la medida en que se explique sobre este punto.

La segunda justificación de la autoridad del precedente es de naturaleza práctica, pero tiende a proporcionarle todavía más vigor.

Aun considerando que el *common law* es un derecho consuetudinario, es incuestionable que las sentencias son una expresión privilegiada de él, tanto por su autoridad moral como práctica. Para el pueblo, las sentencias son el derecho. El pueblo, pues, tiene el derecho de pensar que los jueces que un día dijeron blanco, no dirán negro al día siguiente; que los jueces que declaran aplicar el derecho, lo han aplicado realmente y continuarán aplicándolo; no puede convertirse en juez de las sentencias y debe poder confiar en ellas puesto que son la única expresión del derecho que se halla a su alcance. Consecuentemente, para el juez, seguir los precedentes no es sólo una posibilidad, sino un deber.¹ Sin duda, tiene también el deber de hacer prevalecer la verdadera regla de derecho; pero si llega a la conclusión de que el derecho había sido mal declarado anteriormente, esos dos deberes

100.—

1. Catalina de Rusia, en una instrucción dada a una comisión encargada de redactar un código: "Esos tribunales dictan decisiones; deben ser conservadas, deben ser enseñadas para que se juzgue hoy como se ha juzgado ayer, y para que la propiedad y la vida de los ciudadanos sean garantizadas y afirmadas como la Constitución misma del Estado" (Citado por MARTIN en exergo a sus *Reports of the Superior Court of the Territory of Orleans 1809-1812*. Cf. igualmente René DAVID y John N. HAZARD, *Le droit soviétique*, prefacio de L. JULLIOT DE LA MORANDIERE. 2 vols. 1954, t. 1. *Les données fondamentales du droit soviétique*, par René DAVID, p. 40).

están en conflicto ² y es él quien debe juzgar, tomando en cuenta todas las consecuencias inmediatas y futuras de su decisión, cual de los dos ha de predominar. Kent diría convencido, no como un principio, sino como una regla práctica que frecuentemente hay interés en seguir: vale más una injusticia que el desorden; en todo caso, citando a Bacon: *Optima ex lex, quae minimum relinquit arbitrio judicis: optimus judex, qui minimum sibi*" ³ El juez puede hacer prevalecer sobre el precedente lo que estime ser la verdadera regla de derecho; pero para ello es preciso que adquiera la certidumbre de "que razones extremadamente imperiosas" exigen el abandono de lo que anteriormente había sido declarado regla de derecho. ⁴

Obsérvese que el juez no está obligado a respetar la regla jurídica resultante de un precedente sino en la medida en que ella no haya sido modificada; y puede serlo, en efecto, ya por la propia jurisdicción que la enunció, ⁵ como acabamos de ver, ya por una jurisdicción de grado superior, ya por una ley, puesto que una de las funciones del legislador es la de corregir los errores de los tribunales o las soluciones inadecuadas que adopten. ⁶

101.—El único aspecto de la regla *stare decisis* que, si no pasado en silencio, fue al menos insuficientemente tratado por Kent, es el de la fuerza de los precedentes de una jurisdicción sobre las decisiones de otras jurisdicciones.

Dos puntos muy importantes surgen, no obstante, del texto de Kent. La obligación de seguir los precedentes, liga, de un lado, al tribunal que ha dictado ese precedente; de otro, no liga a la jurisdicción superior. Este último principio es necesario: la jurisdicción superior no podría, en otro caso, ejercer sus funciones. Además, no supone grandes inconvenientes, puesto que el pueblo puede saber, al menos por in-

2. Cf. Prall vs. Burkhart (1921), 299 Ill. 19, 132 NE 280: "Cuando el carácter erróneo de una decisión precedente es reconocido, la cuestión de saber si se seguirá la regla *stare decisis* se reduce a escoger entre los inconvenientes relativos de las dos soluciones"; Ellison vs. Georgia R. Co. (1891), 87 Ga. 691, 13 SE 809.

3. KENT, *Comm.*, t. 1, p. 478.

4. Respecto a la fuerza que posee el precedente en el derecho inglés, donde la teoría de Blackstone, comparable a la de Kent, se ha conservado mejor, consúltese principalmente ALLEN, pp. 228-342.

5. Es casi una práctica constante, de parte de la Suprema Corte federal y de las Cortes Supremas de los Estados, declarar expresamente que un cierto precedente se cambia, o que ya no existe motivo para reconocerle una autoridad, en la medida en que es incompatible con la sentencia dictada. V. por ejemplo, Joseph Burstyn, Inc. vs. Wilson (1952), 343 U. S. 495.

6. Cf. *infra*, N° 146, texto y nota 8.

termedio de los juristas profesionales, que la regla de derecho es incierta mientras que la jurisdicción superior no se ha pronunciado ¹

Un tercer principio parece también derivarse del primero: las jurisdicciones inferiores están obligadas a seguir los precedentes de los tribunales superiores; ^{1 bis} en caso contrario, en efecto, la parte derrotada no dejaría de interponer una apelación que daría lugar automáticamente a la reforma de la decisión, puesto que el tribunal de apelación está obligado a permanecer fiel a la primera decisión; además, parece lógico que lo que obliga a la misma jurisdicción, obligue, con mayor razón, a la jurisdicción inferior. ²

Por el contrario, la doctrina de Kent deja sin respuesta la cuestión de saber en qué medida una decisión constituye un precedente para las demás jurisdicciones del mismo grado del Estado. Pero hay que reconocer que el problema es de interés secundario. En cada Estado, en efecto, la Suprema Corte, cualquiera que sea su nombre, es única y el problema no se plantea para ella. Y las jurisdicciones inferiores, tribunales de apelación o tribunales de primera instancia, solamente disponen de una autoridad escasa. ³ En derecho, algunos autores estiman que las jurisdicciones de un cierto grado están obligadas por las decisiones dictadas en el mismo Estado por las otras jurisdicciones del mismo grado. ⁴ De hecho, si bien es cierto que esas decisiones son atentamente consideradas y constituyen un importante

101.—

1. Si no está obligada por las decisiones de las jurisdicciones inferiores, una corte suprema debe, sin embargo, tenerlas en cuenta, no sólo porque ellas revelan la opinión de magistrados que han examinado ya la cuestión, sino porque el público ha podido identificarse más o menos con ellas. Cf. Paul A. FREUND, *On Understanding the Supreme Court* (1950), pp. 78-79; *United States vs. Ryan* (1931), 284 U. S. 167, 76 L. ed. 224, 52 S. Ct. 65; *United States vs. Griffith* (1948), 334 U. S. 100, 92 L. ed. 1236, 68 S. Ct. 941.

^{1 bis}. Cf. GRAY, p. 243. En lo que concierne a las jurisdicciones federales, v. principalmente *Boyer vs. Garret* (4th Cir. 1950), 183 F. (2d) 582; *United States vs. Samuel Dunkel and Co.* (2nd Cir. 1949), 184 F. (2d) 894; y las sentencias citadas *supra*, N° 93, nota 13.

2. No siendo absoluta la autoridad del precedente, podría pensarse, sin embargo, que es un deber de la jurisdicción inferior declarar errónea, si es preciso, la regla afirmada por la superior, con la esperanza de que incluso ésta reconocerá su error; de la misma manera que una corte de apelación francesa, o incluso un tribunal de primera instancia, puede negarse a participar de las opiniones de la Corte de Casación y resolver de tal suerte que la causa vuelva ante ésta en pleno. Prácticamente, no obstante, no se observa jamás esta actitud. Sería más peligrosa que en Francia, en la que, como se sabe es, por otra parte, excepcional. Siendo el derecho esencialmente judicial, es necesario, en efecto, que el precedente sea respetado, al menos por los tribunales inferiores, para que el derecho conserve un *minimum* de estabilidad.

3. Cf. *supra*, N° 98.

4. En este sentido GRAY, pp. 241-242; CHAMBERLAIN, *Stare Decisis*, p. 19, *cit. infra*, N° 51.

elemento de decisión, es dudoso que los diversos tribunales se sientan ligados por ellas.⁵

102.—Kent pasa por alto también todos los problemas planteados por la naturaleza federal de los Estados Unidos, el primero de los cuales es el de saber si las decisiones de un Estado tienen fuerza de precedente para los tribunales de otros Estados. La cuestión es más compleja de lo que parece a primera vista y merece, en principio, una evidente respuesta negativa.¹

La autonomía jurídica de cada Estado no está restringida más que por la existencia de una legislación federal y tribunales federales cuya competencia ha sido precisada en otro lugar.² Cada Estado tiene su derecho propio y las decisiones dictadas en otro Estado no podrían en forma alguna imponérsele. De hecho, sin embargo, las diversas cortes supremas no son insensibles a la comunidad fundamental de su derecho y prestan gran atención a las decisiones de las otras cortes, sobre todo cuando carecen de precedentes sobre una cuestión o cuando desean abandonar los precedentes.³

De todas maneras, se encuentran ciertos Estados que se han formado mediante la separación de una porción de territorio de otro Estado preexistente. En tal caso, las decisiones correspondientes a la época de unidad tienen fuerza de precedente en ambos Estados. A partir de la división, desde luego, cada uno de ambos derechos evoluciona separadamente, aun cuando se trate de interpretar una ley dictada en tiempos de la unidad.⁴

Los demás problemas planteados por la existencia de una Federación son de naturaleza constitucional y, en consecuencia, han sido estudiados en otra parte.

Sabemos, así, que las decisiones de un Estado se ven reconocidas con fuerza de precedente en las jurisdicciones de otros Estados, cuando éstas aplican el derecho del primero conforme a las reglas del derecho internacional privado norteamericano.⁵ Sabemos, igualmente,

5. Sobre la independencia recíproca de los tribunales federales de apelación a este respecto, v. WILLOUGHBY, t. 2, § 839, pp. 1315-1316; — *Finucane vs. Binczyck* (D. C. Cir. 1950), 87 U. S. App. 137, 184 F. (2d) 225, cambiado por otras razones por *Binczyck vs. Finucane* (1951), 342 U. S. 76; Frank J., *separate opinion* in *Massachusetts Universalist's Convention vs. Hildreth and Rogers Co.* (1 st. Cir. 1950), 183 F. (2d) 497.

102.—

1. Cf. GRAY, p. 243.

2. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 170 y ss. y *supra*, N° 16.

3. Cf. *infra*, Núms. 112 y 130.

4. Cf. GRAY, pp. 243 y 244.

5. Cf. *supra*, N° 60.

que las jurisdicciones de los Estados, cuando resuelven sobre derecho federal, deben seguir los precedentes de las jurisdicciones federales⁶ y que, recíprocamente, los tribunales federales, cuando aplican el derecho de un Estado, deben, desde 1938, respetar, sin excepción, los precedentes de este Estado.⁷

103.—La teoría de Kent es la que ha formado la doctrina del precedente en los Estados Unidos. Todavía hoy es a ella a la que se refieren las sentencias que declaran respetar íntegramente la doctrina del precedente.¹ Sin embargo, bajo la influencia de las ideas, por otra parte difícilmente contestables, según las cuales el derecho debe permanecer siempre atento al servicio de la justicia y, en consecuencia, tener en cuenta, ampliamente, las nuevas condiciones sociales, los problemas nuevos y los nuevos ideales sociales, otras dos teorías han sido emitidas. La una es evolutiva, en el sentido de que se propone suavizar la regla del *stare decisis*, con objeto de que no impida al derecho adaptarse a las necesidades nuevas; la otra es más revolucionaria: niega la autoridad jurídica de la regla *stare decisis*, para hacer de los precedentes sólo uno de los elementos de la decisión.

La primera teoría ha sido expuesta en una frase de un “ensayo” premiado por la *New York State Bar Association* y escrito en 1885 por Daniel H. Chamberlain:²

“Una decisión maduramente reflexionada de un tribunal o de un juez, adoptada tras de discutir una cuestión de derecho realmente suscitada por el litigio y necesaria para su solución, es una fuente de derecho o un precedente imperativo para el mismo tribunal y para los de igual o inferior rango, en los casos posteriores y cuando el punto exacto de derecho en litigio sea el mismo; pero el grado de autoridad de esta fuente de derecho constituida por el precedente, depende necesariamente de su concordancia con el espíritu del tiempo o de la posterior opinión de los tribunales sobre su correspondencia con la regla

6. Cf. *supra*, N° 39.

7. Cf. *supra*, N° 55.

Digamos, aunque sea casi una verdad evidente, que la decisión federal recaída en materia de derecho estatal no goza de ninguna autoridad de precedente respecto de las jurisdicciones de Estado. Su autoridad, en todo caso, es puramente moral.

103.—

1. Cf. *infra*, N° 107, nota 1.

2. Daniel H. CHAMBERLAIN, *The Doctrine of Stare Decisis. Its Reason and Its Extent* (1885), p. 19. Este ensayo se publicó, probablemente, en un número de ejemplares muy limitado y es difícil de consultar. La Biblioteca del Congreso no lo tiene, pero se halla principalmente en la Biddle Law Library, de la Universidad de Pennsylvania, en Filadelfia.

de derecho actual o con la verdadera regla de derecho; y la doctrina del precedente posee, en último término, una autoridad intelectual y moral, más que una fuerza mecánica y automática.”

Esta nueva exposición de la regla *stare decisis*, probablemente conforme, además, con ideas bastante difundidas en la época, de manera más o menos difusa,^{2 bis} parece haber ejercido una influencia real sobre la doctrina y sobre los tribunales.³ Su diferencia con la exposición de Kent es fácil de ver.⁴

El comienzo de ambas exposiciones es idéntico, pero donde Kent recoge como principio: “los jueces deben seguir esta decisión”, Chamberlain declara: “el grado de autoridad de esta fuente de derecho... depende...” A partir de este momento, mientras Kent explica la autoridad del precedente por razones imperativas, que son casi de naturaleza constitucional, y que no permiten desconocerlo más que por “razones extremadamente imperiosas”, Chamberlain insiste sobre el carácter simplemente relativo de la autoridad del precedente y su última frase tiende a hacer de él una fuente de derecho “persuasiva”, en vez de una fuente “imperativa”.⁵

La segunda diferencia es todavía más importante que ésta: Chamberlain, bajo la influencia de las anotaciones hechas por el Chief Justice Sharswood a Blackstone,⁶ ubica el *common law* en el tiempo. Kent, al igual que los autores ingleses, no consideraba la posibilidad de desconocer un precedente más que cuando éste había interpretado mal

2 bis. Cf. *Douglas vs. County of Pike* (1880), 101 U. S. 677, 687, 25 L. ed. 968: “Nosotros reconocemos plenamente a un tribunal de Estado, no sólo el derecho, sino el deber de cambiar de opinión todas las veces que lo estime necesario. Puede hacerlo por razones nuevas o, simplemente, porque cambie de parecer respecto a las razones antiguas”; Justice Matthews, *cit. infra*, N° 104, nota 13; y Caton, J., *dissent*, en *Seely vs. Peters* (1848), 10 Ill. 130, *cit. por* Howe, pp. 8-9. Desde 1832, el Presidente Jackson había escrito, oponiendo su veto a un proyecto de ley (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 57): “Un simple precedente judicial es una fuente de derecho peligrosa y no debe ser considerado como decisivo en cuestiones constitucionales, a menos que la aprobación del pueblo y de los Estados esté claramente establecida”.

3. Es adoptada por numerosas sentencias (principalmente por un cierto número de las citadas *infra*, N° 107, nota 4), y por diversos autores, entre los cuales: Robert von MOSCHZISKER, *Stare Decisis in Courts of Last Resort*, “Harv. L. R.” (1924), vol. 37, pp. 409-430, reproducido en *Stare Decisis Res Judicata and Other Selected Essays*, (1929), pp. 1-29; HUTCHESON, en *The Status*, p. 262; Charlotte C. BERNHARDT, *Supreme Court Reversals on Constitutional Issues*, “Cornell L. Quart.” (1948), vol. 34, pp. 55-70, 66. Cf. igualmente, Simeon E. BALDWIN, *The American Judiciary* (1905), pp. 54-80. Desde luego, esta nueva exposición de la doctrina del *stare decisis*, ha contribuido por sí misma a la formación de la actitud moderna (cf. *infra*, N° 106, nota 1).

4. *Cit. supra*, N° 95.

5. V. respecto a la distinción, *supra*, N° 5.

6. P. 70, nota 11.

o aplicado erróneamente la regla de derecho a un caso particular⁷ o cuando, en cualquier forma, se consideraba que había interpretado o aplicado mal la regla de derecho. Se podía alabar la flexibilidad del *common law*;⁸ éste, en teoría, no dejaba de ser inmutable;⁹ teóricamente, una decisión contraria a los precedentes no hacía más que sustituir, por una exposición exacta, una exposición errónea de lo que era la regla de derecho en vigor en el conjunto de las costumbres inglesas cuando se instauraron las jurisdicciones reales.¹⁰ Chamberlain rechaza completamente esta ficción. El *common law* evoluciona y debe evolucionar. Una regla de derecho que pudo haber sido oportuna, puede hacerse molesta. La autoridad de un precedente “depende de su acuerdo con el espíritu moderno, de su correspondencia con el derecho actual”. Mientras que en Inglaterra la inmutabilidad —al menos teórica— del *common law* iba a acentuarse y se iba a declarar absolutamente imposible desconocer un precedente, en los Estados Unidos, por el contrario, la doctrina expuesta por Chamberlain sumerge al *common law* en un cierto medio social y le da un carácter fundamentalmente “dinámico”.

104.—Una segunda teoría, todavía más radical, iba a atacar directamente la tiranía del pasado sobre el presente en el ámbito jurídico y reclamar para el derecho la búsqueda constante de una justicia siempre mayor en condiciones sociales constantemente renovadas, cualesquiera que fueren las consecuencias que hubiere de sufrir la regla del *stare decisis*.

Esta doctrina ha nacido de las ideas de reforma social de fines del siglo pasado y se ha desarrollado en los medios “progresistas”, principalmente de la Suprema Corte.¹ Un gran magistrado, cuya in-

7. Tales son las propias expresiones de Kent.

8. Cf. *infra*, N° 122.

9. Cf. *infra*, N° 123.

10. Cf. *infra*, N° 132.

104.—

1. Cf. *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 94 y ss. y N° 123. Algunos ataques dirigidos contra la regla del *stare decisis* se inspiran también en consideraciones estrictamente técnicas. Así el de John Henry WIGMORE, *The Judicial Function*, prefacio al vol. IX de las *Modern Legal Philosophies Series: Science of Legal Method* (1917), xxxvi-xxxix. A esta regla, escribe, se atribuye generalmente la virtud de asegurar al derecho imparcialidad, estabilidad y certidumbre. Ahora bien, la imparcialidad no supone, necesariamente, la regla; y si es necesario asegurar, en las mismas condiciones, idéntico tratamiento a dos personas que viven en la misma época, no es necesario asegurar el mismo tratamiento en diversas generaciones. La estabilidad resulta de la regla, pero la proposición inversa, según la cual la estabilidad necesitaría la regla, es inexacta; además, la estabilidad interesa al derecho de contratos y al de propiedad, sólo en la medi-

fluencia ha sido considerable, Justice Holmes, ha contribuído probablemente más que ningún otro a propagarla.² Su influencia en la materia se ha ejercido no sólo por las sentencias en las que expresó sus ideas, sino en dos artículos extraordinariamente notables, y ha sido tanto más fuerte, cuanto que no se limitó, por lo menos en esos artículos, a criticar la regla del *stare decisis*, sino que atacó más ampliamente el papel atribuído a la historia en el derecho.³ El derecho, escribía, está actualmente prisionero del pasado; “es indignante que no tengamos más razón para resolver que el hecho de que una decisión ha sido adoptada bajo Enrique IV”.⁴ Hay que reconocer más claramente y hacer conocer mejor, que es un deber del juez el pesar las consecuencias sociales de su decisión.⁵ Es lícito estudiar la historia del derecho, pero a condición de que sea para entender las razones que han conducido a la adopción de una norma y para juzgar mejor si ésta debe o no ser rechazada: para “llevar el dragón a la luz” y matarlo; hay que volver a pensar todo el derecho.⁶ Si no se concibe de esta manera, el estudio de la historia es peligroso; proporciona el gusto por la tradición —frecuentemente mal comprendida— que mata los deseos de una política inteligente.⁷ La energía de los juristas debe aplicarse al estudio de los fines a alcanzar, no al de la historia.⁸ Es preciso igualmente prescindir del estudio de las sutilidades técnicas

da en que las partes se han fundado sobre una cierta regla de derecho; importa poco, por el contrario, que se cambie la regla que determina la fecha de conclusión de un contrato celebrado por correspondencia. La certeza, en fin, debería, teóricamente, estar asegurada por la regla *stare decisis*. De hecho, sin embargo, la falta de certeza del derecho es evidente y debía preguntarse si la regla *stare decisis* no es incapaz de asegurar la certeza. V. igualmente, del mismo autor, *Problems of Law* (1920), principalmente, pp. 79 y ss.

2. Sobre la personalidad de este magistrado, v. los estudios citados en *Le syst. const.*, t. 1, N° 94, nota 13, principalmente, Félix FRANKFURTER, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court* (1938), y Max LERNER, *The Mind and Faith of Justice Holmes* (1946). Adde: Julius J. MARKE, *The Holmes Reader* (1955).

3. *The Path of the Law*, “Harv. L. R.” (1897), vol. 10, pp. 457-478 y *Law in Science and Science in Law*, “Harv. L. R.” (1899), vol. 12 pp. 443-463. La primera parte del primer artículo está consagrada a la confusión entre el derecho y la moral (pp. 459-464), pero la segunda está completamente dedicada al papel de la historia (pp. 464-478). La última página de este artículo, sobre la satisfacción que produce la dominación de las ideas, es de una belleza extraordinaria. El segundo artículo está consagrado a la relatividad de las normas jurídicas y a su evolución; después, de nuevo, a la necesidad de considerar el derecho como una ciencia social y de “repensar” técnica y contenido. Destaquemos, no obstante, esta frase (p. 460), que parece contradecir el papel que nosotros atribuimos a Holmes: “Yo no pretendo ni deseo que los jueces traten de renovar el derecho. Esa no es su función”.

4. *The Path of the Law*, *op. cit.*, p. 469.

5. *Op. cit.*, p. 467.

6. *Op. cit.*, pp. 468-470, 474.

7. *Op. cit.*, pp. 472-474.

8. *Op. cit.*, p. 474.

del derecho,⁹ para orientarse hacia la economía política;¹⁰ “para el estudio racional del derecho, el hombre que devora los volúmenes es quizá el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el de las estadísticas y el que domine la economía política”.¹¹

Bajo la pluma idealista y brillante de Holmes, esas ideas debían mantener y propagar una corriente general y semipermanente de hostilidad hacia la regla del *stare decisis*. Esta corriente puede, durante largos períodos, permanecer soterrada, pero reaparece cada vez que la Suprema Corte siente la necesidad de cambio — después de 1937, por ejemplo.¹² Las fórmulas por las que se expresa esa hostilidad varían. Todas, sin embargo, tienden a hacer del precedente, no ya la regla de decisión que puede excepcionalmente ser abandonada por razones extremadamente imperiosas, como sostenía Kent, o porque ya no esté de acuerdo con las condiciones sociales actuales, como admitía Chamberlain, sino un simple elemento de decisión, que debe ser considerado al igual que los otros.¹³

9. De una manera más precisa, Holmes pide que se estudie más la “*jurisprudence*” (*op. cit.*, p. 474). La palabra, que puede traducirse normalmente por filosofía del derecho, es definida aquí por Holmes mismo como “*simple law in its most generalized part*”.

10. *op. cit.*, p. 474.

11. *op. cit.*, p. 469.

12. Respecto al cambio de actitud de la Suprema Corte en 1937, v. *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 123 y ss. Este cambio de actitud es observado desde el punto de vista de la regla *stare decisis* por el Justice DOUGLAS, *op. cit. infra*, N° 106, nota 1. Revelemos que sólo treinta precedentes han sido derribados en doce años.

13. Cf. CARDOZO, *Address*, 274: “*Stare Decisis* es un elemento importante de la decisión, pero está lejos de ser el único elemento”. (Para un estudio de la actitud de Cardozo, v. también *infra*, N° 106, nota 1).

V. sobre todo, Justice Rutledge, en *National Mutual Ins. Co. vs. Tidewater Transfer Co.* (1949), 337 U. S. 582, 93 L. ed. 1556, 69 S. Ct. 1173: “Un precedente, desde luego, no debe ser eliminado a la ligera”; Mr. Justice Black, en *Commissioner vs. Estate of Church* (1949), 335 U. S. 632, 93 L. ed. 288, 69 S. Ct. 322, aprobando Mr. Justice Frankfurter *cit. infra*; Mr. Justice Frankfurter, en *Helvering vs. Hallock* (1940), 309 U. S. 106, 84 L. ed. 604, 60 S. Ct. 444, 125 ALR 1368: “la fórmula *stare decisis* expresa una importante regla de política social”, pero constituye “un principio de política jurídica, y no una fórmula mecánica de adhesión a la última decisión”: Justices Stone y Cardozo en *St. Joseph Stock Yards Co. vs. United States* (1936), 299 U. S. 38, 80 L. ed. 1033, 56 S. Ct. 720: el respeto de los precedentes es “útil y, a veces, hasta necesario”; Justice Brandeis, *dissents* en *Burnet vs. Coronado Oil and Gas Co.* (1932), U. S. 393, 76 L. ed. 815, 52 S. Ct. 443: “*stare decisis* es ordinariamente una buena política” y en *Washington vs. Dawson et Co.* (1924), 264 U. S. 219, 68 L. ed. 646, 44 S. Ct. 3023: “*Stare decisis* es ordinariamente una sabia regla de acción. Pero no es un imperativo universal e inexorable”; y decisión de la Corte en *Rosen vs. United States* (1918), 245 U. S. 427, 62 L. ed. 406, 38 S. Ct. 148, donde se rechaza, en un caso particular, “la mano muerta del *common law* en vigor” en la fecha de la ley que lo imponía en ese ámbito a los tribunales; Justice Lurton, en *Hertz vs. Woodman* (1910), 218 U. S. 205, 54 L. ed. 1001, 30 S. Ct. 621: “La regla *stare decisis* aunque tendiendo a la es-

Semejante concepción está muy lejos de la de Kent y todavía más de la del derecho inglés moderno. Es preciso reconocer que, aunque inspirada por cierto ideal, no puede menos de inquietar al jurista francés, habituado a una mayor estabilidad del derecho y a un poder judicial más confinado en su papel de aplicación de un derecho pre-existente. Si, por hipótesis, la decisión del juez, no gobernada por una ley, tampoco lo fuera por los precedentes, porque la regla del *stare decisis* hubiere perdido su poder, se haría sumamente incierta y dejaría al juez un poder arbitrario lamentable, sobre todo, quizá, en un país en el que los jueces —o por lo menos los jueces de los Estados— son frecuentemente elegidos.

105.—Una actitud tan radical no podía, en verdad, dejar de provocar una reacción y ésta se ha producido, encontrando sin duda su expresión más interesante en un artículo en el cual el Decano Roscoe Pound toma la defensa de la regla tradicional.¹

tabilidad y a la uniformidad de las decisiones, no es inflexible. La cuestión de saber si será seguida o no depende completamente de la discreción del tribunal llamado a resolver una cuestión ya resuelta"; Justice Mathews, en *Hurtado vs. California* (1883), 110 U. S. 516, 28 L. ed. 232, 4 S. Ct. 111: respetar siempre los precedentes "sería negar al derecho toda otra cualidad que no sea su antigüedad y hacerlo incapaz de progreso; sería dotarlo de esa inmutabilidad atribuida a las leyes de los Medas y de los Persas" (esta última fórmula, como la del Justice Holmes sobre la obediencia debida a las decisiones adoptadas en tiempo de Enrique IV, ha sido citada frecuentemente y recogida por las sentencias de los tribunales estatales que han criticado la regla del *stare decisis*). Cf. también, Mr. Justice Black, *dissenting*, en *Francis vs. Southern Pacific Co.* (1948), 338 U. S. 445, 92 L. ed. 798, 68 S. Ct. 611: "El derecho de la responsabilidad cuasidelictual ha sido elaborado en gran parte por los jueces, demasiado ampliamente para muchos; pero si bien los jueces hacen las reglas de derecho, parece que deben conservar el espíritu crítico con la finalidad de ejercer una fiscalización constante y útil sobre la forma en que esas leyes sirven al público. La experiencia puede demostrar que una regla creada por los jueces no debía haber sido creada jamás, o que esa regla, originalmente justificada, no es ya adecuada a las nuevas condiciones físicas o sociales que se han desarrollado en una sociedad en movimiento. Una revaluación de los intereses sociales y económicos afectados por la primera regla podría revelar la inoportunidad de su extensión o requerir imperativamente su revisión o abandono".

105.—

1. *What of Stare Decisis?* "Ford. L. Rev." (1941), vol. 10, pp. 1-13.

V. igualmente, Mr. Justice Frankfurter, *dissent* en *United States vs. Rabino-witz* (1950), 339 U. S. 56: "La Corte no debe contribuir a la inestabilidad general proporcionando una justificación a la idea de que el derecho es el resultado del azar, por ejemplo, el resultado de cambios inesperados en la composición de la Corte y de las contingencias que presiden la elección de nuevos magistrados"; Mr. Justice Roberts, *dissent* en *Mahnich vs. Southern Steamship Co.* (1944), 321 U. S. 96, 88 L. ed. 561, 64 S. Ct. 455, y *Smith vs. Allwright* (1944), 321 U. S. 649, 88 L. ed. 987, 46 S. Ct. 757, 151 ALR 1110;

El peligro de las teorías radicales es denunciado, en los más vivos términos, por el eminente decano, al que, sin embargo, nadie puede acusar de haber permanecido ciego a la necesidad de reformas jurídicas y sociales.² Según él, bajo capa de ideas de justicia y de libre decisión, esas teorías tienden, conscientemente o no, nada menos que a hacer renacer el arbitrio del juez, que constituye una de las formas del absolutismo.³ Se inspiran en el mismo espíritu que quiere asegurar, declara, la omnipotencia de los poderes públicos, principalmente por intermedio de comisiones administrativas.⁴ Serían la negación de toda la filosofía política del siglo XIX, que, sobre la experiencia de la época colonial, se oponía sabiamente a que un poder ilimitado perteneciese a cualquier cuerpo del Estado. Pondrían en entredicho la propia concepción del derecho: conjunto de reglas jurídicas por medio del

Mr. Justice JACKSON, *Decline of Stare Decisis is due to Volume of Opinions*, "J. Am. Jud. Soc." (1944), vol. 28, pp. 6-8, ó *Proceedings of the Am. Law Inst.*, vol. 21: "El mediocre respeto a la regla *stare decisis* es una causa de preocupación... A menos que continúe siendo normalmente exacto que los litigios serán resueltos mediante la aplicación de principios conocidos y de formas de razonamiento anteriormente aplicadas, nuestro *common law* se convertirá en la especie más intolerable de legislación judicial retroactiva" (citado y aprobado por Davis vs. Penn. Mutual Life Ins. Co. (1944), 198 Ga. 550, 32 SE (2d) 180, 160 ALR 778). Cf. Samuel WILLISTON, *Some Modern Tendencies in the Law* (1929), pp. 85-86, 142; Ralph F. BISCHOFF, *The Role of Official Precedents*, en *Supreme Court and Supreme Law*, ed. por Edmond CAHN (1954), pp. 76-85.

Desde 1891, Bleckey, C. J. declaraba, en *Ellison vs. Georgia R. Co.* (1891), 87 Ga. 691, 13 SE 809: "Ciertos tribunales se pasan el tiempo corrigiendo los errores de otros y respetando escrupulosamente los suyos... juzgando a otros jueces..." y criticaba la libertad excesiva que se tomaban algunos tribunales respecto del precedente. En 1856, Black, J., escribía, *dissenting* en *Hole vs. Rittenhouse*, 2 Phila. 411: "Si los jueces X e Y viviesen todavía, este proceso sería ganado por el demandado; pero como han muerto, éste va a perder su propiedad... Es triste que los derechos de propiedad de un hombre dependan de un lazo tan frágil... *New lords, new laws*".

2. La personalidad del eminente decano y sus concepciones jurídicas y sociales han sido objeto de una abundante literatura. Puede leerse, sobre todo, SAYRE, *The Life of Roscoe Pound* (1948), o Sir Maurice Sheldon AMOS, *Roscoe Pound*, en *Modern Theories of Law* (1933), pp. 86-104.

Es autor de obras muy clásicas (v. *infra*, N° 164). Su deseo de ver progresar el derecho aparece particularmente en la lectura de su libro *The End of Law, Courts and Legislation, The Theory of Judicial Decision*, principalmente en las pp. 657 y ss., 661-662, 940 y ss.; *Sources*, pp. 47-63. Incluso desde el punto de vista de la autoridad que reconoce a la regla *stare decisis*, es necesario, a pesar de la advertencia que constituye el artículo estudiado en el texto, clasificarle entre los partidarios de una concepción evolutiva.

3. Pp. 1 y 5.

Cf. del mismo autor, *The Spirit*, pp. 82, cit. *supra*, N° 83, *Courts and Legislation*, pp. 227-228 (el derecho no debe ser el resultado de una voluntad, ya sea la de un rey, la de un pueblo — o la de un tribunal: p. 223). Cf. igualmente, GOODHART, *The New York Court of Appeals*, reproducido en *Essays*, pp. 268-281, 268.

4. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 329 y ss.

cual se garantiza el orden, la seguridad, la libertad; o instrumento de guerra al servicio de fuerzas en conflicto.⁵

Que el *common law* americano tenga necesidad de evolucionar, no lo niega el autor.⁶ Está hecho para regir a una sociedad profundamente diferente de la sociedad actual, de la cual el propio Roscoe Pound dedujo sus rasgos en una obra célebre;⁷ pero el problema que plantea esa reforma es un problema de técnica: se trata de saber cuál es el medio más apropiado para realizarla.

El Decano Pound opina que la reforma podría efectuarse en gran parte mediante una más exacta concepción de la autoridad del precedente. En lugar de ligarse a la solución precisa dada por una sentencia, sería necesario comprender su idea general. Un precedente no establece simplemente una regla para regir en circunstancias determinadas, o, en todo caso, esta regla es de poco interés: el precedente es la aplicación de un *standard* en circunstancias determinadas, es decir, de un principio rector general.⁸ Es este principio el que es preciso deducir de la sentencia y retenerlo, no las palabras utilizadas, como suelen hacer los autores superficiales, sobre todo los autores de enciclopedias, llevándoles a ver cambios de jurisprudencia en las expresiones nuevas empleadas por un tribunal.⁹

Si esta concepción más amplia de la autoridad del precedente no es suficiente para permitir la necesaria evolución del *common law*, será necesario entonces acudir al legislador.¹⁰ Y si es cierto que el legislador se interesa muy poco por el "derecho de los juristas" y que apenas se puede contar con él en el momento actual, es necesario dotarlo de un órgano comparable al *Law Revision Committee* inglés,¹¹ que podría ser un departamento importante de los Ministerios de Justicia.¹²

De todas maneras, el juez no debe desentenderse del derecho preexistente, ni legislar. La historia —que debería conocerse y estudiarse más de lo que se hace, con objeto de no perder las enseñanzas del pasado— ha puesto en evidencia los peligros de la primera actitud.¹³ La segunda debe ser rechazada también por varias razones, principalmente, porque si el juez legisla está condenado a hacerlo en

5. P. 1.

6. P. 2.

7. *The Spirit of the Common Law* (1921).

8. Pp. 10-11 y 13.

9. P. 7.

10. P. 12.

11. Cf. DAVID, *Introduction*, p. 83. El deseo del Decano POUND sobre este punto se ha visto parcialmente realizado: v. *infra*, N° 123.

12. Pp. 12-13.

13. Pp. 4-5.

forma retroactiva;¹⁴ lo que la Constitución prohíbe al mismo legislador.¹⁵ Es verdad que el derecho no podría ser, al mismo tiempo, perfectamente estable, cierto, previsible y perfectamente flexible; pero una adecuada comprensión de la regla del *stare decisis*, parece el medio más seguro para garantizar el equilibrio entre las dos especies de cualidades inconciliables que sería deseable encontrar en el derecho.¹⁶

Es necesario subrayar que semejante forma de entender los precedentes y de utilizarlos está bastante alejada de la manera tradicional. Hemos visto, en efecto, que la *ratio decidendi* de un precedente no tenía fuerza más que en el cuadro de los hechos litigiosos y que fuera de él, como el propio Pound lo recuerda, cesa de imponerse para no ser más que el posible punto de partida para un razonamiento por analogía, en un problema cuya conclusión depende también de otros factores.¹⁷

El proceso de elaboración del *common law* es el de una *legislación judicial de los casos particulares*.¹⁸ Lo que en el fondo propone Roscoe Pound, es hacer pasar al *common law*, de esa etapa, a la de una *codificación no escrita*, si se acepta al menos, conforme al ideal francés, que lo característico de la codificación es el establecer principios generales.¹⁹

14. Cf. *infra*, Núms. 132 y ss. V. también, del mismo autor, *Courts and Legislation*, pp. 223, 226.

15. P. 10. Una segunda razón para que el juez no modifique una solución ya establecida, consiste, según Pound, en que no puede saber el alcance definitivo de su reforma. Una reforma de origen legislativo queda circunscrita dentro de un ámbito exacto. Una reforma de origen judicial puede ser considerada como el rechazo del principio más amplio en el que se inspiraba la solución antigua o como la admisión de un principio nuevo que explicaría la nueva solución; no sólo, en consecuencia, corre el riesgo de extenderse como una mancha de aceite, de manera quizá lamentable, sino que hace dudosas, hasta que sean resueltas de nuevo, un gran número de soluciones precedentemente establecidas (pp. 12-13).

16. P. 11.

17. Cf. *supra*, N° 99.

18. Sobre el carácter "concreto" de las reglas del *common law*, cf. ANCEL, pp. 195-197.

19. Es verdad que los mejores autores ingleses han sostenido siempre que los precedentes no debían seguirse al pie de la letra y que era necesario tener siempre presente en la mente el principio que los justificaba (V. principalmente, Lord MANSFIELD, cit. por HOLDSWORTH, *Some Lessons from Legal History*, p. 17, y por CARDOZO, *Address*, p. 293: "El derecho no consiste en casos particulares, sino en principios generales que son ilustrados y explicados por esos casos", o el mismo magistrado en *Fisher vs. Prince* (1793), 3 Burr. 1364: "*The reason and spirit of cases make law, not the letter of particular precedents.*") Su actitud habitual, sin embargo, parece fundamentalmente diferente de la que propone el Decano Pound. Se trata normalmente de aplicar inteligentemente un precedente en el cuadro de circunstancias casi idénticas a aquellas en que fue dictado, o de escoger en forma inteligente entre dos precedentes que parecen igualmente susceptibles de aplicarse y que conducirían a soluciones distintas (cf. ALLEN, pp. 252-342). No parecen querer dar a los precedentes una tal fuerza lógica que puedan

106.—A pesar de la autoridad de su autor, no parece, en realidad, que el artículo del Decano Pound haya ejercido una influencia notable.

La razón de ello es, probablemente, afortunada, y estriba en que el período de las discusiones sobre la autoridad del presente parece casi superado. Las teorías “modernas” fueron útiles en un cierto momento, pero presentan también peligros que han sido percibidos por la práctica y que ha exhibido el Decano Pound. El equilibrio está casi establecido en la actualidad, por lo menos si se considera el conjunto del derecho de los Estados Unidos. Todos los autores parecen de acuerdo en afirmar, casi en los mismos términos, que la regla del *stare decisis* expresa una actitud muy sabia, que conviene adoptar normalmente; pero no un principio riguroso que sometería los tribunales al pasado.¹

servir para controlar circunstancias de hecho profundamente diferentes. No obstante, conviene señalar que, por el contrario, conceden cierto lugar al adagio “*cessante ratiō legis, cessat lex*” (cf. Nordenfeldt vs. Maxim Nordenfeldt, [1894], A. C. 556-558. — Respecto al lugar reconocido al adagio en los Estados Unidos, v. *infra*, N° 70, nota 2). Por otra parte, el ideal que actualmente se impone a los tribunales se halla expresado por un jurista tan eminente —y tan responsable— como Lord WRIGHT (*The Common Law*, pp. 66-119, 117), en la forma siguiente: “hacer justicia de acuerdo con las circunstancias del caso, si bien siguiendo las líneas del derecho establecido” (“*doing justice according to the actual facts, though on the lines of established law*”).

Las concepciones del Decano Pound, deben, por otro lado, ponerse al lado de las de Cardozo, expuestas *infra*, N° 106, nota 1.

Respecto a los conceptos de *Legal rules, legal system, legal order*, v. Erwin HEXNER, *Studies in Legal Terminology* (1941). V. también LLEWELLYN, *op. cit. supra*, N° 99, nota 2; W. FRIEDMANN, *Legal Theory* (1941; 3ª ed. 1953); B. E. KING, *The Concept of a Lawyer's Jurisprudence*, “Cambr. L. J.” (1952), pp. 229-239, 404-420; Jean DABIN, *Théorie générale du droit*, 1943; 2ª ed., 1953, pp. 11-118; Henry MOTUSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948, pp. 9-42.

106.—

1. Cf. sobre todo, John Henry WIGMORE, *Problems of Law. — Its Past, Present and Future* (1920), pp. 79-82; Thomas P. HARDMAN, *Stare Decisis and The Modern Trend*, “West Virg. L. Q.” (1926), vol. 32, pp. 163-191; Robert L. HENRY, *Jurisprudence Constante and Stare Decisis Contrasted*, “Am. Bar. Ass. Journ.” (1929), vol. 15, pp. 11-13; Max RADIN, *Case Law and Stare Decisis*, “Col. L. R.” (1933), vol. 33, pp. 199-212 y sobre todo *The Trail of the Calf*, “Corn. L. Q.” (1946), vol. 32 pp. 137-159; STONE, *The Common Law*, pp. 7 y ss., ó 124 y ss.; Erwin HEXNER, *Studies in Legal Terminology* (1941), pp. 107-111; James Wm. MOORE and Robert Stephen OGLEBAY, *The Supreme Court, Stare Decisis and Law of the Case*, “Tex. L. R.” (1943), vol. 21, pp. 514-553; Julius STONE, *The Province and Function of Law* (1946), pp. 192-206; William O. DOUGLAS, *Stare Decisis*, “Record of the Ass. of the Bar of the City of New York” (1949), vol. 4, pp. 152-179, o (con el mismo título), “Col. L. R.” (1949), vol. 49, pp. 735-758; FRANK, pp. 262-289, principalmente pp. 282-284; Warren A. SEAVEY, *Candler v. Crane, Christmas and Co. Negligent Misrepresentation by Accountants*, “L. Q. R.” (1951), vol. 67, pp. 466-481 y *The Waterworks Cases and Stare Decisis*, “Harv. L. R.” (1952), vol. 66, pp. 84-87.

Es interesante, en verdad, observar la continuidad de las diversas teorías emitidas. Por alejadas que estén las teorías “modernas” de la de Kent o de la que ha prevalecido en Inglaterra, no son, sin embargo, más que las últimas expresiones de una tendencia sostenida siempre por los tribunales norteamericanos, a reserva de una cierta libertad de decisión.

Desde su origen, el *common law* inglés no fue aplicado, ni recibido después, más que en la medida en que convenía a las condiciones geo-

V. igualmente, los magistrados citados *supra*, N° 104, nota 13 (pero v. los citados en el N° 105, nota 1).

Para no recargar este estudio, hemos omitido exponer en el texto el pensamiento de un gran jurista: Benjamín N. CARDOZO, menos definido que el de los autores citados. Este pensamiento, que se manifiesta en numerosos estudios — principalmente, *The Nature of the Judicial Process* (1921), *The Growth of the Law* (1924), *The Paradoxes of Legal Science* (1928), *Address before the New York State Bar Association*. “N. Y. St. Bar. Ass. Rep.”, 1932, pp. 263-307, todos ellos reproducidos, junto con otros, en *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, editados por M. E. HALL, con un prefacio de E. W. PATTERSON (1947) — es, sin embargo, particularmente atractivo. Cardozo forma parte de los que atribuyen gran importancia a los precedentes, pero no quieren que ellos aprisionen al juez: v. la cita hecha *supra*, N° 104, nota 13, ó *The Nature*, p. 150 (“Estoy dispuesto a reconocer que la regla de respeto del precedente, aunque no debe ser abandonada, debe, en cierta medida, liberalizarse”). Su actitud rebasa, en realidad, la etapa del “más” o “menos”. Cardozo se forma de los precedentes una concepción original, particularmente “dinámica”. Nadie mejor que él ha descrito el movimiento del derecho, ni ha ayudado más, como juez y como escritor, a la progresión del derecho en las decisiones judiciales no pudiéndose confiar la modernización del derecho al mero legislador (*The Growth*, pp. 131 y ss.). Pone de manifiesto, por ejemplo, en *Address* cit. (pp. 280 y ss. ó 21 y ss.), de qué manera las ideas nuevas, surgidas para responder a necesidades sociales nuevas, se desarrollan en el espacio y en el tiempo en reglas jurídicas. Su simpatía se inclina claramente hacia las ideas cargadas de poder creador más que hacia las reglas establecidas. Sabe, además, que después de marcar una etapa de progreso, una norma está condenada a convertirse en una simple supervivencia; y compara su papel al de la hipótesis en el dominio de las ciencias (*The Growth*, p. 70). Las líneas más importantes para la comprensión de su pensamiento figuran sin duda en la página 28 de *The Nature of the Judicial Process*: “En este flujo perpetuo, el problema que se plantea al juez es, en el fondo, doble: debe, primeiramente, extraer de los precedentes el principio que los explica, la *ratio decidendi*; después debe determinar la dirección en la cual el principio evoluciona y se desarrolla, a no ser que se deseche y muera.” El movimiento de un principio puede desenvolverse a lo largo de una línea de progresión lógica, histórica, práctica, o para responder a los *desiderata* de la justicia, de la moral y del bienestar general (*The Nature*, pp. 30-31). Cada uno de estos polos debe desempeñar un papel en el desarrollo del derecho y es una cuestión de circunstancias el saber, cuando están en conflicto, cuál debe predominar (*op. cit.*, p. 113). Si bien aboga por un derecho en constante evolución, Cardozo insiste frecuentemente en la necesidad absoluta de no desconocer los precedentes sin motivo (*Address*, pp. 287-8, ó p. 28; *The Nature*, p. 19 y ss., 66 y ss., 112, 129, 139, 149 y ss.). Es cierto, en verdad, que él no considera los precedentes como decisiones aisladas, sino como grupos que trazan, en cierta forma, líneas de fuerza.

gráficas y sociales de la vida en América.² Nunca, indudablemente, pretendió ser universal; pero nunca tampoco se afirmó tanto su relatividad y jamás esta afirmación tuvo tanta importancia.

Si bien Kent afirma muy enérgicamente la autoridad del precedente, recoge también la idea de Blackstone según la cual las decisiones judiciales son una expresión del *common law* y no el *common law* mismo. Por ello, y aunque él vea en las decisiones "la mejor prueba" del *common law*, ofrece a los tribunales una fórmula bajo la cual se ampararon millares, si es que no millones, de sentencias, para afirmar que una decisión nueva tiene el poder de sustituir, en todas las circunstancias, una expresión considerada errónea de la norma de derecho, por una expresión que se considera más exacta.³

Es muy cierto que este poder, a partir del siglo XIX, lo utilizaron los tribunales mucho más para adaptar el derecho a las circunstancias modernas, que para hacer prevalecer una concepción más exacta de lo que era la regla de derecho en Inglaterra muchos siglos antes; y alabaron, además, la flexibilidad del *common law*, su posibilidad de adaptación o, incluso, su adaptación espontánea a las circunstancias nuevas.⁴ Emplazando al *common law* en el marco del tiempo,⁵ Chamberlain no abrogaba, pues, más que una ficción.

En fin, si se reconoce, con Chamberlain, que un precedente sólo tiene valor en razón de su concordancia con "el espíritu del tiempo", se introduce este "espíritu del tiempo" entre los elementos de la decisión y se le da un lugar preponderante, puesto que, en caso de conflicto, es él el que prevalecerá. En consecuencia, la última doctrina que hemos considerado no hace más que expresar un estado de cosas preexistente.

Es curioso comprobar cómo la doctrina de Chamberlain se aprovechó, no sólo de una tradición americana, sino también de la verdadera tradición inglesa, abandonada por la propia Inglaterra. Según Chamberlain y los que siguieron su teoría,⁷ el *common law* inglés, desde los siglos XVII y XVIII, mantuvo un feliz equilibrio entre la estabi-

2. Cf. *supra*, Núms. 70 y 73.

3. Cf. *supra*, N° 100.

El propio Kent, por otra parte, pide que se rechacen numerosas decisiones dictadas en Norteamérica y que no tienen ningún valor jurídico, con objeto de conservar la belleza y la armonía del *common law* (*Comm.*, t. 1, p. 477). Es cierto que él no considera esta actitud más que como una medida transitoria, justificada únicamente por las condiciones en las que se dictó la justicia en los territorios inicialmente ocupados; pero su recomendación ha ejercido, sin embargo, una cierta influencia permanente.

4. Cf. *infra*, N° 122.

5. Cf. *infra*, N° 103.

6. *Supra*, N° 104.

7. R. von MOSCHZISKER, *op. cit.*, *supra*, N° 103, nota 3; HUTCHESON, *op. cit. supra.*, N° 103, nota 3, pp. 260-262.

lidad y la facultad de adaptación, no habiendo prevalecido la primera, por otra parte en forma lamentable, sino hasta el siglo XIX; mientras que los Estados Unidos, al que se reprocha, a veces sin razón, haber dejado que la segunda destruyese a la primera, consiguió en realidad mantener un equilibrio perfecto.

Aunque la última aseveración puede suscitar algunas reservas, es cierto que, en su conjunto, la tesis está bien fundada. La doctrina de Kent marca probablemente un grado de cristalización del *common law* más acentuado incluso que el alcanzado en 1776 y, con mayor razón, que el de principios del siglo XVII.⁸

Esta continuidad de las diversas teorías no debe hacer olvidar, en realidad, sus diferencias. Una cosa es afirmar que el juez puede excepcionalmente, por razones poderosas, no seguir un precedente y otra, el sentar como principio que el precedente no debe ser más que un elemento de la decisión. Tal afirmación es susceptible de proporcionar al juez los más arbitrarios poderes, que Kent jamás hubiese pensado en reconocerle, y olvidar que, por las razones indicadas por Kent, el precedente debe conservar un lugar primordial en la decisión.

Pero no basta con observar las diversas teorías, hay que observar también en la práctica la actitud de los tribunales y averiguar si éstos han sabido dar al derecho de los Estados Unidos ese feliz equilibrio entre la certeza y la justicia, que debe ser el ideal de todo sistema jurídico.

8. Cf. HOLDSWORTH, *op. cit. supra*, N° 95, nota 4.