

Precedente

DERECHO CONSTITUCIONAL EN MOVIMIENTO

El precedente judicial norteamericano

Ana Laura Magaloni Kerpel

○○○



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

H150.112

M332d

2021

Magaloni Kerpel, Ana Laura, autor, escritor de prólogo

Derecho constitucional en movimiento : el precedente judicial norteamericano / Ana Laura Magaloni Kerpel ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; prólogo de la segunda edición Ana Laura Magaloni. -- Segunda edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. 1 recurso en línea (xxx, 334 páginas ; 23 cm.). -- (Precedente)

Título original: El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano. -- Primera edición. -- España : McGraw Hill, 2001.

Material disponible en PDF.

ISBN 978-607-552-231-9

1. Decisiones judiciales – Common law – Evolución – Estados Unidos 2. Fuentes formales del Derecho – Formalismo jurídico 3. Órganos jurisdiccionales – Órgano federal – Estudio de casos 4. Tribunal constitucional – Sentencias – Análisis I. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo II. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales III. t. IV. ser. LC KGF429

Primera edición, título original: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, España, 2001.

Segunda edición, título: *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021.

Noviembre de 2021.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación

Avenida José María Pino Suárez núm. 2

Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc

C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de la autora y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Precedente

DERECHO CONSTITUCIONAL EN MOVIMIENTO

El precedente judicial norteamericano



Ana Laura Magaloni Kerpel



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación	XI
Ministro Arturo Zaldívar	
Prólogo de la segunda edición	XIX
Ana Laura Magaloni	
Capítulo 1	
El derecho en movimiento: características generales del paradigma jurídico norteamericano.....	1
A. Introducción.....	3
B. El periodo formativo del derecho norteamericano (1800-1850)	5
I. Los tribunales como arquitectos del nuevo orden jurídico	5
II. La creación judicial del derecho sustantivo a modo de <i>common law</i>	17
III. La configuración de la doctrina del precedente en Estados Unidos e Inglaterra	27

1.	El sistema de publicación de sentencias	29
2.	La sustitución del paradigma iusnaturalista en Inglaterra y en Estados Unidos	32
C.	La revolución en contra del formalismo jurídico: el nacimiento de la teoría del derecho pragmática-instrumental	41
I.	El ascenso del formalismo jurídico: 1850-1900	41
II.	La teoría del derecho pragmática-instrumental	51
D.	El derecho en movimiento: la tensión entre continuidad y cambio	66

Capítulo 2

Principios básicos de organización del <i>case law</i>	75
A. Introducción	77
B. Precedentes vinculantes y precedentes persuasivos	79
I. Previsiones generales sobre la organización del <i>case law</i>	79
II. Organización del sistema de tribunales federales	83
1. La concurrencia entre la jurisdicción federal y la de los estados	83
2. La estructura jerárquica de los tribunales federales ..	85
a. Tribunales federales de distrito	86
b. Tribunales federales de apelación	89
c. Tribunal Supremo de los Estados Unidos	90
d. Tribunales federales especiales	92
e. Tribunales federales legislativos	93
III. Las dimensiones vertical y horizontal del principio de <i>stare decisis</i>	95
C. La tensión entre la función de resolver disputas y la función de proveer reglas jurídicas en los tribunales federales	100
D. El principio de <i>stare decisis</i> horizontal en órganos jurisdiccionales colegiados	112
I. La autovinculación al precedente en los tribunales federales de apelación	112
II. Los votos particulares y la autovinculación al precedente en el Tribunal Supremo	116

Capítulo 3

El precedente constitucional	125
A. Introducción.....	127
B. La función jurisdiccional en un sistema jurídico abierto y dinámico.....	130
I. Los tribunales como órganos de creación normativa.....	130
II. La función jurisdiccional en el ámbito constitucional	141
C. Aspectos generales del análisis de casos. La estructura de un precedente constitucional: <i>holding</i> , <i>dictum</i> y <i>rationale</i>	146
I. Características formales de las sentencias del Tribunal Supremo.....	147
II. El análisis de las sentencias del Tribunal Supremo desde el punto de vista del conflicto decidido	152
III. El análisis de las sentencias del Tribunal Supremo con miras a pronosticar su posible valor normativo	154
D. La regla vinculante de un precedente constitucional	155
I. Planteamiento del problema: el carácter indeterminado del ámbito normativo de un precedente	155
1. La selección de "hechos relevantes" y "hechos irrelevantes" de la sentencia con valor de precedente...	156
2. La elección del nivel de generalidad de los "hechos relevantes" de la sentencia con valor de precedente	159
E. Las dos caras de la doctrina del precedente: maximalistas vs. minimalistas	162
I. Las dos formas opuestas de concebir el poder normador de los tribunales.....	162
II. El método del profesor Goodhart para determinar el <i>holding</i> de una decisión judicial como prototipo de la posición "minimalista"	166
III. El método del profesor Schauer para determinar el <i>holding</i> de una decisión judicial como prototipo de la posición "maximalista".....	169
IV. El concepto de precedente vinculante a la luz del maximalismo y del minimalismo	173
1. Los minimalistas	174
2. Los maximalistas	184

- F. El carácter dinámico de la regla del precedente 195
- G. Maximalismo y minimalismo en el ámbito de los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo..... 199
 - I. Predicciones acerca de la fuerza normativa de los precedentes constitucionales a partir de la elección del Tribunal Supremo entre una decisión minimalista o una maximalista 200
 - II. Predicciones acerca de la fuerza normativa de los precedentes constitucionales a partir de la elección del Tribunal Supremo entre reglas o estándares 224
 - III. Predicciones acerca de la fuerza normativa de los precedentes constitucionales a partir del consenso entre los jueces del tribunal respecto de la solución alcanzada 237

Capítulo 4

Los procesos de formación y cambio de la doctrina constitucional

- vinculante 247**
 - A. Introducción 249
 - B. La estructura orgánica y concatenada del *case law* 253
 - C. El proceso de formación de la doctrina constitucional vinculante 260
 - I. El proceso de *percolation* en los tribunales federales de apelación 260
 - II. El papel del Tribunal Supremo en el desarrollo de la doctrina constitucional vinculante 268
 - 1. Características generales de la política del tribunal en materia de *certiorari* 268
 - 2. La fuerza vinculante vertical de los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo 273
 - 3. La fuerza horizontal de los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo 277
 - D. El carácter dual del *case law* constitucional: continuidad vs. cambio..... 281

I. Valores que protege el principio de <i>stare decisis</i> en el ámbito constitucional.....	281
II. Los patrones de orden del movimiento del <i>case law</i> constitucional	289
Fuentes	307
Autora	333

Presentación

La Constitución debe ser entendida como un texto vivo y eficaz capaz de adaptarse a las necesidades jurídicas, sociales y políticas que surgen en nuestras sociedades y que presentan problemáticas complejas. Por esa razón, la labor de las y los operadores de justicia presenta un papel fundamental. A través de la interpretación y aplicación que hacen de las normas al resolver los casos concretos, las y los jueces contribuyen de manera importante a la consolidación, integración y efectividad de los principios contenidos en ella.

En esta medida, desde la perspectiva de su aplicación, la *vida* de la Constitución encuentra uno de sus asideros en el funcionamiento del precedente judicial,¹ es decir, de aquellos criterios derivados de las decisiones que juezas y jueces formulan al interpretar las normas que integran nuestro sistema jurídico. El precedente judicial funciona precisamente como un vehículo que asegura la posibilidad de atender y preservar los

¹ Hablaré de precedente y jurisprudencia de manera indistinta para hacer referencia a los criterios jurídicos relevantes para resolver casos futuros.

contenidos esenciales de nuestra Constitución, al tiempo que les otorga un carácter de dinamismo para adaptarse a los tiempos y condiciones actuales. Ello hace posible el aseguramiento de un balance necesario entre las exigencias de certeza jurídica y de justicia social, que forman parte de las interacciones que naturalmente surgen en todo sistema jurídico.

La reciente reforma constitucional en materia de justicia federal introdujo el cambio más importante que se ha hecho al sistema de jurisprudencia en toda la historia de la Suprema Corte.² Con estas modificaciones constitucionales y las consecuentes reformas legales se rediseña por completo el sistema de creación de jurisprudencia en nuestro país y se consolida a la Suprema Corte como un verdadero Tribunal Constitucional y un actor clave para el cambio social. La reforma elimina el sistema de creación de jurisprudencia por reiteración para la Suprema Corte y sienta las bases para el tránsito a un sistema de precedentes. Estos cambios son de tal trascendencia que, para responder a ellos, el 1 de mayo de 2021, por acuerdo del Pleno, se dio inicio a la Undécima Época del *Semanario Judicial de la Federación*.

El sistema de reiteración exigía que un criterio dictado por la Suprema Corte fuera discutido y reiterado en cinco ocasiones para ser considerado obligatorio. Este procedimiento difería el impacto y la eficacia de los precedentes del máximo tribunal del país. A partir de la entrada en vigor de esta reforma, las razones que sustenten los fallos aprobados por mayoría de ocho votos en Pleno y de cuatro votos en Salas serán obligatorias para todas las autoridades judiciales del país.

De esta forma, los criterios recogidos en cada una de las sentencias de la Suprema Corte que reúnan la votación requerida tendrán un verdadero impacto en la sociedad y replicarán sus beneficios para todas las personas que se encuentren en situaciones similares. Esto tendrá como efecto que las personas puedan apropiarse de la Constitución y exigir que sus

² La reforma judicial entró en vigor el 12 de marzo de 2021.

derechos se hagan efectivos sin necesidad de esperar a que la Suprema Corte reitere sus criterios.

Además de lo anterior, la reforma proporciona a la Suprema Corte herramientas para la selección de los casos que va a resolver. Esto permitirá a la Corte definir su agenda y elegir los casos más importantes y adecuados para sentar precedentes y con ello guiar las decisiones de los órganos judiciales del país. De esta manera el máximo tribunal podrá enfocar sus recursos humanos y materiales en la interpretación de la Constitución y el establecimiento de reglas para que los jueces y tribunales vinculados por sus criterios resuelvan casos futuros.

Estas modificaciones legales y constitucionales exigen que los operadores jurídicos, especialmente los que integran juzgados y tribunales, adquieran las herramientas argumentativas necesarias para hacer frente al nuevo paradigma que introduce la reforma al sistema de justicia federal en el sistema de precedentes mexicano. En el mismo sentido, los órganos judiciales competentes para sentar precedentes deben concebir y utilizar los precedentes para desarrollar el derecho y producir con ello un verdadero impacto en la sociedad.

Por esta razón, la segunda edición de esta obra no puede ser más oportuna. En sus páginas, Ana Laura Magaloni realiza un análisis riguroso del precedente constitucional en el sistema de *case law* norteamericano. A pesar de que en el libro se estudia un sistema de *common law*, tal y como lo advierte la autora, las diferencias entre los sistemas de precedente en esa tradición jurídica y en el *civil law* no son únicamente consecuencia del diseño institucional, sino de la actitud o la forma de concebir el derecho. En esto reside el reto que los operadores jurídicos tenemos a partir de la reciente reforma al sistema de precedentes del Poder Judicial Federal: en cambiar la forma en la que se concibe la función judicial. En ese sentido, la lectura de estas páginas nos permite entender la forma en la que los jueces y tribunales crean y desarrollan el derecho a partir de casos concretos, adaptando las normas legales a las particularidades de cada caso y a la cambiante realidad social.

El derecho no debe ser entendido únicamente como un conjunto de disposiciones jurídicas de origen legislativo, sino también como un cúmulo de normas que tienen su origen en la interpretación de esas leyes. De esta manera, la labor de los jueces cobra un protagonismo esencial en la construcción del derecho. Como es explicado de manera brillante por Ana Laura, los legisladores y los jueces cooperan en la construcción de las normas que regulan el funcionamiento de la sociedad. Esto cobra relevancia cuando se interpreta la Constitución, especialmente cuando se trata de normas que contienen derechos fundamentales, ya que están redactadas de manera abstracta e indeterminada. Por esa razón, para que estos principios tengan verdadera fuerza vinculante es necesario que se concreten por los jueces y tribunales encargados de interpretarlos.

Al describir el funcionamiento del *stare decisis* norteamericano en sus dimensiones vertical y horizontal, la autora nos ofrece una explicación pormenorizada de conceptos que son básicos para leer las sentencias de los órganos judiciales en clave de precedente, tales como *holding*, *dictum* o *rationale*. A su vez, en el libro se realiza una explicación detallada de las maniobras que se utilizan cuando se trabaja con precedentes, como el *distinguish*, la selección de los hechos relevantes de un caso, el *overruling*, el valor del autoprecedente, o la forma en la que se determina el *holding* en las posturas maximalistas y minimalistas.

Asimismo, con la profundidad y la calidad argumentativa que la caracterizan, Ana Laura describe en estas páginas el funcionamiento del *writ of certiorari*, que es utilizado por el Tribunal Supremo para definir la agenda de casos sobre los que considera necesario fijar criterios. Esta explicación es relevante porque nos lleva a comprender la importancia de los cambios introducidos por la reforma y que permitirán a la Suprema Corte seleccionar los casos de su conocimiento.

Una parte que me interesa destacar de esta obra, es que nos muestra de qué manera la construcción del derecho de origen judicial requiere de la colaboración de los jueces que forman parte de la estructura judicial.

En efecto, los tribunales que sientan los precedentes vinculantes establecen el margen de actuación de los jueces vinculados por estas reglas. A su vez, son los jueces y tribunales posteriores los principales encargados de la solución de casos concretos, por lo que advierten de primera mano los efectos de la aplicación de las normas. De esta manera, gracias al correcto funcionamiento del sistema de precedentes se construyen razonamientos colectivos, lo que permite dar las mejores soluciones a los problemas jurídicos que resuelven los jueces.

Como puede observarse de la lectura de estas páginas, para que esa labor pueda llevarse a cabo los órganos judiciales deberán desarrollar habilidades para leer los precedentes de manera interconectada y no como decisiones fragmentadas. En efecto, el derecho se construye caso por caso, por lo que las sentencias deben leerse de manera entrelazada y ordenada para poder comprender de manera global los criterios establecidos por los jueces y tribunales.

Ana Laura Magaloni ha hecho aportaciones muy relevantes al sistema jurídico mexicano desde la academia. Tengo la certeza de que esta obra brindará claridad y orientación a los operadores jurídicos sobre el papel que deben desempeñar los jueces a partir de la reforma judicial y contribuirán a la formación de operadoras y operadores de justicia, de litigantes, estudiantes y de todas las personas encargadas del funcionamiento de las actividades asociadas a la impartición de justicia en nuestro país.

Por estas razones, estoy convencido de que este libro contribuirá a la consolidación de la reforma judicial en materia de justicia federal y abonará al desarrollo y protección de los derechos humanos. Efectivamente, tal y como sostiene la autora, *la realización de la Constitución a través de la actividad jurisdiccional debe ser un ensayo de persuasión, diálogo y deliberación que se articula a través de la dinámica del sistema de precedentes.*

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Prólogo de la segunda edición

La justicia constitucional mexicana finalmente tiene un diseño normativo que abre la posibilidad a que la Suprema Corte de Justicia ejerza un liderazgo mucho más importante y transformador en la calidad argumentativa de las sentencias de los jueces locales y federales. Con ello, la fuerza normativa de la Constitución adquiere eficacia en la vida concreta de las personas.

La reforma judicial del 2021 cambió una de las piezas que más ha retrasado la madurez de nuestro sistema de justicia constitucional. Me refiero al "sistema de jurisprudencia por reiteración." Dicho sistema no sólo requiere cinco sentencias en el mismo sentido para que se considere jurisprudencia obligatoria, sino que, además, las tesis aisladas y jurisprudenciales se extraen de la sentencia que les da origen y se publican en forma separada. Los hechos, el razonamiento de la sentencia y el fallo del caso del que emana la jurisprudencia no son información relevante para el juez o la jueza que la tiene que aplicar a un caso subsiguiente. Es decir, el sistema de jurisprudencia por reiteración tiene la peculiaridad de disociar

la labor de los ministros y demás jueces constitucionales —consistente en argumentar y resolver casos— de la labor de proveer reglas generales de interpretación constitucional para futuros litigios. Con ello, se debilita significativamente el poder de la Suprema Corte y su posibilidad de liderar la transformación de la cultura jurisdiccional en concordancia con la Constitución (Magaloni, 2011).

Con la reforma judicial del 2021, a nivel de la Suprema Corte, este viejo sistema de jurisprudencia fue abandonado y sustituido por uno completamente distinto: el sistema de jurisprudencia por precedentes. Según el nuevo texto constitucional, las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Pleno y en Salas, con ciertas mayorías calificadas, serán precedentes obligatorios. Ello quiere decir que las razones contenidas en las sentencias serán las que vinculen al resto de los tribunales. Además, basta con una sentencia para que se dé fuerza vinculante.

¿Qué significa y cómo debe funcionar la vinculación judicial a los precedentes constitucionales? Las respuestas a estos interrogantes son clave para que la Constitución y, en concreto, los derechos fundamentales adquieran una dimensión real y tangible tanto en las acciones de gobierno como en la vida concreta de las personas. Ello explica que este tema haya sido uno de los ejes centrales de la agenda de investigación del Centro de Estudios Constitucionales, con la Dra. Ana María Ibarra a la cabeza, desde 2019 a la fecha.¹ También ha sido un tema central de la reforma judicial del 2021 y del máximo interés del ministro presidente Arturo Zaldívar.

En efecto, la experiencia de la jurisdicción constitucional en el mundo, a partir de la segunda posguerra, ha demostrado que la fuerza vinculante de los precedentes constitucionales del máximo tribunal es indispensable

¹ Ana María Ibarra y yo, hacía varios años, habíamos planteado varios de los problemas intrínsecos al sistema de jurisprudencia por reiteración y su impacto negativo en la garantía del ejercicio de los derechos fundamentales en Magaloni e Ibarra, 2008.

para garantizar la fuerza normativa de la Constitución en la impartición de justicia ordinaria. En virtud de dicha fuerza vinculante, las y los jueces del país (y la profesión legal en su conjunto) están obligados a profundizar en la argumentación de las sentencias constitucionales y construir la regla de decisión del caso concreto. Ello va gestando gradualmente una nueva cultura judicial, más en sintonía con los valores y principios de una democracia constitucional.

En contraste con el modelo kelseniano del "legislador negativo", en el modelo de jurisdicción constitucional centrado en la protección de derechos fundamentales, la tarea central de los tribunales constitucionales es definir el sentido y alcance de los preceptos constitucionales para el resto de los órganos jurisdiccionales. En este segundo modelo, la pregunta central ya no es qué le sucede a la ley y la mayor autoridad del Tribunal ya no está asociada a la eficacia *erga omnes* del fallo de sus sentencias. Lo más relevante es *qué dicen* las sentencias del Tribunal respecto del sentido y alcance de los derechos constitucionales. En otras palabras, el poder del Tribunal Constitucional ya no radica en expulsar normas generales del ordenamiento, sino en definir el sentido y alcance de los preceptos constitucionales para el resto de la maquinaria judicial. La protección de los derechos propios de la ciudadanía no viene del fallo de la sentencia —quién gana y quién pierde— sino de lo que dicen los máximos jueces que significan nuestros derechos fundamentales y nuestra forma de gobierno.²

El valor de precedente de las sentencias se encuentra inserto en la arquitectura argumental y los razonamientos de éstas; ya no en el texto de las tesis que se extrae de las mismas. En virtud de la fuerza vinculante del precedente constitucional, todos los jueces del país están obligados a leer los argumentos y razones de la Corte, descubrir su valor de precedente

² Sobre el contraste entre el modelo kelseniano del legislador negativo y el modelo de protección de derechos en Europa véase Magaloni, 2007.

y utilizarlo para resolver un caso concreto.³ En México, finalmente, después de más dos décadas de la reforma constitucional que configuró nuestro máximo tribunal, la profesión legal en su conjunto y, en específico, las y los jueces federales y locales deben descifrar qué significa la vinculación judicial a los precedentes constitucionales de la Suprema Corte. Esta fue la pregunta central de mi tesis doctoral hace más de 20 años. Esta obra es el resultado de ese esfuerzo.

La pregunta que busca responder este texto es aparentemente concreta: ¿qué significa y cómo opera en la práctica judicial la fuerza normativa de los precedentes constitucionales de la Corte Suprema de los Estados Unidos? Sin embargo, la respuesta necesariamente conlleva a desentrañar algunos de los desafíos más importantes de la jurisdicción constitucional.

Uno de los legados más relevantes del constitucionalismo norteamericano ha sido precisamente el método a través del cual los tribunales, con la Corte Suprema en primer lugar, construyen una glosa de *case law* en materia constitucional. Dicho derecho de creación judicial ha permitido dotar de contenido concreto a los preceptos constitucionales, a la vez que ha ido moviendo y adaptando dicho contenido en concordancia con los cambios políticos y sociales del país durante más de dos siglos.

Para describir este método de desarrollo jurisprudencial, Dworkin (1986, 228 a 232 pp.) hace la analogía con una novela *seriatim* [en serie] escrita por distintos autores. Cada decisión judicial —señala el autor—

³ A ello se refieren los artículos siguientes de la Ley de Amparo:

Artículo 222. Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias que dicte el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas cuando sean tomadas por mayoría de ocho votos. Las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias.

Artículo 223. Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias que dicten las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas cuando sean tomadas por mayoría de cuatro votos. Las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias.

representa un capítulo de la trama de la novela y, como tal, añade algo nuevo a la misma, pero, a la vez, para formar parte de esa novela, el juez debe tomar en cuenta lo que han escrito sus antecesores, es decir, su sentencia debe continuar la "historia" en forma consistente de la secuencia de decisiones previas. En este sentido, toda decisión de los jueces constitucionales se convierte en un eslabón entre el pasado y el futuro: la solución propuesta representa el punto de unión entre lo que los jueces hicieron en controversias pasadas y lo que se espera que hagan en litigios similares futuros. La doctrina constitucional será, precisamente, el conjunto de sentencias que se pueden entrelazar y ordenar de tal modo que se tenga una visión global de las distintas caras o problemas que genera la eficacia de un derecho fundamental en cuestión, así como del alcance de la protección constitucional en cada caso.

Para entender cómo opera el sistema de precedentes constitucionales en Estados Unidos es indispensable comprender primero las premisas a través de las cuales los juristas norteamericanos se aproximan al mundo del derecho. Como punto de partida, es importante resaltar que la construcción teórica del orden jurídico norteamericano siguió una trayectoria particular, la cual se separó muy tempranamente del positivismo jurídico inglés y de la concepción normativista de los sistemas de derecho codificado.

Para los norteamericanos, el derecho es un modo de resolver disputas jurídicas, más que una formalización normativa, abstracta y general. Es una disciplina práctica, más que una ciencia. Lo relevante es el método que se sigue para resolver controversias jurídicas, más que la sistematización abstracta de las normas. Lo que les interesa es cómo se aplican las normas a casos concretos, más que el examen abstracto de los enunciados normativos que conforman el sistema.

Desde esta perspectiva, el estudio del derecho se centra en el análisis de los conflictos de intereses que surgen en la sociedad cuya tutela jurídica pretende cada una de las partes del litigio. Las decisiones judiciales, por

consiguiente, constituyen el objeto de estudio central del jurista norteamericano y el intento de predecir la conducta de los jueces es probablemente el reto más importante de juristas y abogados litigantes.

Toda vez que la aproximación al mundo del derecho es a partir de los procesos de aplicación de las normas a casos concretos, no es posible separar dichas normas de su interacción con la realidad que pretenden regular. La nota más sobresaliente del paradigma jurídico norteamericano es que el derecho es el resultado de esta interacción entre normas y realidad social. Los hechos y las normas se encuentran íntimamente entrelazados; el derecho sólo se conoce a través de los actos de aplicación.

Siendo la realidad social cambiante y mutable por naturaleza, el derecho no puede ser visto como un producto terminado, sino que, en cada acto jurídico, en cada decisión judicial, éste se va desarrollando, definiendo y transformando. De acuerdo con los juristas norteamericanos, el derecho se comprende en movimiento, desde una *perspectiva dinámica*. Los hechos y la realidad son el motor de cambio; las normas generales son instrumentos dinámicos para resolver los problemas que la realidad plantea; mientras que el derecho es el punto de interacción de esa realidad social con las normas generales, interacción que queda plasmada fundamentalmente en el conjunto de decisiones judiciales que resuelven conflictos de intereses.

La concepción normativista del derecho que prevalece en los sistemas de derecho codificado parte de premisas opuestas. El derecho se nos aparece como una previa formalización normativa, abstracta y general: es algo que se encuentra previamente dado. Es un sistema de normas cerrado y autorregulado. Estudiar derecho es estudiar esas normas generales, elaborar dogmática jurídica es dotar de significado a esas normas en abstracto. Por su parte, la teoría de las fuentes nos proporciona un esquema para asignar a cada norma un lugar dentro del sistema. La realidad social está fuera de ese aparato racional. En principio, las normas son las que prefiguran la realidad deseable y es esta última la que debe ajustarse a ellas. Se podría decir que nuestra aproximación al mundo del derecho

no sólo es conceptual y abstracta, sino además estática: la realidad social está fuera del objeto de estudio de la ciencia del derecho.

Una y otra concepción conducen a modos de actuar y de pensar jurídicamente distintos. Las categorías jurídicas que sirven para explicar un sistema jurídico en movimiento son distintas de aquéllas que lo explican estáticamente. Con toda proporción guardada, podríamos aplicar en este respecto el principio de incertidumbre de la mecánica cuántica: no es posible conocer simultáneamente la *posición* de las partículas y la *velocidad* a la que se *mueven*; se conoce una u otra cosa. Análogicamente se puede sostener que el estudio del derecho se puede llevar a cabo desde una perspectiva dinámica, describiendo el *movimiento* de las normas a partir de su interacción con la realidad social, o bien, desde una perspectiva estática, determinando la *posición* de cada norma dentro del sistema y concibiendo el derecho como un sistema de normas cerrado y autorregulado. Los modelos conceptuales en cada caso son diferentes y excluyentes, las preguntas relevantes para el jurista también lo son.

Así, desde la perspectiva dinámica del sistema jurídico estadounidense, no hay lugar para una teoría de las fuentes que nos indique la posición estática de las normas generales, tampoco es posible efectuar un análisis abstracto de los enunciados normativos, ni mucho menos concebir el ordenamiento jurídico como una unidad total y completa. Para el estudio del derecho, desde la perspectiva del jurista norteamericano, lo relevante es explicar el modo en el que las decisiones judiciales van *desarrollando* el derecho, cuáles son los patrones de cambio, los factores que impulsan o frenan el dinamismo y mutabilidad de las reglas jurídicas, las distintas directrices en las que puede evolucionar la doctrina judicial vinculante. Todo ello, con la finalidad de predecir o pronosticar cuál será el resultado de un futuro litigio.

Ahora bien, si el derecho es el arte de la predicción de la conducta de los jueces y los datos para apoyar el pronóstico se encuentran en los *law reports* o compilaciones oficiales de sentencias, como sostiene Holmes (1897),

es preciso que la dinámica de las reglas jurídicas contenidas en las decisiones judiciales se guíe por determinados patrones, esto es, que el movimiento del derecho sea un movimiento ordenado. De otra forma sería imposible formular cualquier predicción. En el sistema jurídico norteamericano tales patrones de orden se encuentran en la doctrina del precedente. Se puede sostener que para un jurista norteamericano el estudio de dicha doctrina es el equivalente a lo que para un jurista de un sistema de derecho codificado sería el estudio de la teoría de las fuentes. Mientras que la teoría de las fuentes nos permite conocer la *posición* de cada norma en el sistema y cómo se relaciona ésta con otras normas, la doctrina del precedente constituye la herramienta jurídica básica para adentrarse en el mundo de las decisiones judiciales y descubrir cómo el derecho se *mueve* bajo ciertos patrones de orden.

En este sentido, en la doctrina del precedente se encuentran las claves para conocer la lógica interna del sistema jurídico norteamericano y para estudiar el derecho en movimiento. A través de la dinámica del sistema de precedentes se puede constatar cómo las decisiones judiciales van desarrollando y transformando el derecho al ritmo de los cambios sociales, políticos y económicos. Los patrones de orden del movimiento del derecho vienen dados, principalmente, por la dialéctica entre dos fuerzas contrapuestas: continuidad vs. cambio. El estudio de cómo se equilibran dichas fuerzas en los procesos jurisdiccionales constituye el centro del debate jurídico norteamericano relativo al valor de precedente de las decisiones judiciales.

Esta investigación analiza la dinámica de los precedentes constitucionales desde esta perspectiva. Para ello, comenzaremos por estudiar cómo surge y qué significa esta concepción del "derecho en movimiento" (capítulo 1), y cuáles son las reglas formales que rigen la dinámica de los precedentes (capítulo 2). Una vez especificados los cimientos sobre los que se estructuran el orden jurídico y el sistema de precedentes norteamericanos, analizaremos qué significa y cómo opera la fuerza normativa de los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo, y por qué dichos

precedentes tienen distintos niveles o grados de obligatoriedad en función de la dialéctica que existe, al interior de sistema de *case law*, entre los factores extranormativos que impulsan el cambio en el derecho y aquellos que garantizan su continuidad y estabilidad (capítulos 3 y 4).

Más allá de las profundas diferencias entre las concepciones del derecho y la manera como los nortamericanos desarrollan el *case law* constitucional, lo cierto es que debatir la fuerza normativa de los precedentes constitucionales de los máximos tribunales necesariamente nos lleva al corazón de la jurisdicción constitucional. La "realización" de la Constitución a través de la actividad jurisdiccional es un perpetuo ejercicio de persuasión, diálogo y deliberación jurídica. Un proceso que es indispensable para que la comunidad política actúe bajo la premisa de que la Constitución es una norma jurídica que organiza y limita el ejercicio del poder. Ésa es la misión última, me parece, de cualquier tribunal constitucional en una democracia.

Ana Laura Magaloni

Ciudad de México, octubre de 2021

Fuentes

Dworkin, D. (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

Holmes, Oliver W. (1897), "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, vol. 10.

Magaloni Kerpel, Ana L. (2007), "¿Por qué la Corte no ha sido un instrumento de defensa de los derechos fundamentales?", *Documento de Trabajo* 25, División de Estudios Jurídicos, México, CIDE.

Magaloni Kerpel, Ana L. e Ibarra, Ana (2008), "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho

constitucional a una defensa adecuada", *Cuestiones Constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm.19, julio-diciembre.

Magaloni Kerpel, Ana L. (2011), "La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional", *Documento de Trabajo 57*, División de Estudios Jurídicos, México, CIDE.

CAPÍTULO 1

El derecho en movimiento: características generales del paradigma jurídico norteamericano

A. Introducción

El objeto de este capítulo es analizar los orígenes y características del paradigma jurídico norteamericano. En los primeros dos apartados estudiaremos los periodos centrales de la historia jurídica norteamericana que impulsan y determinan el nacimiento de dicho paradigma. En el primero analizaremos lo que se conoce como "el periodo formativo" del derecho norteamericano, el cual abarca fundamentalmente la primera mitad del siglo XIX. Como veremos, durante este periodo se comienza a gestar una nueva concepción del derecho que sigue una trayectoria distinta y se separa de aquella que, durante esa época, se venía gestando en Inglaterra.

Sin embargo, el paradigma jurídico norteamericano no adquiere verdaderos cimientos teóricos hasta principios de este siglo, en concreto, con el movimiento antiformalismo jurídico que dio lugar a la teoría pragmática-instrumental del derecho; analizaremos esto en el segundo apartado. Como veremos, dicho movimiento se estructuró desde las universidades

con el fin de que los tribunales abandonasen la visión formalista y estática del derecho que rigió el pensamiento jurídico norteamericano durante las últimas décadas del siglo XIX. Los juristas pragmático-instrumentales defendían un nuevo paradigma, en el cual el derecho, más que ser una formalización normativa, era un fenómeno dinámico en constante desarrollo y cambio.

Esta revolución en contra del formalismo jurídico transformó absolutamente la concepción norteamericana actual de lo que es el derecho. Se puede decir que a partir de éste los juristas estadounidenses abandonan por completo la noción del derecho como ciencia normativa. Para ellos las normas por sí solas no explican el fenómeno jurídico. Si se analiza el "derecho en acción", esto es, a través de los actos de aplicación de dichas normas por los tribunales, entonces hay que reconocer que la actividad jurisdiccional se desarrolla también a partir de elementos extranormativos. El derecho, por tanto, se concibe como un fenómeno dinámico que se mueve y se transforma por los jueces al ritmo del orden económico, político y social.

Por ello, en el último apartado de este capítulo propondremos un esquema que nos permita comprender esta concepción dinámica del derecho. El punto de partida es que no se puede entender el debate académico norteamericano, ni mucho los problemas que encierra la teoría del precedente, desde la óptica de un sistema jurídico "dado" y "estático". Se requiere, por consiguiente, cambiar de perspectiva. En nuestra opinión, el estudio del derecho en movimiento se articula a través del análisis de la tensión de dos fuerzas contrapuestas: continuidad vs. cambio. La dialéctica entre estas dos fuerzas se lleva a cabo a través de la dinámica del sistema de precedentes. En otros términos, las reglas que rigen la dinámica de los precedentes determinan los patrones que rigen la transformación y el cambio del derecho. De ahí que en la teoría del precedente se encuentren las claves para penetrar en el mundo del derecho en movimiento.

B. El periodo formativo del derecho norteamericano (1800-1850)

I. Los tribunales como arquitectos del nuevo orden jurídico

Cuando termina la guerra de Independencia y las colonias se separan de la Corona inglesa, los norteamericanos se enfrentan al dilema de cuál había de ser el derecho y el tipo de orden jurídico del naciente Estado constitucional. ¿Cómo se podía echar a andar jurídicamente el nuevo proyecto de gobierno? ¿Debería o no seguir vigente el derecho inglés? ¿Era posible reformar todo el derecho privado? ¿Era factible importar la tendencia racionalista del derecho que se esbozaba en los países de la Europa continental a fines del siglo XVIII? Los norteamericanos tenían enfrente el reto de llevar a la práctica los grandes principios sobre los que se estructura su orden constitucional. Era necesario construir las nuevas instituciones democráticas; crear un orden jurídico acorde con los retos de los tiempos. Era obvio que este espíritu democrático, de renovación y de cambio conduciría a los estadounidenses a cuestionar o inclusive a rechazar la autoridad de cualquier forma de derecho inglés.¹

En las primeras décadas de la era posrevolucionaria el derecho y el sistema de impartición de justicia estadounidense fueron precarios y poco definidos.² Fue a principios del siglo XIX cuando comenzó propiamente la consolidación de su sistema jurídico. En aquella época fueron tres

¹ Según Hall, a fines del siglo XVIII, la hostilidad hacia Inglaterra, y a todo aquello que proviniera de ese país, se manifestó en la aprobación de leyes como las de Pennsylvania, New Jersey y Kentucky, en donde se prohibía expresamente que los jueces citaran algún caso inglés en sus decisiones. El sentimiento popular era: "If they would govern us by the common law of England. Common sense is a much safer guide" (1951, p. 806).

² Esta precariedad del sistema jurídico se debió a que, hasta el siglo XVII, la política colonial en materia de justicia fue muy laxa; durante el siglo XVIII se endureció el gobierno británico e intentó configurar un verdadero sistema de tribunales en las colonias, que administrara justicia de acuerdo con el derecho inglés; sin embargo, el proyecto no se materializó cabalmente antes de la Revolución. Por ello la profesionalización de derecho norteamericano no pudo comenzar inmediatamente después de consolidada la Independencia, sino 30 o 40 años después. Al respecto, véanse, Pound (1921, pp. 113-116), Friedman (1985, pp. 49-58) y Hall (1951, pp. 793-805).

las alternativas que estuvieron en discusión. En primer término, se pensaba que el sistema de *case law* inglés debía ser desterrado y sustituido por su rival: el derecho codificado de los sistemas de la Europa continental. Según Friedman, para algunos norteamericanos liberales que tenían una especial fascinación por el movimiento revolucionario francés importar el paradigma jurídico de la Europa continental les resultaba muy atractivo.³ Sin embargo, difícilmente podía prosperar la posibilidad de elaborar un orden jurídico bajo los cimientos del pensamiento jurídico de la Europa continental. De punto de partida, pocos abogados norteamericanos estaban familiarizados con la literatura jurídica europea (salvo la inglesa, claro está) o hablaban otros idiomas además del inglés.⁴ Además, el único derecho que conocían los juristas estadounidenses era el inglés, de hecho, una buena parte de ellos, antes de que se consolidara la Independencia, habían viajado hasta la metrópoli para aprender derecho en las Inns of Court.⁵

La segunda alternativa que veían los norteamericanos posrevolucionarios para poner en marcha el nuevo proyecto de país era aún menos viable que la primera. El denominado "movimiento antiderecho" (*anti-law movement*) también propugnaba por un rechazo radical al derecho inglés, pero tal rechazo partía de un prejuicio hacia los abogados en general, como profesionistas que tradicionalmente habían defendido el *statu quo* y que se encontraban alejados de las "verdaderas" necesidades de la comunidad. Las reglas del *common law* inglés eran vistas con desprecio, pues, finalmente, era un derecho de "abogados". Este movimiento antiderecho pretendía sustituir la "tiranía de los abogados" por la idea romántica de un sistema jurídico basado en pocas reglas sencillas y de

³ Cfr. Friedman (1985, pp. 108-109).

⁴ Cfr. Gilmore (1921, pp. 19-20).

⁵ Según cuenta Pound, pocos años antes de que se lograra la independencia de las Colonias, en Norteamérica se pone en práctica la costumbre de los colonos de ir a Inglaterra a estudiar Derecho con el propósito de que en las Colonias se administrase justicia de acuerdo con el derecho inglés. Sólo unos años antes de la Revolución, apareció en Estados Unidos la primera edición del famoso libro de Blackstone, *The Commentaries*. En este sentido, aunque los norteamericanos posrevolucionarios aspiraban a tener un orden jurídico nuevo y distinto del inglés, finalmente lo único que conocían era el derecho "del enemigo" (Pound, 1921, pp. 113-16).

sentido común, acordes con algunos principios básicos de justicia y que todo el mundo pudiese entender. El sistema de impartición de justicia debería ser simple y sin grandes tecnicismos y los jueces deberían ser personas que tuviesen un reconocido prestigio en la comunidad, mas no abogados.⁶ Sin embargo, una sociedad que cada vez se volvía más próspera y compleja, en la cual el desarrollo del comercio y la industria avanzaba vertiginosamente, hacía esta alternativa antiderecho una simple utopía. La demanda por un sistema jurídico que respondiese a las transformaciones sociales, económicas y políticas era una cuestión impostergable.

La tercera opción que tenían los norteamericanos, menos radical que las dos primeras y, por tanto, con más posibilidades de éxito, era la de "americanizar" el sistema de *case law* inglés. Ésta fue finalmente la trayectoria que siguió el desarrollo del derecho norteamericano. Era necesario transformar el derecho inglés de acuerdo con las condiciones que se vivían en Estados Unidos y con los nuevos ideales sociales. Por un lado, en el ámbito de las relaciones entre particulares, las diferencias entre Inglaterra y Estados Unidos era evidentes: en éste, no existían las poderosas oligarquías europeas; poseer tierra no representaba un problema dada la extensión del territorio; existía una enorme clase media que impulsaba el desarrollo económico del país y el proceso de industrialización se encontraba menos avanzado que el inglés. Todo ello requería que el derecho privado del periodo colonial se acoplara a nuevos escenarios, que se ajustase, como señala Friedman, a las necesidades del "consumidor".⁷

⁶ El "movimiento antiderecho" tuvo especial fuerza en las comunidades rurales que se desplazaban hacia el oeste del territorio americano en busca de oportunidades que ya no tenían en las ciudades del este; sin embargo, también tuvo impacto fuera de las "zonas de frontera", que se manifestó en elegir jueces que no habían estudiado derecho. Según señala Pound, de los tres jueces que conformaban el Tribunal Superior de New Hampshire después de la Independencia, dos eran "jueces legos", uno sacerdote y otro médico. En Rhode Island, en 1814, uno era herrero y el propio presidente del Tribunal Superior era un agricultor (Pound, 1921, p. 113). De hecho, G. Gilmore sostiene que esa idea de "jueces legos" se hizo popular en todo el país (Gilmore, 1921, p. 22).

⁷ Textualmente sostiene: "There was surely less oligarchy in the United States than in the old kingdoms of Europe. A law for the millions, for the middle class, had to develop. And this law to survive, had to be more plain and accessible than a law for the wealthy few. In short, law had to suit the needs of the customers; it had to be at least in a form that lawyers, as brokers of legal information, could use. What happened to American law in the 19th century, basically, was that it underwent tremendous change, to conform to the vast increase in numbers of consumers" (Friedman, 1985, p. 114).

En el ámbito del derecho público, la necesidad de ajustar las normas jurídicas era aún más evidente. Los viejos lazos con el gobierno de Inglaterra se habían quebrado. La Constitución de 1787 creaba una nueva organización del poder y una nueva relación de los ciudadanos con las autoridades. Los norteamericanos tenían que echar a andar ese gran experimento que en su momento fue la creación de un Estado constitucional. Por un lado, era necesario poder desarrollar el orden federal y armonizar las demandas de autonomía de los gobiernos locales con la necesidad de un gobierno central lo suficientemente fuerte como para mantener unidas las 13 entidades federativas.⁸ Además, se requería buscar los mecanismos para hacer efectivos los límites al ejercicio del poder y los ámbitos de libertades de los ciudadanos.⁹ A fin de cuentas, había que poner en práctica el principio de legitimidad democrática sobre el que se estructuraba el nuevo gobierno de la Unión Americana.

Durante la primera mitad del siglo XIX se produce una profunda transformación del derecho norteamericano y se sientan los cimientos del

⁸ La nación norteamericana, como es sabido, se formó a partir de la unión voluntaria de 13 estados autónomos. Con la entrada en vigor de la Constitución de los Estados Unidos se crea un orden federal. El federalismo norteamericano básicamente es un sistema de división de competencias entre el gobierno central y los gobiernos locales. El criterio para llevar a cabo esta distribución lo establece la Décima Enmienda de la Constitución: "los poderes que no se hayan delegado a los Estados Unidos por la Constitución y no se hayan prohibido por ella a los Estados, serán reservados, respectivamente, a los Estados o al pueblo". Por tanto, el gobierno central es un gobierno de poderes *enumerados*, sin más autoridad que la que expresamente le confiere la Constitución, mientras que las entidades federativas tienen poderes *residuales*, ya que retienen todas aquellas competencias que no han sido otorgadas a los poderes federales. Uno de los retos más importantes que enfrentaron los norteamericanos del siglo XIX fue, precisamente, poder mantener vigente este orden federal. Al punto que el carácter indisoluble de la Unión Americana sólo pudo quedar firmemente afianzado tras cuatro años de una sangrienta guerra civil, con la derrota, en 1865, de los estados del sur que intentaban independizarse. Los asuntos relativos al federalismo y la distribución de competencias entre los estados y el gobierno central fueron cruciales en la época del periodo formativo del derecho estadounidense. Al respecto, S. Jay sostiene: "One cannot read the pamphlets, letters, recorded speeches and other writing from this period without being left with the sense that United States was a concept in formation, not an agreed-upon state affairs. [...] A key aspect of political life was a constitutional argument over the relationship between the new federal government and the existing states. Americans were entirely unaccustomed to the idea of dominance by a central government formed from the populace living on their own soil" (1985, p. 1020).

⁹ El catálogo de derechos fundamentales, Bill of Rights, se aprueba dos años después de la entrada en vigor de la Constitución federal. Sin embargo, según Friedman, "the federal Constitution could not have been ratified without the promise of a bill of rights, which took the form of ten amendments" (1985, p. 117).

nuevo orden jurídico. Prácticamente en 50 años el derecho norteamericano deja de ser un derecho precario y poco definido, para convertirse en un sólido sistema jurídico. La nota más sobresaliente de todo este proceso es que fueron los tribunales, federales y estatales, los principales arquitectos del sistema.¹⁰ El orden normativo y el pensamiento jurídico estadounidense se impregnaron, por consiguiente, de esa concepción casuística y empirista prototípica de la tradición jurídica del *common law*.¹¹

Como es sabido, en el sistema jurídico norteamericano, como en el inglés, el derecho de creación judicial por excelencia es lo que se conoce como *common law*.¹² Los denominados *common law cases* son aquellos en los que el parámetro normativo para resolver el litigio no está dado por algún precepto jurídico escrito, Constitución o ley, sino por el conjunto de principios y reglas que se derivan de decisiones judiciales previas que versan sobre materias que no han sido reguladas expresamente por el legislador, y tampoco la norma constitucional se considera directamente

¹⁰ Al respecto las palabras de Gilmore son bastante descriptivas: "From the beginning our courts, both state and federal, seem to have been willing to answer any conceivable question which any conceivable litigant might choose to ask. And from the beginning-which is even more curious-the American people, which throughout most of our history has distrusted lawyers, seems to have acquiesced in, indeed to have enthusiastically welcome, the arrogation of unlimited powers by the judges. [...] We did have to cope, in real world, with the complicated problems which arose from the obscure metaphysical concept of an indissoluble union of indestructible states. The federal Congress did little; the state legislatures did less. The judges became our preferred problem-solvers" (1921, pp. 35-36).

¹¹ Ese mismo papel que desempeñó la judicatura en Estados Unidos para echar a andar el proyecto constitucional, lo habían desempeñado los jueces ingleses, muchos siglos antes, para centralizar el poder del rey y pasar de un Estado medieval a uno moderno. El hecho de que en ambos casos fueran los jueces, y no el legislador, quienes sentaran las bases del sistema jurídico, determina la perspectiva bajo la cual los americanos y los ingleses observan el derecho y que los separa de la tradición jurídica de los sistemas romano-germánicos.

¹² La expresión "*common law*" requiere de cierta precisión terminológica. Como señala J. Martínez-Torrón, el término *common law* "puede emplearse para designar el conjunto de los sistemas angloamericanos, o bien, indicar estrictamente el derecho creado por los tribunales ingleses de *common law*, en oposición de otros tribunales reales (*equity, law merchant*) o en oposición a lo que en el ámbito continental se entiende por ley escrita (*statutory law*). Por lo demás, el contexto de la expresión permite fácilmente advertir en qué sentido se utiliza" (1991, p. 3). Asimismo, cabe destacar que cuando nos referimos a los *common law cases* o a los *common law precedents*, el término *common law* es utilizado en la última de las acepciones antes señaladas, esto es, como derecho de creación judicial en oposición a las normas de creación legislativa.

aplicable al caso. Este tipo de decisiones conforman los denominados *common law precedents*.¹³

Desde la perspectiva de un jurista de la Europa continental, quizá resulta complicado comprender cómo los jueces pueden resolver controversias

¹³ Consideramos que analizar los orígenes históricos del *common law* en Inglaterra sería simplemente desatender el objeto central de este apartado, que es el estudio del periodo formativo del derecho norteamericano. Sin embargo, brevemente podemos destacar que, como es por todos sabido, la tradición jurídica del *common law* se remota al siglo XI, cuando las Islas Británicas son conquistadas por los normandos y Guillermo I el Conquistador se convierte en rey de Inglaterra. La política que llevaron a cabo los reyes normandos y argevinos tuvo como principal objetivo fortalecer el poder de la Corona, a partir de una gradual centralización administrativa y de gobierno, lo cual incluyó la creación de un sistema de tribunales que administrase justicia en nombre del rey. Durante los siglos XI y XII se estructura el sistema de tribunales reales —King's Courts— los cuales administraban justicia en nombre del rey. En el siglo XIII, como consecuencia del creciente número de asuntos que llegaban a los tribunales reales, la jurisdicción de éstos se subdivide y así se crean los tres tribunales de *common law*: Court of the King's Bench, Court of Exchequer, y Court of Common Pleas. Los tribunales reales se fueron apoderando paulatinamente de la jurisdicción de los tribunales de los condados; la consolidación de este proceso tomó varios siglos, sin embargo, se puede decir que el *common law* es un subproducto de este proceso de centralización del derecho y del poder de la corona. Por otra parte, los historiadores del derecho inglés han destacado el fuerte sentido de continuidad que existía en el modo de impartir justicia los tribunales reales, lo que hacía que sus decisiones previas tuviesen cierto grado normativo para futuros litigios. Desde fechas remotas se tiene conocimiento de que los casos previos eran citados por los tribunales reales en sus decisiones. En este sentido, desde sus orígenes se inicia la evolución hacia un sistema de *case law* y la consiguiente fuerza vinculante del precedente. Asimismo, una característica fundamental del *common law* fue que el derecho sustantivo se desarrolló a través del derecho procesal. El ejercicio de la actividad jurisdiccional de los tribunales de *common law* se ejercía a través de los *writs*. Los *writs* eran órdenes emanadas de la Cancillería y dirigidas a las autoridades locales indicando que en un determinado caso se iniciaba el proceso ante la jurisdicción real. Cada *writ* se daba para un supuesto de hecho específico y el demandante tenía que encontrar el *writ* apropiado para su caso en concreto. Por tanto, el *common law* se desarrolló a partir de un sistema de acciones y no con base en un sistema normativo del que se derivan determinados derechos sustantivos. Evidentemente este sistema de tribunales reales sufrió importantes transformaciones en los siglos posteriores, sin embargo, lo verdaderamente interesante es que, a lo largo de la historia del derecho inglés, los jueces conservaron la autoridad y la independencia para ir adaptando el *common law* en concordancia con los cambios y abatiros históricos. Además, el poder para crear derecho de los jueces a modo de *common law* fue una constante en la historia inglesa; el legislador nunca logró tal firmeza y constancia sino hasta 1832 con la reforma del Parlamento. Actualmente Inglaterra sigue siendo tierra de los precedentes y no de los códigos, y aún en las áreas ahora gobernadas por el derecho legislado, que cada vez son más, los jueces siguen manteniendo una considerable libertad en la interpretación de la ley y el *common law* continúa siendo una genuina fuente del derecho.

Si se quiere tener una visión concisa, muy bien relatada y documentada acerca de cómo se va estructurando el sistema de los tribunales reales y el origen del *common law* véase Martínez-Torrón (1991, pp. 23-103). Una espléndida monografía acerca de cómo se separa la tradición jurídica inglesa de la del resto del continente europeo y qué factores fueron determinantes para la configuración de las dos grandes culturas jurídicas de occidente es la de R. C. Van Caenegem (1993). Para un análisis más detallado de la historia del derecho inglés, véase Dawson (1993, pp. 1-99). Finalmente, la monografía de Van Caenegem (1988) analiza en detalle el periodo formativo del *common law* inglés durante el siglo XII.

jurídicas sin otro parámetro normativo que sus decisiones previas y que, además, el conjunto de decisiones judiciales vaya conformando un cuerpo ordenado de reglas y principios jurídicos con plenos efectos normativos. Sin embargo, en Norteamérica, el *common law* no sólo está plenamente reconocido como una genuina fuente del derecho, sino que, además, esta forma tan peculiar de crear derecho fue la que prevaleció durante el periodo formativo del orden jurídico estadounidense.¹⁴

En este sentido, se puede sostener que lo que en realidad importaron los norteamericanos de Inglaterra no fue el derecho sustantivo, sino un modo de entender el derecho y un método jurídico para que los jueces lo desarrollasen caso por caso.¹⁵ Pound tiene razón al afirmar que la tradición jurídica del *common law* es ante todo una forma de pensar jurídicamente, un método para resolver disputas y modelar reglas, una manera de crear y desarrollar el derecho a partir de la experiencia concreta de los jueces.¹⁶ Ese método para crear derecho a partir de las decisiones judiciales fue lo que permitió que en Estados Unidos los tribunales federales y estatales sentaran las bases para poner en marcha el proyecto constitucional del nuevo país independiente.

¹⁴ Jones define el derecho de *common law* en los siguientes términos: "The common law, we might say, is both product and process, the rules courts have laid down in past decisions and the way in which courts draw on this past recorded experience as a source of guidance for future action. The precedent, the rules and concepts embodied in them, the traditional techniques governing the use of precedents in the analysis and disposition of new problems, these, in sum, constitute the common law" (1975, p. 444).

¹⁵ En este sentido, las palabras de Jones son muy ilustrativas: "American case law, even in the first decades of the nineteenth century, was not a carbon copy of the results English courts had reached in factually similar cases. The important thing, however, is that the methods of the common law, and specifically the institution of precedent, were retained and naturalized as American. American state courts were free to build, and in the formative period of American law did build, a distinctively American private-law structure. But they erected that structure with the building blocks and in the decisional style of the English common law" (1975, p. 454).

¹⁶ En realidad las palabras de Pound son muy descriptivas y de difícil traducción: "Perhaps no institution of the modern world shows such vitality and tenacity as our Anglo-American legal tradition which we call the common law. Although it is essentially a mode of judicial and juristic thinking, a mode of treating legal problems rather than a fixed body of definite rules, it succeeds everywhere in modding rules, whatever their origin, into accord with its principles and maintaining those principles in the face of formidable attempts to overthrow or to supersede them" (1921, p. 1).

Es difícil entender cabalmente cuáles fueron los factores que hicieron que los jueces desplazaran al legislador en el periodo formativo del derecho estadounidense. De alguna forma, el legislador tenía a su favor el carácter representativo y democrático de su configuración. El principio de legitimidad democrática del nuevo orden constitucional hacía de él un órgano ideal para configurar las normas jurídicas que habían de regir a la sociedad estadounidense. De hecho, a principios del siglo XIX las legislaturas locales y el Congreso federal intentaron desempeñar este liderazgo.¹⁷ Sin embargo, a pesar de ello, la derrota de las asambleas legislativas y del Congreso federal por los tribunales fue contundente.¹⁸

Según Pound una de las razones de esta derrota fue que la ley no se veía como un instrumento adecuado para facilitar el cambio del derecho y dar respuesta a las nuevas demandas de la sociedad; los tribunales eran órganos muchos más aptos, o por lo menos a los que se les tenía más confianza, para transformar el derecho inglés de acuerdo con las nuevas circunstancias que se vivían en la nación estadounidense (Pound, 1938, pp. 44-45).¹⁹ Finalmente, los norteamericanos, herederos de la tradición del *common law*, eran enemigos de la racionalización del mundo jurídico.

¹⁷ Sobre el papel activo que desempeñaron las legislaturas de los estados, véanse Friedman (1985, pp. 159-161) y M. Horowitz (1995, pp. 47-53). En relación con el Congreso federal, F. Frankfurter señala que durante el periodo en que se estaba construyendo el nuevo gobierno de Estados Unidos fueron aprobadas 26 leyes federales en 1788; 66 en 1790; 94 en 1791; 38 en 1792, y 63 en 1793. Además, todavía hasta 1875 más de 40% de las controversias ante tribunales federales eran "*common law litigation*" (1947, p. 527).

¹⁸ "What did legislation achieve for American law in the height of legislative leadership from the Revolution to the Civil War? When we compare the permanent results with those of judicial decision in the same period and reflect on the volume of local statute making, we must admit it did relatively little. The enduring creative legislation of the time is almost entirely in constitutions and bills of rights, federal and state. Certainly legislation gave our common law jurisdictions nothing in private law of such significance as the Code Napoleon or as your Civil Code here in Louisiana" (Pound, 1938, p. 42).

¹⁹ En este sentido son bastante ejemplificativas las palabras que, en 1810, expresó el juez Swift: "It is impossible for the wisest legislature [...] to frame statutes, or edicts, adapted to the circumstances of every case that will occur in the various changes of society. But by this mode, the law grows out of the case, and must be adapted to similar cases. A legislature must establish a general, unbending rule: courts possess a discretion of shaping their rules to every possible variety of circumstances. Here then is a vital principle, inherent in the constitution of the judiciary, perpetually operating on cases as they occur, correcting the errors of past ages, borrowing improvements from all countries, and furnishing remedies according to the growing wants, and varying circumstances of men, in

Ellos confiaban en la casuística judicial y no en la generalidad y abstracción de los preceptos normativos.

Además, los estadounidenses posrevolucionarios sabían que la transformación del orden jurídico debía ser paulatina, no se podría romper abruptamente con el derecho colonial y mantener al mismo tiempo el orden social. Se requería, por consiguiente, compatibilizar la continuidad y estabilidad en el derecho con las demandas de cambio. La casuística judicial se veía como el mecanismo ideal para armonizar esas dos fuerzas contrapuestas: caso por caso los jueces podían ir adaptando el derecho, en un proceso paulatino de ensayo y error, sin necesidad de irrupciones bruscas.²⁰ Sólo en áreas muy específicas se pensaba que era preferible la rigidez de las normas escritas a la flexibilidad de los precedentes judiciales, tal fue el caso, por ejemplo, del derecho penal, el cual se desarrolló fundamentalmente con base en normas escritas.²¹

Ahora bien, la ruptura con el gobierno inglés y la creación de un nuevo orden político cuyo principal basamento era la idea del pacto social y de la soberanía popular requería dotar de una nueva legitimidad al propio *common law* y a la autoridad de los jueces. ¿Cómo se vinculaban el *common law* y el poder de los jueces con los postulados básicos de la democracia?²² Esta cuestión fue materia de una amplia discusión y preocupación en la Norteamérica posrevolucionaria. No vamos a analizar en toda su

their progress from the rudest, to the most civilized stages of society, without waiting for the slow process of legislative interference" (1810, pp. v-vi, citado en Jay, 1985, p. 1059).

²⁰ Al respecto Calabresi sostiene: "Continuity and change are essential attributes of a legal system. [...] In the nineteenth century the United States is said to have developed a unique solution to meeting the two requirements. The principal instruments of this system were the common law courts, for most law was court-made. [...] In such world, the law could normally be updated without dramatic brakes through common law adjudication and revision of precedents. Change occurred because the doctrine of *stare decisis* was adhered to in a relatively loose fashion and precedents were not, even nominally, ultimately binding. The change that did occur tended to be piecemeal and incremental, organic if one wishes, as courts sought to discover and only incidentally to make the ever-changing law" (1982, pp. 3-4).

²¹ Al respecto, véase Pound (1938, pp. 43-44).

²² "The problem of fitting the common law into an emerging system of popular sovereignty became the central task of judges and jurists of the turn of the (19th) century" (Horowitz, 1995, p. 20).

extensión este debate, simplemente señalaremos *grosso modo* cuáles fueron las soluciones más importantes que se dieron a ese problema.

En primer término, Calabresi destaca que la actividad de los jueces durante el siglo XIX podía considerarse "democrática" en la medida en que los tribunales no podían decidir arbitrariamente, sino con base en principios que estuviesen reconocidos y vigentes en la comunidad (*principled decision-making*).²³ La idea de que los tribunales eran órganos que tenían que justificar sus decisiones de una manera detallada y explícita en principios que trascendían la apreciación subjetiva del juzgador era una de las maneras de legitimar su poder.²⁴ Además, el propio método del *common law* para desarrollar el derecho hacía que en realidad ningún juez por sí solo pudiese cambiar abruptamente las reglas, sino que éstas se fuesen configurando a través de un proceso paulatino y de una serie de decisiones judiciales de *varios* tribunales. Ambas cuestiones —decisiones con base en principios y la naturaleza colectiva del método de *common law* para crear derecho— sirvieron como fundamento para articular la noción de tribunales con poderes *limitados* y, por tanto, acordes con los presupuestos del orden democrático.

Sin embargo, como señala Jay, la idea de resolver casos a partir de "principios" no es lo mismo que actuar con base en los mandatos de la volun-

²³ Cfr. Calabresi (1982, p. 4). Esta idea de decisiones judiciales con base en principios la expresa con claridad James Sullivan, magistrado del Tribunal Supremo de Massachusetts: "And who is to decide on the question, whether a principle, urged as law, has therefore been in practice? The judges are to decide; but yet not in an arbitrary manner. The records of the courts of law will generally witness whether a principle has been in practice in the country; tradition comes in with its aid, and judges are at all times surrounded by men conversant in the courts of justice, and whose habits start at every new theory that is proposed. In addition to this, the Supreme Judicial Court is always composed of learned, wise and prudent men, who have but one common interest with their fellow citizens, and who have no temptation to do wrong, in a matter of general practice" (1801, p. 340, citado en Jay, 1985, 1058).

²⁴ Una de las más importantes innovaciones del siglo XIX en materia de justicia fue precisamente obligar a los jueces por ley a rendir sus decisiones por escrito y no sólo en forma, oral como se acostumbraba durante el periodo colonial. Los americanos sabían que esa era la única forma de elaborar un sistema de *case law* propio y así poder romper la dependencia con el derecho inglés. Para una referencia a las leyes federales y estatales que establecieron esta obligación de rendir sentencias por escrito, véase Surrency (1981, pp. 54-55).

tad popular que se expresa a través de los procesos democráticos. Era preciso, por consiguiente, articular con mayor precisión la relación del *common law* y la voluntad del pueblo, no bastaba la sola idea de un poder judicial "limitado" (Jay, 1985, p. 1058). Horowitz, a partir de un interesante análisis de los escritos de la época, concluye que la nueva legitimidad del *common law* se apoyó en la noción del "libre y voluntario consentimiento" del pueblo estadounidense de organizar su vida social sobre la base de un sistema de *common law*, cuya utilidad y eficacia estaba bien demostrada. En otros términos, la Constitución de los Estados Unidos, como expresión fundacional del pueblo, implícitamente configura un sistema jurídico sobre los cimientos del *common law*.²⁵

No obstante, la última legitimación democrática de los jueces y del *common law* provenía del legislador. Las legislaturas, electas popularmente, podían en todo momento aprobar una ley cuando el *common law* estuviese en contra de la voluntad mayoritaria. La ley era superior al *common law*, por tanto, el principio democrático quedaba garantizado: el legislador siempre tenía la última palabra. En este sentido, el silencio del Congreso y de las legislaturas locales implícitamente significaba su conformidad con el derecho creado por los tribunales.²⁶

La búsqueda de un fundamento democrático para el *common law* trajo consigo una nueva concepción de lo que era este tipo de derecho y la naturaleza misma de la función jurisdiccional. La visión ortodoxa del

²⁵ Horowitz cita al respecto las palabras de James Sullivan, juez del Tribunal Supremo de Massachusetts en 1801: "It may be inquired how the English institutes and reporters evidence the will of the American nation, or of this Commonwealth? The answer is, that the will of the people is expressed in the constitution, which they have of their own authority established for their Commonwealth. Since the voice of the people has established this common law system, so far only as it had been before adopted and practiced upon, it was, the judges who were to decide whether a principle, urged as law, had heretofore been in practice" (Sullivan 1801, p. 102 citado en Horowitz 1995, p. 22). En el mismo sentido, con relación a la idea de consentimiento popular como fundamento de legitimidad del *common law*, Jay sostiene: "Consent is a slippery concept, and this is especially the case when one is using it to legitimize the role of the judiciary. Consent cannot mean popular acceptance of particular decisions. Rather, the consent is to a system that develops principles over time" (1985, p. 1058).

²⁶ Cfr. Calabresi (1982, p. 4).

common law, propia del iusnaturalismo racionalista, sin desaparecer por completo, fue seriamente cuestionada y atacada durante el periodo formativo del derecho norteamericano. De acuerdo con esta concepción ortodoxa, el *common law* era la expresión de determinados principios de justicia que, a través de los siglos y por el poder de la razón, los jueces habían ido descubriendo. El *common law* era esos principios racionales de justicias y los precedentes eran la mejor evidencia de su existencia. Los jueces eran, por tanto, los "oráculos del derecho": su función era descubrir esos principios de justicia subyacentes en las decisiones judiciales previas y aplicarlos al caso concreto.²⁷

Según señala Horowitz, a principios del siglo XIX, se comienza a sustituir esta visión iusnaturalista por lo que él denomina "una concepción instrumental del derecho". El *common law* comenzó a dejar de ser la expresión judicial de los principios eternos de justicia, para ser un instrumento de cambio y regeneración del orden normativo. Las nuevas bases de legitimidad democrática del *common law* provocaron que algunos jueces y juristas de la época estimaran que los tribunales contaban con una especie de mandato popular que los legitimaba para modelar la doctrina judicial con base en concepciones de política pública. Con ello los jueces dejaban de ser simples "descubridores" del derecho, para convertirse en verdaderos "creadores".²⁸

²⁷ Según Horowitz, en Estados Unidos existía cierta identificación de los principios naturales de justicia con los usos y costumbres de la sociedad (1995, pp. 4-9). Esta identificación es un tanto confusa, pero muy probablemente se deba a la concepción de Blackstone de lo que era el *common law*. Para ese famoso jurista inglés, en palabras de Cross y Harris, "the common law consists of the usages and customary rules by which Englishmen have been governed since time immemorial supplemented by general principles of private justice and public convenience" (1991, p. 28). Como señalamos, los norteamericanos de esa época conocían a Blackstone, su famoso libro, *The Commentaries*, había sido publicado en Estados Unidos antes de la guerra de Independencia. Lo relevante, en cualquier caso, es que los jueces eran "los oráculos del derecho", sólo lo descubrían en los principios subyacentes a las decisiones judiciales previas, más nunca lo creaban. Sobre la visión de Blackstone, véase también Evans (1987, pp. 36-38).

²⁸ Cfr. Horowitz (1995, pp.16-30). Pound, a diferencia de Horowitz, sostiene que lo que sucedió es que la visión iusnaturalista del derecho pasó de ser un ideal moral a ser un ideal político, esto es, en vez de hablar de "principios de justicia dictados por la razón", se comenzó a hablar de ideales políticos, de la "naturaleza de las instituciones americanas", la "naturaleza de las instituciones libres", la "naturaleza de un gobierno libre", etcétera (Pound, 1938, pp. 22-23).

En cada decisión judicial se ponía a prueba el *common law* inglés y abiertamente se valoraba su utilidad o conveniencia para resolver los problemas de la sociedad estadounidense. Los jueces eran conscientes de que si el derecho inglés no se adaptaba para responder a la realidad social estadounidense, cada vez sería más difícil para los agentes sociales planear con certeza jurídica su vida en sociedad.²⁹ Por ello asumieron el papel de promotores del cambio y, en un periodo de aproximadamente 50 años, configuraron un sólido sistema de *case law* acorde con los ideales y necesidades de la sociedad norteamericana.

II. La creación judicial del derecho sustantivo a modo de *common law*

Los tribunales estatales se encargaron de elaborar las reglas básicas de la convivencia cotidiana (*the workaday rules of American life*). El derecho en materia de contratos, propiedad, responsabilidad civil, sociedades mercantiles, familia, entre otros, se desarrolló a modo de *common law*.³⁰ El punto de partida fue el *common law* inglés. Algunas legislaturas de los estados aprobaron leyes con el fin de definir qué parte del derecho inglés continuaba vigente en cada entidad federativa. Sin embargo, tales normas fueron lo suficientemente vagas e imprecisas como para dejar a discreción de los tribunales la decisión acerca de cuál había de ser la autoridad del derecho inglés en el nuevo escenario norteamericano y cómo se tenía que transformar el orden jurídico colonial para hacer frente a las demandas de la sociedad estadounidense.

²⁹ "In the nineteenth century, legal certainty was conceived of as important primarily to the extent that enable individuals to plan their affairs more rationally. [...] Adherence to precedent began to be understood as just one of a number of techniques for allowing men to order their affairs with regularity, judges were thus prepared to abandon precedent in order to create substantive doctrines that would themselves assure greater predictability of legal consequences" (Horowitz, 1995, p. 26).

³⁰ Al respecto, Friedman afirma: "The actual power of judges, as makers of doctrine and framers of rules, may have actually grown somewhat after 1800. The courts had to hammer out legal propositions to run the business of the country, to sift what was viable from what was not in the common law tradition, to handle disputes and problems thrown up in the course of political, social and technological change" (1985, p. 133).

Según Hall (1951, pp. 797-800), existieron tres métodos distintos para determinar cuáles leyes y qué partes del *common law* ingleses continuaban vigentes en cada entidad federativa. En primer término, algunas legislaturas estatales aprobaron leyes que disponían que todo el derecho inglés continuaba vigente en el estado siempre que se considerara "digno de ser adoptado" (*worthy of adoption*). Otras legislaturas, en cambio, dispusieron que el *common law* y las leyes inglesas continuarían vigentes hasta que fuesen modificadas por un nuevo derecho. Finalmente, en otros estados se optó por el silencio legislativo y se dejó, por consiguiente, en manos de los tribunales decidir, caso por caso, qué partes del derecho inglés continuaban vigentes.

Como se puede apreciar, los tres métodos de recepción del derecho inglés dotaron de una amplia discrecionalidad a los jueces para decidir hasta qué punto y en qué medida el *common law* y las leyes inglesas debían regir a la sociedad estadounidense. Ello permitió que los tribunales tuviesen un gran margen de acción para desempeñar un papel preponderante en el desarrollo del derecho sustantivo de la Unión Americana.³¹ Prácticamente en 50 años cada entidad federativa había desarrollado, a través de sus tribunales y a modo de *common law*, un conjunto de reglas jurídicas que sentaron las bases para afianzar el desarrollo económico del comercio y la industria.³²

³¹ Al respecto Hall sostiene: "In reading the American decisions handed down during the several decades which followed the Revolutionary War, one cannot help but be impressed by one striking characteristic. The thing that stands out is the extreme amount of latitude which these courts enjoyed in deciding cases. [...] A review of the cases shows that no matter what the wording of the reception statute or constitutional provision of the particular state, the rule developed, which was sooner or later to be repeated in practically every American jurisdiction, that only those principles of the common law were received which were applicable to the local situation" (1951, p. 805).

³² Según Pound: "No other judicial and juristic achievement may be found to compare with this" (1938, p. 21). Asimismo, Horowitz, refiriéndose a esta enorme transformación del derecho americano, señala: "Even the most summary survey of developments in American law during the nineteenth century confirms Daniel Boorstin's view that it represented one of those truly 'creative outbursts of modern legal history.' [...] What dramatically distinguished nineteenth century from its eighteenth-century counterpart was the extent to which common law judges came to play a central role in directing the course of social change. [...] In fact, common law judges regularly brought about the sort of far-reaching changes that would have been regarded earlier as entirely within the powers of the legislature" (1995, p. 1).

La participación de los tribunales federales en el desarrollo del derecho estadounidense y, particularmente, del *common law* fue mucho más complicada. En realidad, el Poder Judicial federal, a diferencia de las judicaturas estatales, era un poder nuevo y, como tal, debía conquistar su espacio y su fortaleza dentro del complejo escenario político de la época. Como sostiene Jay, "Estados Unidos era un concepto en formación"; la sola idea de un "gobierno central" era, en sí misma, problemática, ya que los estadounidenses, estaban acostumbrados a relacionar "gobierno remoto" con "tiranía" (1985, p. 1020). Lograr que el poder judicial federal fuese una institución poderosa, tanto en relación con las judicaturas locales, como con los otros dos poderes federales, fue el reto más importante que enfrentaron los tribunales federales durante el periodo formativo del derecho estadounidense. El éxito de esta empresa se debió en gran parte a que el Tribunal Supremo y, en concreto, el juez John Marshall, presidente ese tribunal de 1800 a 1835, logró con sus sentencias hacer del Poder Judicial federal una pieza clave en el sistema democrático norteamericano.³³

Sin duda, la aplicación y "realización" de la Constitución de los Estados Unidos por los tribunales federales fue uno de los más importantes acontecimientos del periodo formativo del derecho estadounidense y, además, afianzó la autoridad del Poder Judicial federal. Como es sabido, en 1803, el Tribunal Supremo, en la histórica decisión de *Marbury v. Madison*,³⁴ obra del juez Marshall, establece el valor normativo de la Constitución y la consiguiente facultad de todos los tribunales para interpretar y aplicar sus preceptos en la resolución de cualquier disputa (control difuso). Se concibe que la Constitución es el origen inmediato

³³ Los juristas norteamericanos coinciden en destacar la importancia que tuvo el juez Marshall en el fortalecimiento del Poder Judicial federal y, en concreto, del Tribunal Supremo. Antes de que Marshall asumiera la presidencia de ese máximo tribunal, el Poder Judicial federal era una institución con muy poco poder. Los historiadores del derecho constitucional americano cuentan, con cierta ironía, que el juez John Jay, primer presidente del Tribunal Supremo (1789-1795), rechazó la reelección de su cargo, ya que estaba convencido de que dicho tribunal no tenía la energía ni la dignidad para prestar el debido apoyo al gobierno nacional. En los 35 años que duró la presidencia de Marshall dicho escenario cambia diametralmente. Al respecto, véase White (1988, pp. 9-34).

³⁴ 1 Cranch 137 (1803).

de derechos y obligaciones para ciudadanos y poderes públicos. Los tribunales, por tanto, estaban obligados a aplicar directamente los preceptos constitucionales, como norma decisoria del litigio, cuando así se requiriera. Además, dada la superioridad jerárquica de la norma fundamental, en caso de que existiese un conflicto entre algunos de sus preceptos y cualquier otra norma del sistema, la aplicación de la Constitución siempre debía prevalecer.³⁵

Con la puesta en marcha del control judicial de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad (*judicial review*), la doctrina del precedente y la maquinaria judicial del *case law* extendió sus dominios al ámbito constitucional. La Constitución, si bien era concebida como la norma más alta, era, a final de cuentas, un norma y, como tal, debía ser aplicada e interpretada por todos los tribunales a partir de las herramientas técnicas conocidas y bajo el mismo paradigma jurídico que caracterizaba al sistema norteamericano. Además, la existencia de amplias cláusulas generales con abundante empleo de conceptos de valor que caracteriza a la Constitución estadounidense, particularmente a aquellos preceptos que establecen derechos fundamentales, hizo que las técnicas del *common law* se acomodaran magníficamente a la jurisdicción constitucional. La casuística judicial resultó ser el método idóneo para que, con ocasión de la resolución de disputas, los tribunales fuesen extrayendo de los enunciados constitucionales distintas reglas de decisión.³⁶

³⁵ Pocas decisiones del Tribunal Supremo han merecido tanto papel y tinta. La bibliografía respecto de *Marbury v. Madison* es simplemente excesiva. Una buena perspectiva histórica acerca de cuáles fueron las ideas políticas de la época y los antecedentes jurídicos que toma Marshall para construir su decisión la ofrece el libro de Lowry, *Marbury v. Madison and Judicial Review* (1989). La discusión académica contemporánea en relación con esta sentencia se centra principalmente en la interpretación constitucional que dio Marshall para derivar de la Constitución el poder de los jueces para controlar constitucionalmente las leyes y actos de autoridad. Se considera que el razonamiento jurídico en *Marbury v. Madison* no es incuestionable ni concluyente. El debate académico intenta descifrar cuál debe ser el fundamento constitucional que justifique y dé sustento jurídico a la institución del *judicial review*. Sin embargo, a estas alturas, ya no se discute ni se cuestiona la existencia del *judicial review*; *Marbury v. Madison* es uno de esos precedentes que ha adquirido solidez y estabilidad incuestionables. Una espléndida recopilación de las posturas académicas más importantes a este respecto, que reproduce los textos más representativos de cada uno de los autores, es la de Garvey y Alienikoff (1994, pp. 197-219).

³⁶ Sobre el valor de precedente de la *Marbury v. Madison* y cómo el control constitucional finalmente podía insertarse perfectamente en la metodología característica del *common law*, véase Lowry (1989, pp. 4-30).

Sin embargo, a pesar de la trascendencia que tuvo la configuración del sistema de control constitucional para el futuro desarrollo del constitucionalismo estadounidense y para dotar de fuerza y autoridad a los tribunales federales, en el primer tercio del siglo XIX las controversias constitucionales sólo fueron una pequeña porción de la carga total de trabajo de dichos tribunales.³⁷ La segunda gran batalla del Tribunal Supremo fue lograr que los tribunales federales también participasen en el desarrollo del *common law*. En el centro del debate con relación al denominado *federal common law* se encontraba nuevamente el problema básico del federalismo norteamericano: ¿cómo encontrar el correcto equilibrio entre la necesidad de un poder central fuerte y las demandas de autonomía de las entidades federativas?

Para entender los problemas que enfrentaban los tribunales federales para crear derecho a modo de *common law* es preciso analizar brevemente dos características básicas del federalismo estadounidense. En primer término, el orden federal parte de la premisa de que el derecho de los estados es un derecho de carácter supletorio y preexistente al derecho federal, lo que significa que mientras el Congreso federal no apruebe las leyes materia de su competencia, el derecho de cada estado continúa vigente. Asimismo, de acuerdo con el principio de distribución de competencias del federalismo estadounidense, la jurisdicción de los tribunales federales es *limitada*, esto es, circunscrita a determinadas materias de interés nacional. La sección 2 del artículo III constitucional define el ámbito jurisdiccional de los tribunales federales. Todas aquellas disputas fuera de los límites que marca la Constitución para el ejercicio de la potestad jurisdiccional federal deben considerarse como parte del ámbito

³⁷ Al respecto Sutherland señala: "During the first third decade of the nineteenth century constitutional interpretation occupied a comparatively small part of the Court's time. Most of its reported opinions treat of ordinary civil and criminal litigation; in various ways they reflect the life of a coastal nation, only beginning its penetration of a wide and rich continent. Controversies over the ocean shipping which handled American's heavy transport fill a great part of the law reports of Marshall's time" (1965, p. 312). Para un interesante estudio acerca de cuáles fueron los asuntos que en materia constitucional resolvió el Tribunal Supremo en el periodo de la presidencia de Marshall, véase Currie (1982, pp. 646 y ss.).

exclusivo de los tribunales estatales.³⁸ Además, salvo la denominada jurisdicción originaria del Tribunal Supremo, es decir, los asuntos en los que dicho tribunal debe conocer en primera y única instancia, le corresponde al Congreso federal determinar la extensión del ámbito jurisdiccional de todos los tribunales federales, incluyendo la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema. También le corresponde al legislador federal crear los tribunales federales inferiores que conforman el Poder Judicial federal.³⁹

Dado este carácter supletorio del derecho de los estados y el ámbito limitado de la jurisdicción de los tribunales federales, la pregunta —tratóndose de la competencia de dichos tribunales para desarrollar *common law*— era si, a falta de un precepto legal federal que regulase la disputa planteada, los tribunales federales podían o no acudir al *common law* inglés y elaborar por sí mismos una regla de *federal common law*, o bien

³⁸ En este sentido, los tribunales estatales tienen lo que se denomina jurisdicción general (*general jurisdiction*), esto es, tienen competencia para conocer de cualquier asunto, sin que sea necesario que la legislatura local apruebe una ley para tal efecto. Sólo quedan fuera de su ámbito jurisdiccional aquellos asuntos que el Congreso federal reserve en forma *exclusiva* a los tribunales federales. Ello hace que en la práctica una buena parte de la jurisdicción federal sea concurrente con la jurisdicción de los estados, ya que, si el Congreso federal no señala expresamente que determinada materia es de jurisdicción *exclusiva* de los tribunales federales, los tribunales locales también pueden conocer de esos asuntos.

³⁹ El artículo III de la Constitución federal dispone: "El Poder Judicial de los Estados Unidos deberá estar depositado en un Tribunal Supremo y en aquellos tribunales inferiores que el Congreso ocasionalmente ordene y establezca." La redacción de este apartado del artículo III constitucional fue una especie de solución intermedia entre las posturas enfrentadas de los federalistas y antifederalistas con relación a la necesidad o conveniencia de crear un sistema de tribunales inferiores a la Corte Suprema. Según señala C. Warren, cuando se discutió en la Convención de Filadelfia la redacción del artículo III hubo un acuerdo unánime en cuanto a la necesidad de crear un Tribunal Supremo de carácter federal. Sin embargo, el establecimiento de tribunales federales inferiores fue una cuestión disputada. Un sector de los miembros de la Convención sostenían que dichos tribunales no eran necesarios, ya que los asuntos de carácter federal podían ventilarse en primera instancia ante los tribunales de los estados y que con que el Tribunal Supremo federal tuviese facultad para revisar en apelación los fallos de dichos tribunales era suficiente para garantizar la eficacia del derecho nacional, así como la uniformidad en su aplicación. En cambio, los que abogaban por un gobierno central más fuerte defendían la creación de un sistema de tribunales federales inferiores, con el argumento de que solamente una eficiente maquinaria judicial de carácter nacional, y no un único tribunal federal, podría afrontar el reto de hacer efectivo el derecho nacional y vencer los fuertes prejuicios que existían en los múltiples gobiernos estatales. La avenencia de estas posiciones se logra con el acuerdo en la creación de un Tribunal Supremo de carácter federal y la autorización al Congreso para establecer, en su caso, un sistema de tribunales federales inferiores (Warren, 1929, pp. 325 y ss.).

tenían que recurrir necesariamente a las leyes o al *common law* de cada estado para buscar la solución. Si tomamos en cuenta que durante el periodo formativo del derecho norteamericano el *common law* era la fuente del derecho más importante y que el legislador federal no fue muy activo, lo que en realidad estaba en juego era determinar cuál debía ser la participación del gobierno central en el desarrollo del derecho sustantivo de la Unión Americana.⁴⁰

Cabe destacar que el acto con el que se inauguró la primera legislatura federal norteamericana fue la aprobación de la Judiciary Act de 1789. Con ello se desarrolló legalmente el artículo III constitucional.⁴¹ El debate legislativo, tomando en cuenta la resistencia que existía por parte de algunos congresistas para la configuración de los tribunales federales inferiores, se centró en determinar cuán amplio debería ser el ámbito jurisdiccional de dichos tribunales.⁴² El proyecto legislativo nunca contempló la posibilidad de otorgar a los tribunales federales toda la juris-

⁴⁰ En este sentido la cuestión relativa al "federal common law" no era una de simple técnica jurídica, sino que tenía un alto contenido político. De acuerdo con Jay el asunto captó la atención de las principales figuras políticas de la época y se convirtió en una verdadera pelea entre federalistas y republicanos. Los primeros defendían la autonomía de los estados y desconfiaban de los poderes centrales, por tanto, veían que le *federal common law* era una amenaza real pues, finalmente, la facultad de los tribunales federales para crear derecho a modo de *common law* implicaba dar más poder del que ellos creían conveniente al gobierno central. Los federalistas veían de forma opuesta esta cuestión: el derecho nacional no se podría articular sin que los tribunales federales contasen con el poder para desarrollar *common law*, pues para ellos era importante contar con un derecho uniforme (nacional), esencial para consolidar la Unión Americana (Jay, 1985, pp. 1003 y ss.; 1985, pp. 1231 y ss).

⁴¹ Dicha ley estableció dos tipos de tribunales federales inferiores a la Corte Suprema: District Courts y Circuit Courts. Los primeros tenían exclusivamente jurisdicción originaria, esto es, conocían sólo de asuntos de primera instancia y un único juez —*the district judge*— era quién dictaba la sentencia. En cambio, los Tribunales de Circuito no contaban con un juez titular propiamente, sino que dos miembros del Tribunal Supremo y un juez de Distrito celebraban dos sesiones al año para decidir los asuntos en materia de su jurisdicción, la cual en algunos casos era originaria y en otros revisaban en apelación algunas sentencias de los Tribunales de Distrito.

⁴² La aprobación de dicha ley fue un acto sorprendente en aquella época. Según señala McGowan, quienes se oponían durante el debate del Poder Constituyente a la creación de los tribunales federales inferiores al Tribunal Supremo pensaron que era muy probable que al momento de entrar en vigor la Constitución federal, el Congreso no ejercería su poder legislativo para configurar tales tribunales. Edmond Pendelton afirmó durante la Convención de ratificación de la Constitución en Virginia: "It is highly probable that Congress's first experiment will be to appoint State Courts to have inferior federal jurisdiction". Así, cuando el Congreso decide regular el artículo III y crear los tribunales federales inferiores, las expectativas de algunos políticos y congresistas de la época resultaron fracasadas (1969, p. 22).

dicción que establecía el artículo III constitucional. En esa época existía la convicción de que bastaba con que el Tribunal Supremo revisara en apelación las sentencias de los tribunales estatales en materia de derecho federal, para que la eficacia de las políticas nacionales quedase garantizada. Por tanto, la Judiciary Act de 1789 otorgó jurisdicción a los tribunales federales inferiores limitada a determinadas materias: delitos federales, litigios entre ciudadanos de distintos estados, asuntos de derecho marítimo y almirantazgo y poco más (McGowan, 1969, pp. 23-33).

La sección 34 de la Judiciary Act de 1789 implícitamente proscribió la facultad de los tribunales federales para crear derecho a modo de *common law*. Dicha sección establecía: "el derecho (*the laws*) de los distintos Estados, excepto cuando la Constitución, los tratados internacionales o las leyes federales dispongan lo contrario, debe considerarse como regla de decisión en los juicios ante los Tribunales de los Estados Unidos." A pesar de que los congresistas estimaron que el precepto era lo suficientemente claro como para que los tribunales federales se consideraran obligados a aplicar el derecho de los estados, ya fuera el *common law* o el derecho legislado, cuando las normas federales no resolviesen la cuestión planteada, los tribunales federales no lo interpretaron de esa manera.⁴³

Por un lado, los tribunales federales desarrollaron a modo de *federal common law* el derecho marítimo y de almirantazgo. Ello no generó gran polémica, pues durante la época colonial las controversias en estas materias siempre se resolvieron por medio de tribunales especializados; los tribunales de *common law* nunca tuvieron jurisdicción en estos asuntos. En concordancia con esta tradición, la sección 2 del artículo III constitucional y la Judiciary Act de 1789 otorgaron a los tribunales federales jurisdicción *exclusiva* en este tipo de controversias.⁴⁴ Sin embargo, la

⁴³ Sobre el debate parlamentario para la aprobación la Judiciary Act de 1789 y un interesante análisis de la sección 34 de la referida ley, véase Warren (1923, pp. 49 y ss.).

⁴⁴ Cfr. *Harvard Law Review* (1964, p. 1088).

denominada *admiralty and maritime clause* de la Constitución pronto fue interpretada en forma amplia por el Tribunal Supremo, y el *federal common law* se extendió al transporte marítimo, al derecho de las aguas de los ríos y lagos y a todo lo que tuviese que ver con la regulación de aguas costeras y de altamar (Gilmore, 1921, p. 30). Esta amplia interpretación de la referida cláusula constitucional permitió la "federalización" de toda forma de transporte y comercio marítimo, lo cual fortaleció enormemente la autoridad de los tribunales federales, ya que en esa época gran parte del comercio internacional y nacional norteamericano se realizaba por barco.

Sin embargo, la participación de los tribunales federales en la configuración del derecho sustantivo estadounidense no se limitó al derecho marítimo y de almirantazgo. Los asuntos en los que los tribunales federales tenían jurisdicción por tratarse de litigios entre ciudadanos de diferentes estados constituyeron la puerta de entrada para que los tribunales federales intervinieran directamente en el desarrollo del derecho mercantil. Aunque la sección 34 de la Judiciary Act de 1789 obligaba a los tribunales federales a aplicar el derecho de los diferentes estados cuando una norma federal no resolviese la cuestión, en esa época el derecho de los estados estaba en una etapa formativa y por tanto era relativamente incierto, lo cual permitía a los jueces federales configurar a modo de *federal common law* sus propias reglas de decisión.⁴⁵

Finalmente, en 1842, en la conocida decisión de *Swift v. Tyson*,⁴⁶ el Tribunal Supremo abiertamente reconoce la facultad de los tribunales federales para desarrollar *federal common law* en materia de comercio. En esta

⁴⁵ "For a considerable period in early America judicial history, the federal courts were free to develop a common law for civil cases, particularly in commercial field, without provoking serious objections. In cases pending on general law, these courts could apply law drawn from all familiar sources recognized in Great Britain. Federal Courts often relied on English law without explicitly citing them. [...] State in the early nineteenth century, particularly that applicable to commercial transactions, was usually unsettled or not be found, owing in large measure to the lack of familiarity of those courts with commercial matters. By contrast, the federal courts gained important expertise in business cases coming within the diversity jurisdiction" (Jay, 1985, pp. 1276-1277). En el mismo sentido, véase Merrill (1985, pp. 28-29).

⁴⁶ 41 U.S. 1, (1842).

decisión el Tribunal concluyó que la sección 34 de la Judiciary Act de 1789, al referirse a "el *derecho* de los estados" como parámetro de decisión de los tribunales federales, no se refería al *common law*; la palabra *derecho* sólo significaba 'normas escritas'. Por tanto, en los juicios en materia de comercio, si no existía un precepto legislativo, estatal o federal, los jueces federales podían desarrollar *federal common law*.⁴⁷

Ahora bien, este desarrollo del derecho sustantivo por los tribunales federales y estatales a modo de *common law* sólo pudo ser posible dada la consolidación, durante este periodo, de la doctrina del precedente. La nota distintiva de un sistema de *case law* es que el conjunto de decisiones judiciales se convierte en parámetro de decisión para futuros litigios similares. Todo sistema de *case law* tiene que formular e institucionalizar los principios que rigen la aplicación de ese conjunto de decisiones judiciales (precedentes) y, a la vez, tiene que lograr que las sentencias judiciales sean conocidas por todos. En otros términos, un sistema de *case law* se estructura sobre la base de una doctrina del precedente y de un sistema eficiente de publicación de sentencias. En Estados Unidos, ambas cuestiones se lograron durante el periodo formativo de su sistema jurídico.

⁴⁷ Los comentarios de Gilmore con respecto a esta sentencia son muy interesantes. A pesar de que la denomina "a masterpiece of disingenuousness", señala: "The point about *Swift v. Tyson* is that it was immediately and enthusiastically accepted. [...] No bumper stickers called for Justice Story's impeachment. On the contrary, the doctrine of general commercial law was warmly welcomed and expansively constructed, not only by the lower federal courts but by the states courts as well. For the next half of the century the Supreme Court of the United States became a great commercial law court" (1921, pp. 33 y 34).

Cabe destacar que este poder de los tribunales federales para desarrollar *federal common law* en forma genérica existió hasta 1937. En la conocida sentencia de *Erie Railroad Co. v. Tompkins* (304 U.S. 64 [1937]), el Tribunal Supremo modifica la doctrina establecida en *Swift* y limita, de manera importante, la posibilidad del Poder Judicial federal para crear y desarrollar *federal common law*. Esta sentencia viene a establecer que si determinada cuestión no está regulada por la Constitución o por una ley federal, los tribunales federales deberán aplicar en todo caso el derecho estatal, no importando si este último es *statute law* o *common law*. Sin embargo, aunque la doctrina de *Erie* parecía proscribir toda forma de *federal common law*, el Tribunal Supremo reconoció, en casos posteriores, que el *federal common law* sólo estaría limitado a ciertas materias y a determinadas situaciones. El alcance de la doctrina de *Erie* y las excepciones a la misma continúan siendo materia de discusión académica. La bibliografía es bastante extensa, sin embargo, para una buena aproximación véanse, entre otros, los artículos del simposio celebrado en Pace University en 1992, los cuales se encuentran en *Pace Law Review* (1992, pp. 227-357), así como Hill (1967, pp. 1024 y ss.); Friendly (1964, pp. 383 y ss.) y Merrill (1985, pp. 1 y ss.).

III. La configuración de la doctrina del precedente en Estados Unidos e Inglaterra

Cuando los norteamericanos consolidan su independencia, la doctrina inglesa del precedente todavía se encontraba en proceso de formación. Si bien el sistema inglés, como señala Allen (1969, p. 295, nota 129), desde una época primitiva comenzó a seguir el método inductivo de técnica judicial y el respeto a las decisiones judiciales previas fue una característica constante de la actividad jurisdiccional, la sistematización de la doctrina del precedente a partir de unos principios bien definidos y la fuerza vinculante del caso similar no se consolidaron sino hasta mediados del siglo XIX.⁴⁸ Lo interesante de todo ello, para efectos de este trabajo, es que los norteamericanos, en ese periodo formativo de su sistema jurídico, consolidaron paralelamente a Inglaterra su propia doctrina del precedente, con algunos rasgos comunes a la inglesa, pero con otros absolutamente propios y distintivos del sistema de *case law* norteamericano.

No se puede saber el momento preciso en el que en Estados Unidos y en Inglaterra se pasa de un sistema en el que los precedentes eran *guías* para decidir disputas jurídicas a otro en el que se les dota de *fuerza vinculante*. Se sabe que ello ocurrió, en ambos países, durante el siglo XIX y que fue un cambio que se fue dando casi imperceptiblemente y en forma zigzagueante.

Los historiadores del derecho inglés y norteamericano coinciden en señalar dos cuestiones básicas que impulsaron el afianzamiento de la doctrina del precedente actual. En primer término, la existencia de un sistema confiable y eficiente de publicación de sentencias (*law reports*).⁴⁹

⁴⁸ En este mismo sentido, Evans sostiene: "The common law did not develop a system of case law by adopting explicit premises as to the authority of cases. It passed imperceptibly from a time when what said in the course of cases was evidence of law-of legal custom applying in common to all parts of the realm-to a time when the law pronounced in the cases was itself the material of substantial part of the system of law" (1987, pp. 35-36).

⁴⁹ El término *law reports* es de difícil traducción al castellano. Se podría traducir como 'compilaciones' o 'recopilaciones de sentencias'; sin embargo, no es del todo exacto, ya que el término *reports* impli-

La única forma en que se podía predicar la *obligatoriedad* de las reglas contenidas en las decisiones judiciales previas era si se aseguraba que tales reglas fueran conocidas por todos y que, además, los *law reports* fuesen lo suficientemente fiables como para que no existiesen diferentes versiones de una misma decisión judicial.⁵⁰

Pero además, y sobre todo, la configuración de la doctrina del precedente requería de la sustitución de la concepción ortodoxa del *common law*, según la cual la función de los jueces era descubrir los principios subyacentes en las decisiones judiciales previas y aplicarlos al caso concreto, por una concepción positivista en la que abiertamente se reconociese que las decisiones judiciales creaban derecho y que el *common law* era un derecho de creación judicial (*judge-made law*). El concepto de "precedente vinculante" sólo tiene sentido si se admite que las decisiones judiciales en sí mismas son derecho y, por tanto, que el *common law* no es un derecho separado de tales decisiones.⁵¹

Tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, ambas cuestiones —los *law reports* y el cambio de concepción de lo que era el *common law*— fueron evolucionando paralelamente. Lo hicieron a partir de una dialéctica interna muy peculiar: cuanto más estricta se volvía la teoría del precedente, fueron surgiendo *law reports* más fiables, pero, al mismo tiempo, cuantos más *law reports* fiables existieron, mayor atención y autoridad les daban los jueces a sus decisiones previas.⁵²

citamente hace alusión a la labor de publicación de las sentencias como forma de dar a conocer el derecho vigente. En este sentido, hemos preferido utilizar la expresión en inglés, salvo que la estructura de la frase no lo permita.

⁵⁰ Para una reseña muy interesante de cómo en Inglaterra y en Estados Unidos se va configurando un sistema eficiente de publicación de sentencias y la importancia que ello tuvo para la articulación de la doctrina del precedente véase Dawson (1993, pp. 80-99).

⁵¹ Al respecto, véanse Holdsworth (1934, pp. 180-182); Kempin (1959, pp. 31-35), y Evans (1987, pp. 64-70).

⁵² En sentido inverso Dawson sostiene: "The lack of reliable law reports was both a symptom and a cause; unreliable reports were tolerable because theories of precedent were not strict; but theories of precedent could not be strict until reports became reliable" (1993, p. 80).

1. El sistema de publicación de sentencias

En Inglaterra es en el siglo XIX cuando se comienza a estructurar una sólida maquinaria de publicación de sentencias. Antes, la calidad de los repertorios de sentencias y su fiabilidad variaban mucho de un caso a otro. El sistema de publicación era verdaderamente informal y los tribunales no asumieron responsabilidad alguna en el tema. Los jueces dictaban sus sentencias en forma oral y los abogados litigantes tomaban notas, que intercambiaban y discutían en privado con otros abogados y, en ocasiones, esos apuntes aparecían publicados en algún libro de texto o en alguna compilación (Dawson, 1993, pp. 76-79).

A principio del siglo XIX este escenario comienza a cambiar. Los jueces asumieron seriamente el problema de la informalidad y poca fiabilidad de los repertorios de sentencias. Se pusieron en práctica distintas soluciones, hasta que, finalmente, en 1865, se crea el Incorporated Council of Law Reporting, el cual funciona hasta la fecha. Dicho órgano está integrado por ocho *barristers* y dos *solicitors* quienes se encargan de nombrar a los *authorized reporters* de cada tribunal. Dichos *reporters* no son funcionarios públicos, sino agentes privados. El juez, en caso de rendir su decisión por escrito, tiene obligación de proporcionar al *authorized reporter* una copia. Si la sentencia se emite en forma oral, el juez, si lo considera oportuno, revisa el texto antes de su publicación.⁵³

⁵³ En términos generales, durante el siglo XIX, el sistema de publicación de sentencias en Inglaterra evolucionó de la siguiente forma. En 1830 los jueces nombraron a los *authorized reporters* en cada tribunal, quienes eran agentes privados, pero las notas de éstos eran revisadas por el juez. Asimismo, los jueces determinaron que la única versión autorizada de sus sentencias era la que publicaban los *authorized reporters*. La solución adoptada pronto mostró desventajas; los altos precios de los *law reports* autorizados y los largos retrasos en su publicación obligó a los jueces a aceptar la regla de que cualquier compilación de sentencias que contase con la certificación del abogado litigante como su propio informe de la sentencia de un juez debía ser considerado como bueno por el juzgador. Pronto volvieron a surgir la pluralidad de compilaciones y la falta de fiabilidad de muchas de ellas. En 1849 surgieron nuevamente las protestas en contra del exceso de oferta de repertorios de sentencias. Se propone que se obligue a los jueces a dictar sus sentencias por escrito; propuesta que fue rechazada. De alguna manera era difícil borrar la fuerza de la tradición: 400 años en los cuales los jueces se habían acostumbrado a expresar oralmente las razones de su decisión y los abogados litigantes a tomar notas de las mismas pesaron lo suficiente como para rechazar esta propuesta; aunque, cabe

En Estados Unidos, el sistema de publicación de sentencias siguió una trayectoria distinta y más eficiente que la inglesa. Aunque durante el periodo colonial básicamente no existió ningún sistema de compilación y publicación de sentencias y los abogados utilizaban los inciertos repertorios ingleses o sus propias notas sobre los casos litigados en una determinada jurisdicción, la ruptura con el gobierno inglés facilitó la transformación de este precario escenario.⁵⁴ Los norteamericanos deseaban su propio *case law*; no querían seguir dependiendo del derecho inglés. Para ello requerían de una eficiente maquinaria de publicación de las sentencias de sus *propios* tribunales y, desde principios del siglo XIX, el gobierno federal y los gobiernos estatales tomaron cartas en el asunto.

Según Surrency, dos factores principalmente permitieron la configuración de un sólido sistema de publicación de sentencias. En primer término, durante este periodo, varios estados de la Unión Americana establecieron, por medio de leyes, la obligación del juez de rendir sus decisiones por escrito.⁵⁵ Con ello los norteamericanos garantizaron la autenticidad de las

destacar que, en los casos relevantes, los tribunales con jurisdicción de apelación ya habían optado por emitir su opinión por escrito. También se rechazó la propuesta de que cada tribunal tuviese un *official reporter* a costa del erario del Estado. Finalmente, en 1865, se logra una solución conciliadora: se crea el Council of Law Reporting, órgano que elige a los *authorized reporters*, quienes continúan siendo agentes particulares, pero dicho órgano supervisa su trabajo. De ahí que se diga que en Inglaterra existen *semi-official reports* (Dawson, 1993, pp. 80-83).

⁵⁴ Sobre los repertorios de sentencias en el periodo colonial Kempin sostiene: "The position of the reports in the American Colonies was the same as, or worse than, the position of the English reports. While England had some reliable, although unofficial, reports during the 17th and 18th centuries, it is safe to say that the colonist had none until the nineteenth century. During those years lawyers, for their own private purposes, kept notes on various cases within their own jurisdiction. Some of these, for instance those of Bushrod Washington, were published by these lawyers as a type of public service, but not only were these few in number, and late in coming, but they bore only a small resemblance to our modern reports" (1959, p. 34).

⁵⁵ "In 1785 Connecticut adopted a statute that required the judges 'in all matters of law by them decided, or writ of error, demurrer, special verdict or motion in arrest of judgment, each one to give his opinion seriatim, with the reasons thereof, and the same reduce to writing'. [...] Many states enacted statutes similar to the Connecticut model, and at least one state wrote the requirement into its constitution. [...] It is not clear in all jurisdictions whether written opinions were required by statute of begun by a voluntary decision of the court. No authority, for instance, has been found that required the justices of the Supreme Court of the United States to present their opinions in writing, and it is not clear if these early opinions were taken down by a reporter. [...] Some statements made by these early reporters indicate that the court would prepare written opinions although not required by statute" (Surrency, 1981, p. 55).

sentencias publicadas y se evitaron el problema de la diversidad de versiones de una misma decisión, cuestiones que en Inglaterra sólo se lograron, con bastante dificultad, hacia 1865.

El segundo factor que permitió la configuración del sistema de publicación de sentencias fue que en Estados Unidos, a deferencia de lo que sucedió en Inglaterra, se aceptó sin dificultad la existencia de *official reports* (publicaciones y repertorios oficiales de sentencias). Se aprobaron leyes para que cada tribunal con jurisdicción de apelación, a costa del erario del estado, nombrara a una persona —*the official reporter*— encargada de la compilación y publicación de las sentencias del propio tribunal.⁵⁶ En 1810 cuatro Estados y el gobierno federal habían optado por ese sistema, para 1835 ya eran 16 y en 1850 prácticamente todo tribunal con jurisdicción de apelación, federal o estatal, contaba con un *official reporter* cuyo único trabajo era organizar y publicar las sentencias que por escrito habían rendido esos tribunales.⁵⁷

La existencia de los *official reports* no excluyó la posibilidad de que las empresas privadas participaran e hicieran negocio de la publicación del *case law*. En 1880, West Publishing Company crea el National Reporter System. Con la eficiencia que caracteriza a cualquier negocio rentable, la compañía garantizó que cualquier abogado, en cualquier rincón del

⁵⁶ "The appointment of an official court reporter first appeared in Massachusetts in 1804. The statute authorized the governor to appoint a person 'learned in the law' to report the decisions of the Supreme Judicial Court 'whose duty it shall be by his personal attendance, and by any other means in his power, to obtain true and authentic reports of the decision, already made, or that may thereafter be made, by said court, and shall annually publish the same'. The Supreme Court of the United States appointed Henry Wheaton, a well-known lawyer, as the first official reporter in 1817, and the practice of appointing a reporter became an established custom in every state" (Surrency, 1981, p. 56).

⁵⁷ Cfr. Dawson (1993, p. 86). En un primer momento, los *official reports* eran conocidos por el apellido del *reporter* y las sentencias eran citadas por dicho el apellido, después las decisiones se citan con las iniciales del estado o del tribunal tratándose de los repertorios de sentencias federales. Por ejemplo, en el caso del Tribunal Supremo, algunos de los *official reporters* fueron Wheaton, Dallas y Howard, y es frecuente que se citen las sentencias con el apellido de éstos (por ejemplo, "10 Wheaton 409, 1817"). El primer número hace referencia al volumen (10) y el segundo a la página (409); el último número indica el año en que se dictó la sentencia. Tiempo después, las sentencias simplemente se citan con las primeras iniciales del Tribunal ("270 U.S. 585, 1926").

país, tuviese acceso a todas las sentencias de los tribunales con jurisdicción de apelación, federales o estatales. Hoy en día, en Estados Unidos, siguen existiendo publicaciones de sentencias oficiales (*official reports*) y privadas, y los jueces continúan dictando sus sentencias por escrito.⁵⁸

2. La sustitución del paradigma iusnaturalista en Inglaterra y en Estados Unidos

El esfuerzo por garantizar la eficiente publicación de las sentencias, como ya señalamos, fue acompañado de una nueva concepción de lo que eran el *common law* y la naturaleza de la función jurisdiccional. En el caso de Inglaterra, la sustitución del paradigma iusnaturalista se comienza a gestar desde principios del siglo XIX y se consolida a finales de ese siglo.⁵⁹ El nuevo paradigma se sustentó fundamentalmente en las teorías positivistas de Jeremy Bentham y su discípulo John Austin.⁶⁰ Ambos juristas atacaron la idea blackstoniana de que el *common law* eran "las reglas de usos y costumbres basadas en principios generales de justicia que desde tiempos inmemorables habían regido a la sociedad inglesa" (Cross y Harris, 1991, p. 28). Para Bentham y Austin el *common law* era simple y llanamente derecho de creación judicial (*judge-made law*). "Es una ficción pueril utilizada por los jueces [sostenía Austin] que el *common law* no es creado por ellos, sino que es un algo milagroso creado

⁵⁸ Esta eficiente maquinaria de publicación de sentencias en la actualidad, paradójicamente, a veces resulta un verdadero problema. En un país de las dimensiones de Estados Unidos y tan propenso a hacer de cualquier problema un litigio, la cantidad de sentencias que se emiten anualmente es simplemente abrumadora. Los abogados, los jueces y los juristas se quejan con frecuencia de esta situación. El *case law* se vuelve inabarcable.

⁵⁹ Evans describe, a partir de un estudio de decisiones judiciales de ese periodo, cómo en los tribunales ingleses se comienza a gestar la idea de la autoridad jerárquica de los precedentes de los tribunales superiores en las decisiones de los inferiores (*stare decisis* vertical), así como la autovinculación al precedente (*stare decisis* horizontal) de los tribunales con jurisdicción de apelación, particularmente de la House of Lords. Este proceso, según el autor, se consolida entre 1862 y 1900, aunque, desde comienzos del siglo XIX se puede observar cómo los tribunales ingleses comienzan a ver los precedentes como reglas jurídicas y no tanto como evidencia de aquellos principios de justicia que constituían el *common law* (1987, pp. 35 y ss.).

⁶⁰ Para una descripción concreta y bien explicada de la teoría del derecho de Bentham y Austin, véase Harold-Levy (1991, pp. 21-36).

por nadie, que existe, supongo, desde la eternidad y que simplemente los jueces declaran de tiempo en tiempo" (Austin, 1885, p. 634, citado en Evans, 1987, pp. 67-68). Bajo el nuevo paradigma, la moral y la costumbre se escinden del derecho; el único derecho era el positivo, esto es, el conjunto de mandatos creados por los órganos del Estado.⁶¹ Para Bentham y Austin los jueces creaban derecho en forma de *common law* y, aunque consideraban que no era la forma ideal de establecer normas jurídicas —eran mejores los códigos y el derecho legislado—, era preciso reconocer su fuerza obligatoria.⁶²

En la medida en que el positivismo jurídico fue calando en la mente de jueces y abogados, la doctrina moderna del precedente comenzó a tomar forma. Como señalamos, el carácter vinculante del precedente era incompatible con la visión blackstoniana del *common law*. Mientras que las decisiones judiciales fuesen simples evidencias de los principios de justicia y las costumbres inmemoriales de la sociedad inglesa, ignorar tales decisiones no era desconocer el derecho vigente. De acuerdo con esa concepción iusnaturalista, los jueces, en principio, debían resolver conforme a los precedentes de casos previos similares, salvo que éstos fuesen "claramente absurdos o injustos". En este último supuesto, los jueces simplemente sostenían que había existido una "interpretación equivocada" del *common law*, lo cual les autorizaba a modificar los criterios de decisión previos y así reivindicar la "verdadera" autoridad del *common law*. Tal modificación no consistía en crear un nuevo derecho, ya que el *common law* era un cuerpo normativo preexistente y separado de las decisiones judiciales.⁶³ Además, con la visión blackstoniana, ningún

⁶¹ Sobre la separación entre el derecho y la moral en la teoría de Austin, véase Harold-Levy, (1991, pp. 29-36).

⁶² Cfr. Evans (1987, p. 66).

⁶³ Al respecto, las palabras de Wesley-Smith resultan bastante ilustrativas: "At first sight the declaratory theory seems to demand and justify a strict notion of judicial precedent. [...] But this is not so. Blackstone admitted an exception 'where the former determination is most evidently contrary to reason; much more if it be contrary to the divine law'. Thus precedents must generally be followed, but not when they are 'flatly absurd or unjust'. If they are departed from the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be

juez tenía por qué considerarse *vinculado* a una decisión judicial de otro tribunal, pues su obligación era "descubrir", por sí mismo, el derecho; las decisiones de otros tribunales podían servirle de guía, mas en ningún caso eran conclusivas o definitivas (Wesley-Smith, 1987, p. 80).

Sin embargo, en el momento en que se reconoce que los jueces creaban derecho y que el *common law* era obra de ellos, se tiene que articular el concepto de "precedente vinculante". Las decisiones judiciales dejaron de ser meras evidencias de los principios racionales de justicia, para ser en sí mismas derecho. Su fuerza vinculante, por consiguiente, era una consecuencia lógica de este nuevo paradigma jurídico.

Según Evans, en Inglaterra primero se introduce la fuerza jerárquica de los precedentes. En virtud del principio de *stare decisis* vertical se estableció la vinculación estricta de los jueces inferiores a las reglas establecidas por los tribunales superiores.⁶⁴ Era perfectamente racional otorgar una mayor autoridad para crear derecho a los tribunales superiores; ello permitía limitar el poder normador de los jueces.⁶⁵ La fuerza vertical del

found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it declared, not that such a sentence was *bad law*, but that it was *not law*; that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined. [...] Sometimes may happen that the judge may *mistake* the law" (p. 78).

⁶⁴ La vinculación vertical al precedente, según señala Evans, se pudo establecer gracias a dos cambios institucionales importantes. En primer término, en 1830 se lleva a cabo una reforma judicial en virtud de la cual se establece un único tribunal intermedio —Exchequer Court— superior a todos los tribunales de *common law* e inferior a la House of Lords (más tarde, en 1875, se crean los tribunales intermedios actuales, Courts of Appeal). Antes de la reforma de 1830 no existía una clara organización jerárquica de los tribunales; el sistema de apelación a través del *writ of error* era verdaderamente caótico, lo cual hacía difícil la articulación del principio de *stare decisis* vertical. Además, también a partir de 1830, la House of Lords comienza a actuar como un verdadero órgano jurisdiccional. Las primeras dos décadas del siglo XIX, las decisiones de ese máximo tribunal no eran muy tomadas en cuenta por los abogados ni por los jueces; se percibía que estaba actuando más como un órgano político que como un tribunal; ni siquiera emitía sus decisiones en forma oral, y las razones para decidir se tenían que inferir de los discursos y votación de los lores. Ambas cuestiones —la reforma judicial y la "judicialización" de la House of Lords— permiten consolidar la estructura jerárquica de los tribunales ingleses, indispensable para poder establecer la fuerza vinculante vertical del *case law* (1987, pp. 47-64).

⁶⁵ "When a judge is recognized, however, as able to make law, the notion of vertical *stare decisis*-of courts being bound by decision of courts above it in the hierarchy- is perfectly rational. No superior court is infallible when it 'declares' law, but a superior court can have greater authority than lower court to 'make' law. Otherwise no legal precept could be safe from amendment by any judge" (Wesley-Smith, p. 81).

precedente sirvió para centralizar en algunos tribunales —aquellos con jurisdicción de apelación— la facultad para crear derecho, lo cual facilitó a la vez la organización y sistematización del *case law*.

Por lo que toca a la vinculación del juez con sus propias decisiones, el sistema inglés, desde 1840, comenzó a moverse hacia una concepción absolutamente estricta del principio de *stare decisis* horizontal. El debate en el seno de la House of Lords no era si estaba o no vinculado a sus precedentes, sino si esa vinculación debía o no ser estricta: ¿era o no posible revocar sus propios precedentes cuando éstos le parecían erróneos, injustos o equivocados? En 1861, en el caso *Bresmish v. Beamish*⁶⁶ y, después, en 1898, en la conocida sentencia de *London Tramways Co. v. London County Council*,⁶⁷ quedó firmemente establecida la regla de que dicho máximo tribunal no podía reconsiderar ni revocar sus propios precedentes; el *stare decisis* horizontal debería operar con la misma rigidez con la que operaba la vinculación jerárquica al precedente. La certeza jurídica constituyó la motivación central de ambas decisiones: si la House of Lords revoca sus precedentes, entonces los jueces inferiores no sabrán cuál es el derecho a aplicar y los agentes sociales no podrán planear con seguridad su vida en sociedad.⁶⁸ Para la House of Lords el cambio en el derecho debía provenir del legislador y no de los jueces: las reglas de creación judicial se podían modificar en todo momento a través de la aprobación de una ley por el Parlamento.

Esta fuerza vinculante estricta de los precedentes se comprendía perfectamente con las ideas del positivismo jurídico de la época. Siendo el derecho fundamentalmente un sistema de reglas, el permitir que los tribunales, y no el Parlamento, fuesen quienes se encargaran de modificar el *case law* de acuerdo con los cambios y demandas sociales, hubiese significado romper con esta concepción.⁶⁹ Por ello, se admitía que los

⁶⁶ (1861) 9 HLC 274.

⁶⁷ (1898) AC 375.

⁶⁸ Cfr. Cross y Harris (1991, pp. 102-103).

⁶⁹ Cfr. Summers y Athiya (1987, p. 143).

tribunales creaban derecho, pero una vez que este derecho había sido establecido, la capacidad creativa de los tribunales posteriores se reducía considerablemente.⁷⁰ Además, la separación entre el derecho y la moral hacía del legislador el órgano idóneo para modificar el derecho preexistente: "el derecho era para los tribunales y la moral y demás consideraciones de política pública eran para el legislador, por ello los jueces no deberían involucrarse en la reforma del derecho" (Summers y Athiya, 1987, p. 242).

Finalmente, el telón de fondo de esta vinculación estricta al precedente estuvo motivada por el deseo de garantizar certeza jurídica mediante la limitación del poder normador de los jueces. La seguridad en el derecho y la certidumbre sobre el material normativo eran valores que pesaban más que cualquier otra consideración sustancialista que el juez quisiera hacer valer en su sentencia. La estricta fuerza vinculante, horizontal y vertical, de los precedentes venía a garantizar que así fuese.⁷¹ La reforma judicial de 1830, la consolidación de la House of Lords como un verdadero órgano jurisdiccional, la creación del Council of Law Reporting fueron reformas institucionales cuyo principal objetivo fue hacer que el sistema de *case law* inglés se organizara con base en un conjunto de principios claros que facilitarían la cognoscibilidad y asequibilidad de la doctrina judicial vinculante por los justiciables.⁷²

⁷⁰ Cfr. Wesley-Smith (p. 83).

⁷¹ Al respecto Summers y Atiyah sostienen: "We think English judges are right in believing that legal change, and especially major legal change, through judicial decisions, is apt to create much uncertainty in the legal system. Such change frequently creates uncertainty because it tends to leave many loose ends to be tidied up at a later date. Legislative changes may also create uncertainty, but careful planning and drafting of legislative change can greatly reduce such uncertainty" (1987, p. 142).

⁷² Cfr. Evans (1987, pp. 66-67). Cabe destacar que, en 1966, la House of Lords modifica esta visión estricta de la autovinculación a sus precedentes. En el Practice Statement of 1966, lord Chancellor, en nombre de todos los miembros de ese tribunal anuncia que "Their lordship nevertheless recognize that to rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of the House as normally binding, to depart from previous decision when it appears right to do so" (citado en Cross y J.W. Harris, 1991, p. 104). Dos buenos ensayos que abordan concretamente el Practice Statement of 1966 y el contexto en el que se emitió esa regla son "Revisionism in the House of Lords: The Bastion of Rigid Stare Decisis Falls" (Leach, 1967, pp. 797 y ss.) y "Stare Decisis vs. Judicial Activism: Nothing Succeeds Like Success" (Birnbaum,

Por su parte, en Estados Unidos, de acuerdo con Kempin (1959, p. 37), la doctrina del precedente se consolida durante la primera mitad del siglo XIX. El hecho de que durante este periodo se creara un sistema eficiente de publicación de sentencias y se obligara a los jueces a rendir sus decisiones por escrito, sólo demuestra el cambio de concepción de lo que eran el *common law* y la naturaleza de la función jurisdiccional.

Sin embargo, esta nueva concepción de lo que era el *common law* no se sustentó en las teorías positivistas de Bentham y Austin, como sucedió en Inglaterra, sino en lo que Horowitz ha denominado una "concepción instrumental del derecho". El *common law* —según este autor— dejó de ser los principios de justicia natural, para convertirse en un mecanismo para regular y promover las conductas socialmente deseables en la Unión Americana (1995, pp. 29-30).

Al igual que en Inglaterra, con la sustitución del paradigma iusnaturalista, en Estados Unidos se admitió abiertamente que los jueces no eran simples descubridores del derecho, sino verdaderos creadores. Sin embargo, la diferencia con Inglaterra fue que los norteamericanos de ese periodo estaban dedicados por completo a cuestiones eminentemente prácticas: crear un sistema jurídico a lo largo de toda la Unión Americana. Elaborar una teoría del derecho sólida, que explicara coherentemente cómo se articulaba ese poder normador de los jueces en el sistema no era una cuestión que les preocupara demasiado.⁷³ En ese momento, el derecho no era un asunto teórico, sino práctico. El reto era poder crear un sistema jurídico que proveyera los mecanismos para que los indivi-

1968, pp. 482 y ss.). Por otra parte, es muy interesante el ensayo de Stone "1966 and all That! Loosing the Chains of Precedent" (1969, pp. 1162 y ss.). El autor argumenta que el Practice Statement of 1966 no modificó radicalmente el modo como el principio de *stare decisis* había venido operando en Inglaterra; a partir de un análisis de casos concretos de la House of Lords resueltos antes de 1966 demuestra que dicho tribunal siempre encontró alguna forma, a través de diversas técnicas de argumentación judicial, para hacer a un lado la autoridad de los precedentes que consideraba equivocados u obsoletos y resolver la cuestión. En otros términos, según Stone, con o sin la regla práctica de 1966, la vinculación horizontal al precedente nunca fue lo suficientemente estricta como para impedir la modificación de la doctrina sin recurrir a la revocación expresa.

⁷³ Cfr. Summers y Athiya (1987, p. 247).

duos pudiesen organizar su vida en sociedad de acuerdo con las nuevas condiciones que se vivían en Estados Unidos, y el *common law* era un instrumento para alcanzar ese fin.

Dicha concepción instrumental del derecho marcó la trayectoria que había de seguir la doctrina del precedente en Estados Unidos. Como hemos señalado, los tribunales norteamericanos tenían que adaptar el derecho inglés y crear nuevas reglas jurídicas acordes con los retos de los tiempos; las reglas contenidas en las decisiones judiciales previas, por lo tanto, no podían permanecer estáticas. Por el contrario, tales reglas debían ser flexibles y dinámicas para que los tribunales pudiesen desempeñar su papel de promotores del cambio y de la transformación del derecho estadounidense posrevolucionario.⁷⁴

Ahora bien, esta transformación del derecho quedó en manos de los tribunales con jurisdicción de apelación, ya que, como señalan Summers y Athiya, un principio básico de orden en cualquier sistema de *case law* es el centralizar el poder normador de los jueces en las segundas instancias judiciales (1987, p. 118). Por ello, en el ámbito del *stare decisis* vertical no existieron diferencias sustanciales con el sistema inglés. En Estados Unidos, los tribunales inferiores también quedaron estrictamente vinculados a las decisiones de los órganos jurisdiccionales con competencia para revisar sus sentencias, no pudiendo revocar o modificar la doctrina establecida por dichas instancias superiores.⁷⁵

Fue en el ámbito del *stare decisis* horizontal en donde la visión instrumental del derecho que prevalecía en Estados Unidos marcó las princi-

⁷⁴ "Judges came to think of the common law as equally responsible with legislation for governing society and promoting socially desirable conduct. The emphasis on law as an instrument of policy encouraged innovation and allowed judges to formulate legal doctrine with the self-conscious goal of bringing about social change" (Horowitz, 1992, p. 30).

⁷⁵ La decisión del Tribunal Supremo de Illinois de 1839 puede servir para ilustrar esta concepción de la fuerza estricta de la vinculación vertical: "The doctrine, before this decision, was considered well settled, that when the supreme judicial tribunal of a State had declared what the law was on any point, when the same point came again in litigation, all others were bound to conform to its decision" (*Field v. People, ex rel. McClelland*, 3 Ill. [2 Scam] p. 98, citada en Kempin, 1959, p. 48).

pales diferencias con la doctrina inglesa del precedente. En Inglaterra, como señalamos, la separación entre el derecho y la moral significó una diferenciación funcional entre los jueces y el legislador: el cambio en el derecho tenía que venir del legislador, como órgano soberano que tenía legitimidad para reformar el derecho con base en consideraciones morales, de política pública, económicas y demás cuestiones extranormativas.⁷⁶ En Estados Unidos, en cambio, la separación del derecho de la moral sólo implicó abandonar la idea de que el derecho, y en concreto el *common law*, eran principios eternos de justicia. Pero ello no significó que los jueces, como órganos de producción normativa, careciesen de la legitimidad para transformar el derecho y adaptar la doctrina judicial vinculante con base en consideraciones sustantivas propias de cualquier órgano que crea derecho. Por ello, la autovinculación al precedente no debería operar en forma estricta. El *stare decisis* horizontal, en Estados Unidos, sólo operaba en forma condicional: un tribunal debía seguir sus propios precedentes siempre que no existieran razones sustantivas, esto es, de política jurídica o de justicia, para no hacerlo.

Con base en un amplio estudio de las sentencias de esa época, Llewellyn demuestra que los tribunales con jurisdicción de apelación de ese periodo determinaban el valor vinculante de sus propios precedentes con base en tres factores: 1) la reputación del juez que hubiese dictado la sentencia con valor de precedente; 2) los principios en los que se apoyaban tales decisiones (las reglas tenían que armonizar con el resto del derecho), y 3) las consideraciones de política jurídica como criterio para valorar si las reglas pasadas eran adecuadas o idóneas para regir el presente y el futuro.⁷⁷

⁷⁶ Al respecto, Summers y Athiya sostienen: "In England the 'law' was for the courts and 'morals' (and other substantive policy matters) for the legislator, so the judges should not generally engage in law reform. Law reform was the legislature's providence. [...] The separation of law from morals extended also to the separation of law from other 'no-legal' or 'extra-legal' factors. [...] And while explicit legal theory moved increasingly in the formal direction, so also did the legal world. Policy came to be increasingly treated as something of non-legal character, something for the legislatures and not for judges to meddle in" (1987, pp. 242-243).

⁷⁷ Textualmente, Llewellyn lo explica en los siguientes términos: "The type-thinking of the time is to view precedent as welcome and very persuasive, but it is to test a precedent almost always against

En este sentido, el valor vinculante de las reglas contenidas en las decisiones judiciales previas se encontraba condicionado por factores externos a ellas; las consideraciones de justicia, política, economía y moral permitían al tribunal transformar tales reglas y reformar la doctrina judicial. Para los estadounidenses la certeza jurídica era uno de los valores a proteger, pero no el único ni el más importante. El objetivo primordial de los tribunales con jurisdicción de apelación, federales y estatales, era elaborar un derecho "funcional", que respondiese cabalmente a las necesidades y aspiraciones de la nueva nación independiente. Ello hacía que el derecho de creación judicial fuese flexible y dinámico: caso por caso, y a través de un proceso de ensayo y error, los tribunales iban configurando las reglas jurídicas que requería la sociedad estadounidense para consolidar su naciente economía de mercado y su nueva forma de organización del poder. Los jueces, por tanto, se constituyeron en los principales promotores del cambio y transformación del derecho y el *common law* fue un instrumento para ello.

Este modo de concebir los precedentes y la función jurisdiccional marcó el futuro desarrollo del derecho estadounidense. Si bien es cierto que después de este periodo de enorme transformación y dinamismo del sistema jurídico que duró hasta mediados del siglo XIX siguieron años de enorme estabilidad, en los que los tribunales estadounidenses siguen los pasos de los ingleses y concibieron de forma estricta el valor vinculante de los precedentes, ello no se extendió por muchos años. La visión instrumental del derecho vuelve a aparecer a principios del siglo XX y

three types of reasons before it is accepted. The reputation of the opinion-writing judge counts heavily (and it is right reason to listen carefully to the wise). Secondly, 'principle' is consulted to check up precedent, and at this period and in this way of work 'principle' means no mere verbal tool for bringing large-scale order into rules, it means a broad generalization which must yield patent sense as well as order, if it is to be 'principle'. Finally, 'policy', in terms of prospective consequences of the rule under consideration, comes in for explicit examination by reason in a further test of both the rule in question and its application. The tone and mark consist in an as-of-courseness in the constant questing for better and best law to guide the future, but better and best law is to be build on and out of what the past can offer: the quest consist in a constant re-examination and reworking of a heritage, that the heritage may yield not only solidity but comfort for the new day and for the tomorrow" (1960, p. 36).

esta vez impulsada por el sector académico. Como analizaremos a continuación, durante las primeras décadas de este siglo, los juristas norteamericanos elaboran el basamento teórico de esta concepción instrumental del derecho con la que había nacido su doctrina del precedente. Al hacerlo pondrán como prototipo de lo que debería ser el ejercicio de la función jurisdiccional aquellas decisiones de los jueces de la primera mitad del siglo XIX, de la "época de oro", como con cierto idealismo se ha denominado a este periodo.

C. La revolución en contra del formalismo jurídico: el nacimiento de la teoría del derecho pragmática-instrumental

I. El ascenso del formalismo jurídico: 1850-1900

Para 1850 el orden jurídico norteamericano había experimentado una transformación asombrosa. El derecho, una vez concebido como la expresión del sentido moral de la comunidad, era ahora un instrumento al servicio de las aspiraciones individuales o simplemente el reflejo de la organización económica y política existente. Las relaciones jurídicas habían dejado de ser producto del derecho natural o de la costumbre, para quedar subordinadas cada vez más al poder económico de los individuos: la libertad contractual era el origen inmediato de los derechos y obligaciones de los agentes sociales.⁷⁸

Esta transformación fue impulsada por quienes fueron sus principales beneficiarios: los grupos comerciales, industriales y financieros del país. Fueron estos grupos quienes demandaron que los tribunales, y en menor medida el legislador, crearan las condiciones para que se pudiese afianzar la economía de mercado. Para ello, era preciso que el derecho privado del periodo colonial se modificara a efecto de reducir el coste económico de la inseguridad jurídica en las transacciones comerciales.

⁷⁸ Cfr. Horowitz (1995, p. 253).

El derecho en materia de contratos, sociedades mercantiles, propiedad, instituciones financieras y quiebras se reformó, en relativamente poco tiempo, para que la industria y el comercio pudiesen prosperar, y la concepción instrumental del derecho a la que hemos hecho referencia fue la que animó toda esta transformación.⁷⁹

A mediados del siglo XIX, poco antes de que estallara la guerra civil, prácticamente estaba consolidado el proceso de regeneración y cambio de las reglas del juego en materia comercial. La flexibilidad de la doctrina judicial ya no era necesaria: los principales interesados en la reforma del derecho colonial ya habían logrado sus objetivos. Lo relevante ahora era afianzar la permanencia del sistema. Era preciso, por consiguiente, sustituir la concepción instrumental del derecho por una que garantizara la estabilidad y firmeza de la doctrina judicial y del sistema normativo en general. Para tal efecto había que separar la actividad jurisdiccional de la política. El formalismo jurídico, por consiguiente, pasó a ser el nuevo basamento teórico del derecho norteamericano.⁸⁰

De acuerdo con esta nueva concepción, el derecho era un sistema de normas cerrado, completo y coherente. El juez era un aplicador del derecho que le había sido dado. Las técnicas del razonamiento jurídico habían de estar regidas por los esquemas de la lógica formal. El proceso de aplicación de esas normas preexistentes se debería llevar a cabo a través de una operación deductiva: bastaba con formular un silogismo judicial para alcanzar la solución correcta de cualquier controversia jurídica.

⁷⁹ Cfr. Horowitz (1995, pp. 253-554).

⁸⁰ Según Horowitz, "The rise of legal formalism can be understood as resulting from the convergence and synthesis of three major factors in antebellum America. First, it is a rough measure of the rise in the power of the postrevolutionary legal profession and is a culmination of the Bar's own separate and autonomous professional interest in representing law as an objective, neutral and apolitical system. Second, it mirrors a convergence of interest between the elite of the legal profession and the newly powerful commercial and entrepreneurial interests, an alliance which, beginning after the Revolution, enabled the Bar to achieve real prestige and power for the first time. Finally, it represents the successful culmination of efforts by mercantile and entrepreneurial interests during the preceding half century for the first time to 'freeze' legal doctrine and to conceive of law not as a malleable instrument of their own desires and interests but a fixed and inexorable system of logically deducible rules" (1995, pp. 258-259).

Además, el formalismo jurídico enfatizó el uso de conceptos abstractos y totalizadores, como modelos epistemológicos para comprender el fenómeno de la aplicación de las normas. En pocas palabras, el formalismo estadounidense intentó hacer del estudio del derecho una ciencia al estilo de los exégetas europeos.⁸¹

La diferencia básica con los sistemas de la Europa continental era que los norteamericanos no tenían códigos, sino *case law*. ¿Cómo identificar la función jurisdiccional con la aplicación del derecho, como cosa distinta de la creación, si hasta ese momento el derecho estadounidense era fundamentalmente *common law*? Para hacerlo, era preciso construir una ficción jurídica que todo el mundo creyese. Los juristas de esa época, encabezados por el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard —Christopher Columbus Langdell— se abocaron a esta tarea.⁸²

Langdell y sus seguidores partieron de la premisa de que el *common law* era un cuerpo normativo completo y que, por tanto, los jueces podían encontrar en el *case law* la solución a cualquier disputa. Sin embargo, tal

⁸¹ Hayman y Levit describen el formalismo jurídico en los siguientes términos: "The key concept of formalist thinking in law was the belief that judges deduced legal decision from statutes, rules, and precedents using formal logic, especially syllogistic reasoning. Conceptualism in law, meanwhile, emphasized the inner variety of analogies, distinctions and holdings would inexorably follow. Law was viewed as a self-contained system—a science—in which decisions flowed necessarily from a limited number of discoverable and foundational conceptual principles or doctrines. If formally valid and conceptually sound, legal decisions were then presumed to be both determinate and, for at least some legal thinkers, morally correct" (1994, pp. 11 y 12). Al respecto también se pueden ver Horowitz (1992, pp. 9-31); Llewellyn (1960, pp. 38-40), y Hull (1997, pp. 17-35).

⁸² Langdell consideraba que para elaborar una verdadera ciencia normativa había que estudiar y tomar como ejemplo a los sistema de la Europa continental, en concreto, había que hacer que las facultades de Derecho de las universidades estadounidenses desempeñasen el mismo papel que las de los países de la Europa continental; en pocas palabras, era preciso hacer un derecho de "profesores" y no de "jueces". Lo expresaba en los siguientes términos: "The anomalous condition of legal education in English-speaking countries [...] consisting in the fact that in those countries a knowledge of law had been acquired, as a rule, only, or in connection with, its practice and administration, while in all the rest of Christendom law has always been thought and studied in universities. [...] We should not follow longer in the footsteps of England, but should bring ourselves into harmony with the rest of the civilized world. [...] In short, placing the law schools, so far as differences of circumstances would permit, in the position occupied by the law faculties in the universities of continental Europe. To accomplish these objects, so far as they depend upon the law school, it is indispensable to establish at least two things: that law is a science and that all the available materials of that science are contained in printed books" (1887, p. 123).

presupuesto no era suficiente para elaborar una teoría jurídica científica, era preciso, además, poder sistematizar el vasto número de decisiones judiciales de tal modo que el *common law* fuese una "unidad manejable", un sistema normativo.

Para tal efecto, los formalistas asumieron que de entre todas las decisiones judiciales existían sólo unas cuantas reglas útiles y necesarias.⁸³ La tarea del jurista-científico era seleccionar esas "verdaderas reglas jurídicas", distinguiéndolas de aquellas otras que eran inservibles y no aportaban nada al derecho, pero sí imposibilitaban su sistematización.⁸⁴ Esta selección de reglas jurídicas —de la "doctrina judicial fundamental", como sostenía Langdell— implicaba necesariamente dotar a las reglas contenidas en las decisiones judiciales de cierta generalidad y permanencia, e independizarlas de la singularidad del caso del que habían emanado. Además, la sistematización del *case law* requería agrupar y clasificar tales reglas, con base en determinadas categorías, y elaborar así un complejo organizado de subsistemas normativos. Finalmente, para que la obra sistematizadora pudiese alcanzar sus objetivos, era preciso elaborar los instrumentos conceptuales que permitieran encauzar el fenómeno de la aplicación de las normas por los jueces.⁸⁵

⁸³ Langdell expresaba esta idea en los siguientes términos: "The number of fundamental legal doctrines is much less than is commonly supposed; the many different guises in which the same doctrine is constantly making its appearance, and the great extent to which legal treatises are repetition of each other, being the cause of much misapprehension. If these doctrines could be so classified and arranged that each should be found in its proper place, and nowhere else, they would cease to be formidable from their number" (1871, p. 174, citado en G. Gilmore, 1921, p. 43).

⁸⁴ Al respecto Gilmore sostiene: "It was, however, no part of Langdell's scheme that we were to study all the cases. [...] The vast majority of all reported cases, past and present, are worse than useless and should be disregarded. The function of the legal scholar [...] is to winnow out from the chaff those very few cases which have ever been correctly decided and which, if we follow them, will lead us to the truth. That is to say, the doctrine—the one true rule of law—does not in any sense emerge from the study of real cases decided in the real world. The doctrine tests the cases, not the other way around" (1921, p. 47).

⁸⁵ Al respecto Horowitz sostiene: "Between 1870 and 1900, one sees everywhere this tendency to generalize and systematize fields of law that had previously been conceived of as a series of special cases and particular rules. This reorganization of legal architecture can be understood as an effort to create a systematic and autonomous system of private law derived from concepts such as will, fault and property. It strove to erect an abstract set of legal categories that would subordinate particular legal relationships to a general system of classification. [...] The late-nineteenth-century process of

A fin de cuentas, los formalistas se propusieron transformar un orden jurídico apegado a la casuística judicial y escéptico de los poderes normativos formales en uno racional, sistematizado, pero, sobre todo, separado de la política, de la moral y de cualquier otro elemento no proveniente del derecho positivo. Esta "ciencia jurídica estática"⁸⁶ pretendía que, a partir de la generalidad y abstracción de las reglas jurídicas, los jueces se abstuvieran de adaptar la doctrina judicial con base en el contexto social de cada caso. La indiferencia a dicho contexto —según Horowitz— es lo que garantizaba que el derecho y la función jurisdiccional se separaran de la política.⁸⁷ La ciencia del derecho debía terminar de una vez por todas con la argumentación jurídico-política que había caracterizado a las decisiones judiciales del periodo formativo del derecho estadounidense.

Para 1870 el pensamiento formalista ya había calado en la mente de abogados y jueces. La vinculación estricta al precedente, al estilo inglés, fue una de las principales consecuencias de esta nueva concepción del derecho. En principio, la separación del derecho y la política exigía que los jueces no se involucrasen en la reforma del derecho.⁸⁸ La fuerza estricta del *stare decisis* vertical y horizontal era el modo de eliminar ese carácter dinámico que había caracterizado al *common law* durante la primera mitad del siglo XIX. La sociedad liberal deseaba, ante todo, un orden jurídico estable; la rigidez de la doctrina del precedente sirvió de vehículo a estos ideales liberales.⁸⁹

abstraction was accompanied by a strong effort to purify legal categories through identification and isolation of various anomalies that contradicted the basic structure. [...] The process of generalization and abstraction in law was identified with the goal of rendering private law more scientific and less political" (1992, pp. 14 y 15).

⁸⁶ Con este término se refiere Hull a la concepción formalista del derecho (1997, p. 34).

⁸⁷ "The process of generalization and abstraction [...] also had the effect of freeing legal rules from the reality testing that regular encounters with the concrete particularities of social life might entail. For example, generalization permitted judges to apply the same set of rules that were applicable between sophisticated businessmen of relatively equal information and bargaining power to labor and consumer contracts between vastly unequal parties. Indeed, such indifference to context was regarded as an important safeguard that would ensure that law would remain neutral and non-political" (Horowitz, 1992, p. 15).

⁸⁸ Al respecto, véase Summers y P. Atiyah (1987, pp. 246-248).

⁸⁹ Gilmore describe el estilo de las opiniones judiciales de esta época en los siguientes términos: "The post-Civil war judicial product seems to start from the assumption that the law is a closed,

El formalismo jurídico también provocó una distinción tajante entre el derecho público y el derecho privado, la cual estuvo muy vinculada con las teorías liberales de *laissez faire*. La racionalidad inmanente de las leyes económicas, del libre juego de la oferta y la demanda y de relaciones competitivas generaría, por sí sola y de modo espontáneo, el mejor de los órdenes sociales posibles. La intervención estatal debía limitarse a determinadas áreas, básicamente al derecho penal y a las regulaciones administrativas. El derecho privado, en cambio, debería permanecer libre de cualquier injerencia del Estado; la libertad contractual y el inalienable derecho de propiedad habían de constituir los presupuestos subyacentes de las relaciones entre particulares.⁹⁰

Pronto se hizo evidente el fracaso de la teoría económica de *laissez faire* para extender los niveles de bienestar a toda la población. Las legislaturas de los estados y el Congreso federal, desde el último tercio del siglo XIX, intentaron impulsar políticas sociales de redistribución de la riqueza, a efecto de mejorar las condiciones de explotación y de miseria en las que estaba sumergida la clase trabajadora. Sin embargo, a través de la jurisdicción constitucional, los grupos económicos poderosos encontraron la protección judicial que necesitaban para limitar la intervención "artificial" del legislador en ese orden espontáneo y racional del libre juego de la oferta y la demanda. Los derechos de propiedad y de libertad contractual, consagrados en la Constitución, sirvieron para que los tribunales federales y estatales estimaran la inconstitucionalidad de dicha legislación social.⁹¹

logical system. [...] This predisposition of the judges reflected itself in the style of opinion-writing which came into vogue. This became the age of the string citation-quite as much in the judicial opinions as in the learned treatises. And the judges, like the professors, rarely, if ever, bothered with the facts of the cases they cited or with the reasons why the cases had been decided as they had been. Nor did the judges make any attempt to explain the reasons for their decisions. It was enough to say: the rule which we apply has long been settled in this state (citing cases). Indeed, it was improper, unfitting and unjudicial to say more. The juice of life had been squeezed out; the case reports became so many dry husks. *Stare decisis* reigned supreme" (1921, pp. 62 y 63).

⁹⁰ Sobre la relación entre la economía de *laissez-faire* y el formalismo jurídico, véanse Horowitz (1992, pp. 10-27); Hayaman y Levit (1994, pp. 11 y 12); Hull (1997, pp. 17-25); Pound (1938, pp. 111-124).

⁹¹ Las enmiendas Quinta y Decimocuarta de la Constitución federal fueron los preceptos que sirvieron para echar abajo la legislación social. Ambas enmiendas, una para los poderes federales y la otra

Todo ello provocó una insatisfacción popular hacia el sistema de impartición de justicia en general. Con la estricta fuerza vinculante con que operaba el *stare decisis* y la reiterada inconstitucionalidad de la legislación social, los tribunales separaban cada vez más al derecho de la realidad social; las nuevas demandas del capitalismo tardío no podían ser incorporadas al derecho. La complejidad de la sociedad industrial había alcanzado un grado tal que requería de un nuevo marco jurídico que permitiese que los procesos sociales y económicos fuesen coordinados y dirigidos por una instancia superior. La "mano invisible" de Adam Smith debía ser sustituida por una mano bien visible: la del Estado como regulador decisivo del sistema social y económico.⁹² Sin embargo, el forma-

para los estatales, consagran las cláusulas del debido proceso legal y de la igual protección de las leyes. Textualmente la Decimocuarta Enmienda establece: "Ningún Estado promulgará o aplicará leyes que disminuyan los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni tampoco ningún Estado privará a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni tampoco negará a ninguna persona, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes". Aunque el texto constitucional parece indicar que el debido proceso legal es un derecho de carácter adjetivo, durante la última década del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX se consolida la doctrina constitucional del "debido proceso sustantivo". Según Wolfe, dicha doctrina "se denomina así porque la investigación no se centra en el procedimiento legal por el que uno es declarado culpable o inocente (privado de vida, libertad o propiedad) por haber violado la ley, sino más bien en la propia ley y en si a una persona se le puede legítimamente exigir que obedezca dicha ley" (1991, p. 201). El empleo de la cláusula del debido proceso legal interpretado de forma sustantiva fue el modo como los tribunales federales y estatales protegieron los derechos de propiedad y echaron abajo las leyes que buscaban defender los derechos de los trabajadores o regular directamente el mercado. Con el argumento de que tales leyes privaban "arbitrariamente" de la libertad y de la propiedad a los individuos afectados se consideró que eran inconstitucionales las leyes que imponían controles de precios a las tarifas ferroviarias, que limitaban la jornada laboral a ocho horas, que obligaban a los empresarios a pagar a sus trabajadores en dinero y no en cupones, etc. La era del "debido proceso económico" dura de 1890 a 1937 y culmina con la histórica batalla entre el presidente Roosevelt y el Tribunal Supremo para que la legislación del New Deal aprobara el test de la constitucionalidad. Wolfe analiza con mucha claridad cómo se fue consolidando la doctrina del debido proceso sustantivo y económico en el Tribunal Supremo (pp. 201-226). Asimismo, para una reseña sobre las decisiones más importantes del Tribunal Supremo durante este periodo, véase Schwartz (1963, pp. 121-152). Para un análisis de las sentencias de los tribunales estatales, véase Friedman (1985, pp. 337-370).

⁹² Friedman describe el escenario social de este periodo en los siguientes términos: "Between 1850 and 1900, the population swelled, the cities grew enormously, the Far West was settled; the country became a major industrial power; transportation and communication vastly improves; overseas expansion began. New inventions and new techniques made life easier and healthier; at the same time, the social order became immeasurably more complex, and perhaps more difficult for the average person to grasp. New social cleavages developed. The North-South cleavage was bandaged over in the 1860s and 1870s. The black man was put back in subordinate place. When the blood of the Civil War dried, the Glided Age began. This was the factory age, the age of money, the age of

lismo de los jueces en alianza con los grupos económicos poderosos frenaba esta transformación. Juristas y políticos comenzaron a percibir el anquilosamiento y la parálisis en la que se encontraba el sistema jurídico. Las críticas hacia los basamentos teóricos del formalismo jurídico no se hicieron esperar.

En el terreno político surgió el grupo que se autodenominó "movimiento progresista", compuesto por profesionistas de clase media, muchos de ellos abogados. Dicho grupo buscaba una reforma económica que permitiera una redistribución de la riqueza, que impidiera la concentración de capital en pocas manos y que trajera a la mesa de negociación, en condiciones de igualdad, a empresarios y trabajadores con el gobierno como coordinador de ese diálogo. Los progresistas, según White, partían de la premisa de que la sociedad se encontraba en un constante estado de cambio y que el hombre tenía la capacidad para progresar, a través de dirigir este perpetuo movimiento hacia fines correctos y de beneficio social (1972, p. 1003). Louis Brandeis y Woodrow Wilson fueron algunos de los líderes de este movimiento. Felix Frankfurter, en sus años de juventud, también formó parte.⁹³

Brandeis, a efecto de proponer un nuevo marco legal para regular las relaciones laborales y litigar en tribunales asuntos relativos a las abusivas condiciones laborales de los empleados, utilizó las herramientas de análisis de la economía, la política y la estadística. Era necesario que los políticos y los jueces tuviesen un diagnóstico preciso de cuál era la situación que se vivía en las fábricas y en las minas. Con ello se comenzó a entretejer los lazos del derecho con las otras ciencias sociales, lo cual

the robber barons, of capital and labor at war. And the frontier died. [...] Between 1776 and the Civil War, dominant public opinion exuberantly believed in growth, believed that resources were virtually unlimited, that there would be room and wealth for all. [...] By 1900, the dominant public opinion [...] saw a narrowing sky, a dead of frontier, life as a struggle for position, competition as a zero-sum game, the economy as a pie to be divided, not a ladder stretching out beyond the horizon. By 1900 the theme was: hold the line" (1985, p. 338).

⁹³ Sobre el movimiento "progresista", véanse White (1972, pp. 1000-12) y Hull (1997, pp. 28-31).

tuvo una enorme repercusión en el futuro desarrollo del derecho estadounidense.⁹⁴

El segundo factor que tuvo un fuerte impacto en la construcción del paradigma jurídico que sustituyó al formalismo fueron los filósofos pragmáticos de fines del siglo XIX y principios del XX: Charles Sanders Pierce, William James y, sobre todo, John Dewey.⁹⁵ Según Grey, el pragmatismo estadounidense reacciona en contra del viejo sueño de la filosofía de que el conocimiento parte de un conjunto de creencias fundamentales e indudables, que se manifiestan en forma de intuiciones racionales (racionalismo) o que llegan a la mente a través de los sentidos (empirismo). Los pragmáticos sostienen que no existen verdades inmutables; todo conocimiento humano es contextual, se sitúa en el hábito y en la práctica, y además está condicionado por el entorno social, el lenguaje y las creencias colectivas. No existen estructuras racionales puras basadas en premisas indubitables (Grey, 1989, pp. 799-801).⁹⁶

En segundo término, los pragmáticos enfatizaron el carácter práctico de la razón humana. Toda creencia, en mayor o menor medida, sirve para

⁹⁴ Al respecto, Hull sostiene: "One of the weapons that Brandeis deployed in the battle against misuse of public funds be crooked utilities, rate gouging by the rail-roads, abusive labor conditions in factories, and attacks on labor unions was what came to be called "the Brandeis brief". In bringing to his formal legal presentations vast arrays of information about actual conditions in the mill and the foundry, he wedded law to the emerging social sciences. Brandeis employed young social scientists to gather, and more important, to interpret the data, uniting in the service of legal advocacy social science and progressive policy. [...] The results could be electrifying for the new partnership of law and social inquiry had exciting possibilities" (1997, pp. 29 y 39).

⁹⁵ El pragmatismo americano de fines del siglo XIX ha sido retomado por pensadores contemporáneos, quienes han desarrollado con mayor precisión varios de sus postulados. Donald Davison, Martha Nussbaum, Hilary Putnam, Richard Rorty son algunos de los neopragmáticos más conocidos. Las ideas de estos pensadores, como sucedió a principios de este siglo, continúan teniendo una fuerte influencia en la teoría del derecho norteamericana contemporánea. Para una primera aproximación a este tema, es interesante el libro de Hayman y Levit (1994, pp. 452-506). Como regularmente sucede en Estados Unidos con este tipo de manuales, los autores recopilan una serie de publicaciones de varios autores que muestran las distintas posiciones académicas respecto de un problema determinado, lo que lo hace ser una buena primera aproximación al tema.

⁹⁶ Como bien destaca Grey (pp. 801-802), los pragmáticos americanos no han sido los únicos en atacar ese sueño de la filosofía occidental de que el conocimiento parte de creencias fundamentales e indudables; Neurath, Wittgenstein y Heidegger también lo han hecho. Por otra parte, la idea de que el conocimiento está condicionado por factores históricos y sociales también fue uno de los temas centrales de la filosofía de Hegel y Marx.

dirigir la acción del sujeto y por tanto debe ser juzgada a partir de los resultados alcanzados. Si el conocimiento no sirve para resolver el problema que se tiene enfrente, entonces debe ser modificado. Aprendemos a través de un perpetuo proceso de ensayo y error. En pocas palabras, para el pragmatismo el conocimiento es una cuestión de razón práctica, su "veracidad", por consiguiente, está en función de sus efectos o consecuencias.⁹⁷

El movimiento progresista y el pragmatismo filosófico gradualmente comenzaron a impregnar el pensamiento jurídico norteamericano quebrando los cimientos del formalismo jurídico. Durante las primeras tres décadas del siglo XX se produce, desde las facultades de Derecho, una revolución jurídica que culmina con la primera teoría del derecho propiamente norteamericana: el "pragmatismo-instrumental".⁹⁸ A la cabeza de este movimiento estuvieron juristas de la talla de Holmes, Pound, Llewellyn, Cohen, Frank y Gray, entre otros.⁹⁹ Y aunque las ideas que defendieron estos juristas y la teoría que postularon, posteriormente, desde las universidades, han sido criticadas y hasta rechazadas, el pragmatismo-instrumental dejó una huella indeleble en el pensamiento jurídico norteamericano. Como señalan Hayman y Levet, cada una de las teo-

⁹⁷ Al respecto Grey destaca: "The pragmatics were not, of course, the first to situate thinking within the experience of everyday life; this insight goes back at least to Aristotle. Their innovation was to move the category of the practical from the periphery to the central in their account of human reason. This reversed the familiar Platonic and Aristotelian ordering in which speculation or theory is the primary and highest form of reason. For pragmatists, the capacity for reason is best suited to practical concerns because it arises from our efforts to deal with those concerns" (1989, p. 802).

⁹⁸ El término "pragmatismo-instrumental" lo hemos tomado de Summers (1981, pp. 861 y ss.). Con este término el autor busca abarcar la teoría pragmática de Holmes, la jurisprudencia sociológica de Pound y las ideas del realismo jurídico de Llewellyn, Frank, Cook. Al analizar estas distintas escuelas bajo el término de "pragmatismo-instrumental" lo que se quiere resaltar es que, a pesar de las diferencias entre ellas, existe una propuesta común y original que es más importante que cualquiera que sean las desavenencias propias del ámbito académico (véase nota 2, p. 864).

⁹⁹ Esta lista se puede ampliar. Summers menciona, además de los ya citados, a Dewey, Cook, Bingham, Moore, Oliphant. Por otra parte, es bastante conocida la disputa entre Llewellyn y Pound acerca de quiénes se podían considerar "realistas jurídicos" (el movimiento que encabezaba el primero de ellos). Hull cuenta este pleito de "vanidades" académicas y además reproduce en su libro las listas que algún día elaboró Llewellyn acerca de cuáles eran los profesores que, en 1930, ya se habían "convertido" al realismo jurídico. Según Llewellyn más de 50 juristas habían ingresado a las filas de su escuela (1997, pp. 189-220 y 343-345).

rías jurídicas norteamericanas contemporáneas —*law and economics, critical legal studies, law and science, law and society, law and literature, feminist legal theory, etc.*— son formas de respuesta o descendientes naturales del pragmatismo-instrumental (Hayman y Levit, 1994, p. 21). Está claro que no es posible descifrar cómo se aproximan los norteamericanos al mundo del derecho sin analizar, aunque sea brevemente, las ideas centrales de esta *sui generis* teoría del derecho.

II. La teoría del derecho pragmática-instrumental

La teoría del derecho pragmática-instrumental continúa inacabada. Dicha teoría contiene una serie de planteamientos generales novedosos, con ciertos presupuestos y metodología específicos, mas no se puede decir que proporciona un modelo teórico completo para abordar el estudio del derecho. Los juristas pragmáticos centraron su atención en los procesos jurisdiccionales, en el modo como los jueces deciden y en lo que nos pueden decir dichas decisiones acerca de lo que es el derecho. Por tanto, la teoría pragmática-instrumental no puede ser vista como una teoría general del derecho.¹⁰⁰ Además, cabe destacar que no existe siquiera un tratado jurídico que en forma sistemática y coherente exponga la totalidad de la teoría pragmática-instrumental, algo similar a, por ejemplo, la *Teoría general del derecho y del Estado*, de Kelsen, para el positivismo jurídico. De ahí que para abordar el estudio del pragmatismo-instrumental norteamericano se tiene que acudir a la obra de distintos juristas e intentar armar, parte por parte, el rompecabezas de sus planteamientos.¹⁰¹

¹⁰⁰ Evidentemente, una teoría jurisdiccional —eso que los norteamericanos denominan *theory of adjudication*— presupone una teoría del derecho, sin embargo, la primera es una parte del todo. El pensar que los juristas pragmáticos-instrumentales intentaron elaborar una teoría del derecho completa es precisamente la crítica más importante que formula Moore a Summers, con la cual coincidimos plenamente. Basta con analizar los escritos de estos juristas pragmático-instrumentales para percibir inmediatamente que su atención se centra fundamentalmente en la labor jurisdiccional (1984, pp. 988 y ss.).

¹⁰¹ En palabras de Summers: "Many tents and corollaries of pragmatic instrumentalism must be traced out and pieced together from the diverse writing of a number of thinkers. Those who wish to study a legal theory can usually be directed to single volume works that articulate and draw together most of the leading ideas. Thus, a student of analytical positivism may read John Austin's

En este apartado analizaremos los planteamientos generales de esta teoría haciendo énfasis en aquellas cuestiones que más adelante nos servirán para entender cómo funciona la doctrina del precedente en Estados Unidos. Además, nuestro estudio se centrará en las coincidencias, y no en las discrepancias, entre los distintos juristas pragmático-instrumentales, por ello no estudiaremos el pensamiento jurídico de cada uno de ellos por separado.

El pragmatismo instrumental fue una reacción en contra del formalismo jurídico. Lo primero que se cuestiona, por consiguiente, son los presupuestos y la metodología de la teoría formal. Para los juristas pragmáticos, la teoría del derecho formalista y la práctica jurídica están divorciados. Dicha teoría no explica lo que en realidad sucede en la administración de justicia: el derecho en los libros no es lo mismo que el derecho en acción.¹⁰² La razón básica de esta divergencia está en los presupuestos de la teoría formalista, en concreto, en la pretensión de construir una ciencia jurídica con base en la metodología del racionalismo moderno, lo cual presupone que el derecho tiene una estructura universal y permanente, y que un armazón de conceptos racionales, que se detectan a través de cierta intuición intelectual, subyace en todo orden jurídico. Los juristas pragmático-instrumentales, partiendo de las críticas de la filosofía pragmática al racionalismo, estiman que no existe ninguna "esencia", "naturaleza" o "realidad inmanente" en el derecho, lo único que existen son sus manifestaciones y sus efectos. Si se quiere saber qué es el derecho hay que observarlo en acción, hay que ver cómo se

Lectures on Jurisprudence, Hans Kelsen's *General Theory of Law and State*, or H.L.A. Hart's *The Concept of Law*. Not a single comparable treatise or textbook of general theory exists for pragmatic instrumentalism (1981, p. 872, nota 32).

¹⁰² Pound fue el precursor de las expresiones "derecho en los libros" y "derecho en acción". Su ensayo, titulado precisamente "Law in books and law in action" (1910, pp. 12 y ss.), es frecuentemente citado por los juristas pragmático-instrumentales para hacer referencia a esta distancia entre la teoría jurídica y el derecho en la práctica judicial. Textualmente Pound sostiene: "If we look closely, distinctions between law in the books and law in action, between the rules that purport to govern the relations of man and man and those that in fact govern them, will appear, and it will be found, that today also the distinction between legal theory and judicial administration is often a very real and a very deep one" (p. 15).

aplican las normas a casos concretos y analizar cuáles son las consecuencias de dicha aplicación en la conducta humana y en la sociedad en general.¹⁰³

La ciencia jurídica constituye, por consiguiente, un conocimiento empírico, lo que determina que el derecho sea definido con relación a hechos sociales y no con base en conceptos ideales. Desde esta perspectiva, lo relevante no es la validez abstracta de las normas ni su sistematización; lo que cuenta es su eficacia. El derecho es derecho en tanto se aplica y tiene efectos concretos sobre la conducta de los individuos. Las normas generales en abstracto son "meras palabras".¹⁰⁴

En este sentido, la teoría pragmática-instrumental rechaza la concepción formalista del derecho como una formalización normativa, abstracta y general. La articulación de un sistema normativo estructurado con base en ciertos principios de orden, como herramienta básica del análisis de los fenómenos jurídicos, resulta irrelevante bajo los presupuestos del pragmatismo-instrumental. La noción de "sistema normativo" presupone que el derecho es algo que se encuentra previamente dado y esto es pre-

¹⁰³ Uno de los juristas pragmático-instrumentales que con mayor claridad expresó esta idea fue Cohen, en su famoso ensayo "The problems of a functional jurisprudence" (1937, pp. 5 y ss.). De hecho, Summers considera que este ensayo junto con el de Holmes, "The path of law", son los dos artículos que con mayor precisión explican las concepciones centrales de la teoría pragmática-instrumental (1981, p. 872, nota 32). Textualmente Cohen expresa en los siguientes términos los presupuestos pragmáticos de esta teoría del derecho, que él denomina "funcionalismo": "Functionalism, as a philosophy, may be defined as the view that a thing does not have a 'nature' or 'essence' or 'reality' underlying its manifestations and effects and apart from its relations with other things; that the nature, essence, or reality of a thing is its manifestations, its effects, and its relations with other things; and that, apart from these, 'it' is nothing, or at most a point in logical space, a possibility of something happening. [...] Functionalism as a method may be summed up in the directive: If you want to understand something, observe it in action. Applied within the field of law itself, this approach leads to definition of legal concepts, rule and institutions in terms of judicial decisions or other acts of state-force" (1937, pp. 7-8).

Para Llewellyn, el pragmatismo instrumental básicamente lo que propone es un método para estudiar el derecho: "What realism was, and is, is a method, nothing more, and they only tent involved is that the method is a good one. 'See it fresh', 'See it as it works", that was to be the foundation of any solid work, to any end [...] Realism is not a philosophy, is a technology. That is why it is eternal. The fresh look is always the fresh hope. The fresh inquiry into results is always the needed check-up" (1960, p. 510).

¹⁰⁴ Cfr. Llewellyn (1991, p. 2) y Gray (1909, p. 82).

cisamente lo primero que cuestionan los teóricos pragmático-instrumentales.¹⁰⁵

Desde la perspectiva del derecho en acción lo relevante es el estudio de la actividad jurisdiccional. Según los juristas pragmáticos, dicha actividad no se desarrolla con base en los esquemas de la lógica formal, como sostenían los formalistas. El abogado litigante y el juez no piensan en términos silogísticos; más bien el derecho es una cuestión de conflictos de intereses, de principios jurídicos en contradicción, y no un sistema deductivo de demostraciones que llevan a una única solución correcta.¹⁰⁶ Toda decisión judicial implica una elección entre principios jurídicos en conflicto. El derecho que argumenta la parte demandada es opuesto al que argumenta el demandante. Para entender por qué el juez opta por un principio jurídico en vez de otro, por una solución entre otras de las posibles soluciones jurídicas, es preciso contextualizar la decisión judicial y descubrir cuáles fueron los factores sociales, políticos, económicos,

¹⁰⁵ Para Pound el concebir que el derecho es un sistema de normas autosuficiente para resolver cualquier disputa y que el juez es un simple aplicador de normas fue lo que dio lugar a lo que él denomina "la jurisprudencia mecánica", la cual, según este autor, dificultaba el crecimiento y el desarrollo del derecho por los jueces. La crítica a los presupuestos de la teoría formalista los expresa en los siguientes términos: "I have referred to mechanical jurisprudence as scientific because those who administer it believe it such. But in truth it is not science at all. We no longer hold anything scientific merely because it exhibits a rigid scheme of deductions from *a priori* conceptions. In the philosophy today, theories are instruments, not answers to enigmas, in which we can rest. The idea of science as a system of deductions has become obsolete, and the revolution which has taken place in other science in this regard must take place and is taking place in jurisprudence also. [...] We do not base institutions upon deductions from assumed principles of human nature; we have required them to exhibit practical utility, and we rest them upon a foundation of policy and established adaptation of human needs. [...] We have to rid ourselves of this sort of legality and to attain a pragmatic, a sociological legal science" (1908, pp. 608-609).

¹⁰⁶ Quizá quien con mayor claridad desarrolló esta idea fue Dewey: "No lawyer ever thought out the case of a client in terms of the syllogism. He begins with a conclusion which tends to reach, favorable to his client of course, and he analyzes the facts of the situation to find material out of which to construct a favorable statement of facts, to *form* a minor premise. [...] And as he learns more of the facts of the case he may modify his selection of rules of law upon which he bases his case. [...] The particular point which is being made here is that thinking actually sets out from a more or less confused situation, which is vague and ambiguous with respect to the conclusion it indicates, and that the formation of both major premise and minor proceed tentatively and correlatively in the course of analysis of this situation and of prior rules. [...] In strict logic, the conclusion does not follow from premises; conclusions and premises are two ways of stating the same thing. Thinking may be defined either as a development of premises or development of a conclusion; as far as it is one operation it is the other" (1924, p. 23).

culturales y demás cuestiones extranormativas que justifican y explican la elección del juez. El solo estudio de las normas generales, sin el contexto de su aplicación, no es suficiente para entender las razones que le llevan al juez a decidir de una u otra forma.¹⁰⁷

Holmes fue el primero de los juristas pragmático-instrumentales en resaltar la importancia de los factores extranormativos en la actividad jurisdiccional. Según este autor, detrás de la apariencia lógica de las decisiones judiciales se esconden verdaderos juicios de valor relativos a las ventajas sociales e importancia de cada uno de los principios o reglas jurídicas en conflicto. Estos juicios de valor constituyen el corazón de la actividad jurisdiccional.¹⁰⁸ Por ello, todo jurista debe descifrarlos y analizarlos. No se puede tener una visión completa de lo que es el derecho si se ignora el contexto social, económico, político, cultural y moral que determina la elección de los jueces entre principios en conflicto. Así, la separación del denominado derecho positivo de las normas morales, los juicios de valor sociales y la política jurídica, propia del formalismo jurídico, se difumina.¹⁰⁹

En efecto, los juristas pragmático-instrumentales sostenían que el derecho no podía ser una disciplina autosuficiente —una ciencia normati-

¹⁰⁷ "Legal principles have a habit of running in pairs, a plaintiff principle and a defendant principle. As in the domain of popular proverbs one appeals with equanimity to the caution, 'Look before you leap' or to its opposite, 'He who hesitates is lost', depending upon which course of action he refers, so in the law one generally has a choice between opposite 'principles'. [...] In the actual decision of cases the choice between conflicting principles is likely to depend on unstated considerations" (Cohen, 1937, pp. 10-11).

¹⁰⁸ En palabras de Holmes: "Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. [...] We do not realize how large a part of our law is open to reconsideration upon a slight change in the public mind" (1857, p. 466).

¹⁰⁹ Pound, en su ensayo "Hierarchy of sources and forms in different systems of law (1933, pp. 475 y ss.), trata el problema de la idea de un sistema de fuentes jerarquizado y las consideraciones extranormativas que el juez toma en cuenta en sus sentencias. Es interesante observar cómo el concepto de fuentes del derecho simplemente sirve para distinguir las normas jurídicas de las cuestiones extranormativas, pero ambas son parámetro de decisión para resolver cualquier litigio. Es más, para Pound, cuando las normas no resuelven la cuestión, el razonamiento judicial y la experiencia de los jueces para descifrar las necesidades de cada tiempo serán suficientes para resolver la cuestión planteada.

va—, era preciso que el derecho se estudiase desde una perspectiva interdisciplinaria. Las herramientas de análisis de la sociología, la economía, la teoría política, la psicología eran indispensables para conocer las fuerzas sociales que movían al derecho y para comprender cabalmente la actividad de los jueces.¹¹⁰ A fin de cuentas, la función jurisdiccional era mucho más que la aplicación de normas preexistentes; el derecho en acción era el punto de contacto entre las normas y la realidad social; una sentencia era la traducción, por parte del juez, de los problemas sociales, económicos y políticos de la comunidad.¹¹¹

La importancia de estas consideraciones valorativas, de esos factores sociales que el juez toma en cuenta para decidir, es que éstos marcan los patrones de cambio del derecho en acción.¹¹² Si se estudia el derecho en

¹¹⁰ Pound sostenía: "Let us look the facts of human conduct in the face. Let us look to economics and sociology and philosophy, and cease to assume that jurisprudence is self-sufficient" (1910, pp. 35-36). Holmes también destacó la importancia de la economía, la estadística, la teoría política como instrumentos básicos para que el jurista pudiese descifrar las fuerzas que movían al derecho. "For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics". Más adelante sostiene, "I look forward to a time when the part played by history in the explanation of the dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them. As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me an evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made" (1857, pp. 469 y 474). Otros juristas pragmáticos consideraron que entender la psicología de los jueces era fundamental para conocer los factores que impulsaban sus decisiones, sus juicios de valor. Frank fue quien con mayor entusiasmo acogió la idea de las "fuerzas del inconsciente judicial" como explicativas de la conducta de los jueces. Básicamente, Frank termina recomendando a todo juez acudir a un psicoanalista para comprender su personalidad, sus prejuicios y sus antipatías (1930, pp. 142-147). Evidentemente no todos los juristas pragmático-instrumentales coincidían con Frank. Sin embargo, todos ellos pensaban que el derecho no era una disciplina autosuficiente y que las herramientas de análisis de otras ciencias sociales eran indispensables para entender el fenómeno jurídico.

¹¹¹ Al respecto Cohen sostiene: "Fifty years ago Langdell wrote: 'Law is a science, and all the available materials of that science are contained in printed books'. Today we are disposed to recognize that judges are human beings, and that not all the forces which motivate judicial behavior are words in printed books. [...] The functional conception of legal science thus dictates a new version of the scope of legal education. The student of law must be familiar not only with statutes and cases but with the social realities on which the statutes and cases impinge, and with the social realities that, in turn, impinge on courts and legislatures as determinants in the development of the law" (1937, pp. 12-13).

¹¹² A ello se refiere Holmes al sostener: "The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, institutions of public

su aplicación, si se observa cómo las reglas contenidas en las decisiones judiciales previas son aplicadas a casos subsiguientes, si se constata como los preceptos legales son interpretados y aplicados en una secuencia de decisiones judiciales, entonces se puede apreciar que el orden jurídico se encuentra en un perpetuo movimiento. Las reglas cambian para adaptarse a los nuevos escenarios sociales. El juez, con base en esos factores extranormativos que son tomados en consideración para resolver cualquier conflicto jurídico, adapta el contenido de las normas para ajustarlas al movimiento de la cambiante realidad social. No existen reglas fijas, preestablecidas e indisponibles para el juzgador.¹¹³

Cabe destacar que los juristas pragmático-instrumentales centraron su atención en el movimiento del *case law*. Recordemos que para ellos el derecho es derecho en tanto que es eficaz y que lo único que se puede

policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics" (1963, p. 5).

¹¹³ Holmes, en su conocido libro *The Common Law*, realiza una investigación histórica sobre el desarrollo de algunas de las doctrinas judiciales fundamentales del *common law* inglés y americano. Las conclusiones a las que llega son opuestas a los postulados teóricos de los formalistas. Según Holmes, es imposible concebir el derecho como un cuerpo estático de postulados inmutables que el juez se limita a aplicar. Por el contrario, el análisis de la evolución del *common law* le hace concluir que el derecho está en constante crecimiento, ya que no puede dejar de incorporar las opiniones de los grupos dominantes y las cambiantes necesidades sociales. Lo expresa en los siguientes términos: "What has been said will explain the failure of all theories which consider the law only from its formal side, whether they attempt to deduce the *corpus* from *a priori* postulates, or fall into the humbler error of supposing the science of the law to reside in *elegantia juris*, or logical cohesion of part with part. The truth is, that the law is always approaching, and never reaching consistency. It is forever adopting new principles from life at one end, and it always retain old ones from history at the other, which have not yet been absorbed or sloughed off. It will become entirely consistent only when it ceases to grow" (1963, p. 32). Esta idea de que el derecho se encuentra en un constante movimiento fue acogida por todos los juristas pragmático-instrumentales. Por ejemplo Pound sostenía: "Realizing that a final answer to the question 'What is Law' is impossible, since the thing to be defined is living and growing, and therefore subject to change, the most conspicuous representative of the new school abandons that question and goes behind it to define the legal order in which law result and for which it exists. [...] Law is not an end, but a means." (p. 249, citado en Hull, 1997, p. 57). Por su parte Llewellyn, al analizar los puntos de partida comunes entre los juristas de la escuela realista, señala, entre otros, "1) The conception of law in flux, of moving law, and judicial creation of law. [...] 3) The conception of society in flux, and in flux typically faster than the law, so that the probability is always given that any portion of law need reexamination to determine how far it fits the society it purports to serve" (1931, p. 1236).

conocer son sus efectos y sus manifestaciones. De ahí que, según la teoría pragmática-instrumental, no es posible conocer el significado de las normas generales hasta no ver cómo se aplican a casos concretos.¹¹⁴ Tan pronto algún precepto legal o constitucional es aplicado por un juez, esa decisión adquiere el carácter de precedente vinculante y se inserta, por decirlo de algún modo, en la dinámica del sistema de precedentes. Por consiguiente, los *law reports*, más que los *statute books*, son el punto de referencia básico de todo estudioso del derecho.¹¹⁵

Todos los juristas pragmáticos sostenían que era preciso reconocer y aceptar esta naturaleza mutable del *case law* y no intentar interferir o frenar su dinámica interna.¹¹⁶ Por ello estaban en contra de la fuerza estricta de *stare decisis* que defendía la teoría formalista. Los precedentes no deberían ser concebidos como reglas fijas aplicables a través de un silogismo judicial. Por el contrario, dichas reglas deberían ser lo suficientemente flexibles como para que el juez las modificase gradualmente y así ajustar su contenido a la cambiante realidad social. En casos extremos, cuando los precedentes no cumpliesen con su función social, era mejor revocarlos, que reconstruir las reglas a partir de técnicas argumentativas forzadas. Pero, a fin de cuentas, para los juristas pragmáticos, con o sin la fuerza estricta de *stare decisis*, las reglas cambian con el espíritu de cada época. La vinculación estricta al precedente lo único que hacía

¹¹⁴ "Words of a statute often have only the most superficial resemblance to the working of the statute. A good deal of statute law turns out under investigation to be without any force-law in books rather than law in action; other parts of the statute law have been given new meaning in judicial, administrative and popular construction-meanings that could never have been deduced from the words of the legislature. In either case, study of statutes fails to provide a realistic picture of functioning law" (Cohen, 1937, p. 9).

¹¹⁵ Cabe destacar que los juristas pragmático-instrumentales estaban conscientes de que existía una multitud de actos de aplicación del derecho en los que no intervenían los tribunales; sin embargo, delimitaron su objeto de estudio a aquellas situaciones en las cuales existan conflictos de intereses. Por ello, como señalábamos, esta teoría del derecho es una teoría inacabada y no da cuenta de la totalidad del fenómeno jurídico.

¹¹⁶ "The incomparable value of precedent method for the development of the law lies in the way it continuously reforms law in the light of the needs of individual cases. Individual cases let one see the effects of legal rules, legal principles and legal institutions; from this one can acquire the skills to direct an shape the effect they will have. The situations that will give rise to disputes are mostly not foreseeable" (Llewellyn, 1989, p. 66).

era entorpecer y dilatar el cambio en el derecho, mas no podía impedirlo, ya que el derecho era, por naturaleza, mutable y dinámico.¹¹⁷

La dirección del movimiento del derecho venía dada por los fines de todo orden jurídico. La teoría pragmática-instrumental concibe al derecho como un medio para alcanzar metas sustantivas, es una herramienta práctica para lograr fines específicos, es un instrumento al servicio de la sociedad.¹¹⁸ Y aunque tales juristas no elaboraron una teoría de los valores que permitiese jerarquizar esas aspiraciones de la sociedad, todos ellos enfatizaron que la fuerza de obligar de cualquier regla estaba condicionada por su utilidad e idoneidad para atender tales aspiraciones. Finalmente, los juristas pragmático-instrumentales volvían a retomar esa concepción instrumental del derecho que caracterizó al periodo formativo del sistema jurídico estadounidense y, con ello, buscaban sustituir la visión estática del paradigma formalista por una concepción dinámica, en la que el derecho más que un sistema de normas era un orden jurídico en constante cambio y desarrollo.¹¹⁹

¹¹⁷ La cuestión de la flexibilidad de las reglas que establecen los precedentes la estudiaremos con detenimiento más adelante. Sin embargo, sobre la doctrina del precedente desde la perspectiva de la teoría pragmática instrumental son básicos los dos libros de Llewellyn antes citados: *The Bramble Bush* y *The Case Law System in America*. Un ensayo breve, pero muy ilustrativo sobre esta cuestión, es el de Pound: "What of *stare decisis*?" (1941, pp. 1 y ss.).

¹¹⁸ Grey, refiriéndose a Holmes en concreto, considera que esta visión instrumental del derecho la toma de la teoría utilitarista de Bentham, quien había defendido la idea de que el derecho era el uso colectivo de la fuerza como medio para alcanzar la felicidad humana (1989, pp. 793-797). Por su parte Summers considera que la principal influencia de todos los juristas pragmático-instrumentales en relación con esta visión instrumental del derecho fue el filósofo pragmático William James, quien sostenía que los conflictos de intereses entre los individuos de una sociedad sólo podían resolverse con base en una premisa utilitaria: la mejor decisión será aquella que satisfaga la mayor cantidad de intereses individuales al menor costo. Según Summers, muchos juristas pragmático-instrumentales como Holmes, Pound, Dewey, Gray, Cook y Oliphant hablaron de "satisfacción de necesidades" y de "servir intereses" como las metas fundamentales del derecho (1981, pp. 875-879). El jurista pragmático-instrumental que le dio mayor atención al problema de los valores éticos en las decisiones judiciales como forma de determinar la utilidad de las reglas jurídicas fue Cohen; su libro *Ethical Systems and Legal Ideas* (1933) constituye un buen intento por construir una teoría de los valores morales de acuerdo con los presupuestos del pragmatismo-instrumental.

¹¹⁹ Tanto Pound como Llewellyn toman como prototipo de lo que debía ser la función jurisdiccional aquellas decisiones judiciales del periodo formativo del derecho americano. Así, por ejemplo, Pound sostiene: "The development of the common law in America was a period of growth because the doctrine of the common law was received only so far as applicable led the court, in adapting English case law to American conditions, to study the conditions of application as well as the

Así, para los juristas pragmático-instrumentales las reglas cambiaban al ritmo de la realidad social, pero, además, el sistema jurídico era por naturaleza incompleto; las lagunas jurídicas eran inevitables, ya que la realidad social siempre era más compleja que lo que el legislador y los jueces podían prever. Sin embargo, a través de las técnicas del *common law*, los jueces podían ir desarrollando, completando y transformando el derecho. De ahí que, para estos juristas, los conflictos de intereses, las disputas jurídicas entre los agentes sociales, eran los vehículos para que las nuevas demandas y necesidades sociales fuesen acogidas y reguladas por el derecho en acción.¹²⁰

¿Qué garantizaba que los jueces no resolviesen con base en su capricho y que sus decisiones no fuesen mera expresión de su voluntad o su deseo? ¿Cómo asegurar que el dinamismo del derecho no generara inestabilidad en el orden social? La doctrina del precedente finalmente era lo

conceptions and their logical consequences. When ever such period has come to an end, when its works has been done and its legal theories have come to maturity, the jurisprudence of conceptions tends to decay. Conceptions are fixed. The premises are no longer to be examined. Everything is reduced to simple deduction from them. [...] This is the condition against which sociologists now protest, and protest rightly" (1908, pp. 611-612). Por su parte, Llewellyn contrasta el tipo de razonamiento jurídico de las sentencias de los jueces del periodo formativo con las de la época del formalismo jurídico. El estilo judicial de las primeras lo denomina "the grand style" y el de las segundas "the formal style". Al igual que Pound, Llewellyn elogia las sentencias del periodo formativo por tomar en cuenta el contexto social en el que se aplicaban las reglas previas y porque su contenido se adaptaba a las necesidades de la época (1960, pp. 35-45 y 62-75).

¹²⁰ Fuller explica el pensamiento de los juristas pragmáticos en este aspecto en los siguientes términos: "Under our precedent system courts do not regard themselves as free to anticipate the need for legal rules; they manufacture rules *ad hoc* only for the particular case in litigation. But what issues will get into litigation? This depends on the interest of individual litigants, and there is, therefore no way of predicting or controlling the kind of questions which will be the subject of adjudication. In consequence it might appear inevitable that our case law would be spotty and incomplete. [...] In spite of its dependence on the past, in spite of the lack of conscious direction over its growth, our system of case law has generally proved itself capable of meeting new social conditions. How does this come about? Llewellyn solves this problem in a way one might anticipated. Litigation is not purely a matter of chance and individual interest. Litigation arises out of conflict. Conflict in turn arise in those fields of social activity where growth is taking place, where the relative strength of interest-groups is changing. Things are so arranged that where changing social practice demands new law individual interest will see to it that suits will be brought which will furnish a substratum of the elaboration of the needed doctrine. There is happily a king of correlation between the interest of individual litigant and the social need for new law" (1934, p. 439).

que venía a dotar de ciertos patrones de regularidad y predictibilidad al dinámico orden jurídico.

En el corazón de la doctrina del precedente, según estos juristas, se encontraban dos fuerzas en conflicto: la continuidad vs. el cambio.¹²¹ Para saber qué es el derecho, desde la perspectiva de la teoría pragmática-instrumental, hay que saber qué ha sido y qué tiende a ser.¹²² El derecho se encuentra en una constante tensión entre la tradición, por un lado, y los cambiantes deseos y necesidades de la comunidad, por el otro. El jurista, por consiguiente, para identificar qué es el derecho debe *recordar e imaginar* al mismo tiempo.¹²³ La experiencia judicial pasada contenida en los *law reports* nos indica qué ha sido el derecho. En principio, los jueces deben seguir esas decisiones previas, por tanto, conocerlas limita las posibilidades de la imaginación y establece los términos y el marco dentro del cual se debe desenvolver el pensamiento jurídico. Sin embargo, la continuidad con el pasado no es un imperativo categórico. El derecho debe ser un instrumento al servicio de la sociedad. Las generaciones presentes deben ser gobernadas a través de reglas que reflejen sus propias necesidades y sus propios cánones de valores.¹²⁴ Por tanto, para

¹²¹ Llewellyn afirma: "I had mostly taken for granted a sort of perpetual struggle between the needs of regularity and form and of the precedent-phase of justice on the one side and, on the other, any dynamic readjustment of a going system to what just needed to be done" (1960, p. 513).

¹²² "In order to know what it is, we must know what it has been and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two new products at every stage. The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which it is able to work desired results, depends very much upon its past" (Holmes, 1963, p. 5).

¹²³ Al respecto, véase Grey (1989, pp. 806-807).

¹²⁴ Holmes sostenía: "It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists for blind imitation of the pasts" (1857, p. 469). Pound sostenía que precisamente las ciencias sociales como la economía, la sociología, la teoría política, podían servir para que los jueces valoraran el impacto real de sus decisiones y transformaran el derecho en concordancia con esas metas sustantivas. Según Pound, los jueces debían ser verdaderos "ingenieros sociales" y construir, en cada caso, la solución que mejor garantizara los intereses sociales al menor costo o sacrificio. Todo litigio era un conflicto de fuerzas sociales. El entender y equilibrar tales fuerzas requería de un profundo conocimiento por parte del juez de la realidad social, política y económica de su tiempo. En último término, el orden jurídico sólo podía ser eficaz si lograba ajustarse a las aspiraciones sociales y restablecía la paz jurídica entre las fuerzas sociales en

que el derecho pueda cumplir con sus metas sustantivas, los precedentes deben estar sujetos a una constante revisión. El contenido de las reglas debe ajustarse a la cambiante realidad social, por tanto, descifrar o anticipar esos cambios sociales, a través del análisis de los factores extranormativos que rodean a todo litigio, es lo que permite al jurista y al abogado litigante *imaginar* hacia dónde se mueve el derecho.¹²⁵ La ventaja de las técnicas del *common law* es que ese proceso de adaptación siempre es gradual: caso por caso las reglas se adecuan a las nuevas demandas sociales, lo cual garantiza que los cambios nunca sean abruptos, ni completamente imprevisibles. Con ello, la estabilidad mínima que debe tener todo orden jurídico queda protegida.¹²⁶

choque. De ahí que el conocimiento del contexto social de cualquier litigio fuese un asunto de extrema relevancia para la eficiente administración de justicia (1923, pp. 940 y ss.). En el mismo sentido Cohen señala: "Every legal problem, viewed functionally, involves a conflict of interest. The stability of any solution will depend, at least in part, upon the correct appraisal of the desires that will be effectuated or frustrated by the solution. The problem of weighting incentives to obedience and disobedience leads finally to the problem of weighting social forces. What the law ought to accomplish in any given situation cannot be determined without determining what the law can accomplish. This latter question leads us inevitably to seek some measurement of the organized force that can be brought to bear on any legal issue" (1937, p. 21).

¹²⁵ Grey sostiene que el pragmatismo-instrumental es una especie de fusión entre la escuela histórica del derecho y el positivismo utilitarista de Bentham, lo explica en los siguientes términos: "To apply the central pragmatic tenets to law means to treat it as a practical enterprise in two senses. First, law is constituted of practices-contextual, situated, rooted in custom and shared expectations. Second, it is instrumental, a means for achieving socially desired ends, and available to be adapted to their service. The first point, about practice and context, suggests the perspective of the historical school of jurisprudence; the second or instrumental point suggests Benthamite utilitarian positivism. [...] A central innovation of legal pragmatism was to comprehend that each of them expresses a partial truth about law, the one reflecting its situated and the other its instrumental character. An adequate theory should synthesize them rather than choose between them. It is to Holmes that we owe the first clear statement of such synthesis" (1989, p. 803-804).

La idea de que las reglas jurídicas tienen que ser puestas a prueba en cada contexto para verificar que cumplen con su función la expresa con mucha claridad Dewey: "General principles can only be tools justified by the work they do. [...] Like other tools they must be modified when they are applied to new conditions and new results have to be achieved. [...] If they are conceived as tools to be adapted to the conditions in which they are employed rather than absolute and intrinsic principles, attention will go to the facts of social life, and the rules will not be allowed to engross attention and become absolute truths to be maintained intact at all costs. Otherwise we shall in the end merely have substituted one set of formally absolute and immutable syllogistic premises for another set" (1924, pp. 26-27).

¹²⁶ Al respecto Pound sostiene: "The common law technique is based on a conception of law as experience developed by reason and reason tested and developed by experience. It is a technique of finding ground of decision in recorded judicial experience, making for stability by requiring adherence to decisions of the same question in the past, allowing growth and change by the freedom

Así, con la teoría pragmático-instrumental la labor del jurista y la forma como se estudia el derecho adquieren nuevas características. El enfoque racionalista del formalismo jurídico, según el cual la labor del jurista era descubrir en las normas generales las soluciones implícitas en las mismas, a través del análisis, clasificación y combinación de ciertos conceptos y categorías jurídicas fundamentales, pierde sentido. La teoría pragmática-instrumental hace del estudio del derecho una disciplina práctica. El derecho, según Holmes (1857, p. 457), es el arte de la predicción de la conducta de los jueces. Lo que interesa es que el abogado pueda aconsejar o defender a su cliente, de tal modo que la conducta de este último no desemboque en un proceso judicial, o bien, si lo hace, que tenga un trato jurídico favorable en los tribunales. El estudio del derecho, por tanto, es el estudio de una profesión, de una técnica para resolver controversias jurídicas o para evitarlas.¹²⁷

El conocimiento jurídico es, por tanto, un conocimiento práctico más que científico. La labor de los académicos será la de analizar y valorar el proceso de decisión judicial y los elementos en función de los cuales se pueden efectuar pronósticos sobre la conducta de los jueces.¹²⁸ Es evi-

of choice form among competing analogies of equal authority when new question arise or old ones take on new forms" (1941, pp. 5-6).

¹²⁷ La denominada teoría de la predicción de Holmes parte de la idea del "hombre malo" (*bad man*), esto es, aquel individuo que lo único que le interesa es conocer las consecuencias jurídicas de determinada conducta, sin preocuparse por la bondad o maldad de las mismas. Este *bad man* sólo quiere saber si sus acciones ocasionarán o no la reacción punitiva del Estado. Esa predicción de la reacción del Estado es el derecho y quienes efectúan el pronóstico son los abogados. Dichos profesionistas son quienes pueden aconsejar y defender a sus clientes (1857, pp. 457-462). Cabe destacar que todos los juristas pragmático-instrumentales defendieron la idea del derecho como predicción. La referencia concreta a los trabajos de estos juristas con relación a este aspecto, véase Summers (1981, pp. 904-913).

¹²⁸ Grey distingue ente estudiar derecho "desde fuera" o "desde dentro", como una diferencia entre el formalismo jurídico y el pragmatismo instrumental. Lo expresa en los siguientes términos: "Holmes divided the legal thought and discourse between the categories of the theoretical and the practical in two quite different ways. First, he distinguished between treating law practically (from the inside) as a working body of rules, concepts, and techniques meant to guide the private and official decisions and treating it theoretically (from the outside) as an object of historical or anthropological investigation or a stimulus to philosophical speculation. Second, within the internal (practical in the first sense), treatment of law, he distinguished between the practical (everyday, relatively concrete) formulations used by working practitioner, and the theoretical (academic, relatively abstract) discourse of the teacher or doctrinal commentator. The predictive analysis of law is a theory only in the second

dente que, desde esta perspectiva, las preguntas relevantes para el jurista serán distintas de aquellas que se formula la teoría normativista del derecho.¹²⁹ Los juristas pragmático-instrumentales limitan su objeto de estudio a los procesos de aplicación de las normas por los jueces y en cómo poder pronosticar, dentro de ciertos márgenes, cuál será el resultado de un futuro litigio.

Este arte de la predicción de la posible conducta de los jueces hace de la doctrina del precedente la principal herramienta jurídica de todo jurista. Las experiencias jurídicas vividas, contenidas en los *law reports*, indican qué ha sido el derecho, cómo se han interpretado las normas generales, cuáles han sido los factores económicos, sociológicos, políticos y morales que han influenciado a los jueces para decidir en algún sentido. Además, ese análisis de los procesos de aplicación de las normas también permite determinar cuáles son los factores que pueden influenciar un cambio en la doctrina judicial y cuáles otros afianzarán su continuidad. Finalmente, el estudioso del derecho busca desarrollar las herramientas técnicas para penetrar en el proceso dinámico del derecho en acción y así constatar que la regularidad del comportamiento judicial no se funda solamente en procedimientos lógicos, sino que los jueces, como integrantes de una comunidad, también mantienen ciertos cánones comunes de decisión frente a diversos factores sociales condicionantes de sus decisiones. Cuando dichos factores sociales cambian, es posible pronosticar también un cambio en las reglas de decisión. Sin embargo, en virtud del principio de *stare decisis* vertical y horizontal, dicho cambio será

sense; it is a relatively abstract and general formulation, but it is practical in the sense of internal to the law, rooted in the activity of legal practice, and conceived instrumentally as a means for carrying on the activity" (1989, p. 827).

¹²⁹ Al respecto Cohen sostiene: "Let us then survey the role of functionalism in legal science not as a refutation of past theories of law [...] but rather as an insistence on certain questions that until recently have been generally ignored in legal studies. Specifically, the functional method poses such questions as: How do rules of law work? Are certain rule of law, so-called, merely ritual observances which have no verifiable relation to the decisions of judges who recite them? To what extent are laws actually obeyed? What are the limits of effective law enforcement? What are the social mechanisms and institutions that make certain rules of law effective and leave others dead letter? When rules of law are obeyed or disobeyed, what consequences actually follow from such conduct? (1937, p. 6).

colectivo, ya que lo seguirán la comunidad de jueces y no un solo juez en solitario.¹³⁰

En suma, los juristas pragmático-instrumentales propusieron un nuevo modelo para abordar el estudio del derecho, un modelo cuya nota distintiva es intenta dar cuenta del movimiento que caracteriza al derecho en acción. En nuestra opinión, a pesar de las importantes críticas que se han formulado a la teoría pragmática-instrumental, los norteamericanos continúan estudiando el derecho bajo una perspectiva dinámica. Quien intente describir el sistema norteamericano en un plano estático, inmediatamente constatará que dicha fotografía no puede incorporar todos los ángulos y caras del sistema. En el debate académico norteamericano en concreto uno se encuentra que frente a cualquier postura doctrinal siempre hay alguien más que sostiene exactamente lo contrario. Estas opiniones dialécticas y argumentaciones en sentido diverso, tanto en el ámbito académico como en el judicial, sólo se pueden acomodar si entendemos que, finalmente, como señalaron los juristas pragmático-instrumentales, el derecho en movimiento se explica a través de la tensión de dos fuerzas contrapuestas: continuidad *versus* cambio. A continuación analizaremos por qué creemos que ello es así.

¹³⁰ Cohen da un ilustrativo ejemplo de cuáles son las preguntas que se haría un jurista pragmático-instrumental frente a la pregunta ¿existe un contrato? "When the realist asks this question, he is concerned with the actual behavior of courts. For the realist, the contractual relationship, like law in general, is a function of legal decisions. The question of what courts *ought* to do is irrelevant here. When there is a promise that will be legally enforced there is a contract. So conceived, any answer to the question, 'Is there a contract?' must be in the nature of a prophecy, based, like other prophecies, upon the past and present facts. So conceived, the question 'Is there a contract?' may be broken upon into a number of subordinate questions, each of which refers to the actual behavior of courts: (1) What courts are likely to pass upon a given transaction and its consequences? (2) What elements in this transaction will be viewed as relevant and important by these courts? (3) How have these courts dealt with transactions in the past which are *similar* to the given transaction, that is, identical in those respects which the court will regard as important? (4) What forces will tend to compel judicial conformity to the precedents that appear to be in point (...) and how strong are these forces? (5) What factors will tend to evoke new judicial treatment for the transaction in question (e.g., changing public opinion, judicial idiosyncrasies and prejudices, newly accepted theories of law, society or economics, or the changing social context of the case) and how powerful are these factors?" (1937, p. 16).

D. El derecho en movimiento: la tensión entre continuidad y cambio

En Estados Unidos, de acuerdo con Summers y Atiyah (1987), prevalece una visión "sustancialista" del derecho. Ello se manifiesta, entre otros aspectos, en que los jueces frecuentemente apelan a razones sustantivas, esto es, a juicios de valor extranormativos, como forma de justificación de sus sentencias. Los norteamericanos, a diferencia de los ingleses, suelen dotar de flexibilidad a las normas jurídicas y llegan a percibir las como "meras guías" que orientan al juez en su decisión. Las normas son instrumentos dinámicos para resolver los problemas jurídicos y se ajustan constantemente a la mutable realidad social. Así, la visión sustancialista del derecho que existe en Estados Unidos hace que los tribunales, más que el legislador, sean los principales agentes de reforma y cambio del derecho. Finalmente, lo que indica esta visión sustancialista es que en Estados Unidos la frontera entre órganos de creación y órganos de aplicación del derecho, entre el derecho y la política, propia del positivismo jurídico, se ha difuminado.¹³¹

En este sentido, la categoría de fuentes del derecho sirve para diferenciar las preposiciones normativas —eso que Eisenberg denomina *doctrinal propositions*— de las preposiciones extranormativas o *social propositions*; éstas constituyen la serie de factores que vienen dados por la realidad social, como son el contexto económico y político, los estándares éticos aceptados, las consideraciones de política jurídica y de justicia. La actividad jurisdiccional se desarrolla tomando en cuenta ambos tipos de preposiciones, y es precisamente la interacción entre ellas lo que va marcando las pautas del movimiento del derecho.¹³²

¹³¹ Los autores, a lo largo de ese interesante libro, analizan este carácter sustancialista del sistema americano y lo contrastan con el carácter formalista del sistema inglés. Las características que hemos mencionado del sustancialismo americano son algunas de las que estos autores señalan y estudian en forma detallada en distintos apartados de su libro.

¹³² "Most modern analysis of law and adjudication can be largely defined in terms of their treatment of the interplay between doctrinal and social propositions, and the criteria that social propositions must satisfy if they are to be employed in establishing legal rules" (Eisenberg, 1988, p. 2).

Tratándose de las *doctrinal propositions* o fuentes del derecho, los estadounidenses las dividen en tres grupos. En primer término, las normas generales que se consideran vinculantes para el juez que decide: Constitución, leyes y precedentes. Estos últimos son de tres tipos: constitucionales, legales (*statutory precedentes*) y de *common law*. En segundo lugar, las normas generales que no se consideran vinculantes para el juez que resuelve, que son básicamente los precedentes y normas escritas de otras jurisdicciones. Y, finalmente, los estudios académicos, libros y artículos de revistas especializadas acerca de los procesos jurisdiccionales y de las decisiones de los jueces. Los primeros dos grupos se denominan fuentes primarias (*primary legal sources*), mientras que el último constituye una fuente secundaria (*secondary legal source*). Ambos tipos de fuentes le proporcionan al juez pautas para decidir, aunque, evidentemente, las fuentes primarias, como su nombre lo indica, siempre desempeñan un papel prioritario (Eisenberg, 1988, p. 1).

Esta definición de lo que son las fuentes del derecho indica, en primer término, que la categoría de fuente siempre está relacionada con la actividad jurisdiccional y, por tanto, con las controversias jurídicas. Esto es, los norteamericanos estudian el "derecho en acción". El análisis de las normas en abstracto, en los *statute books*, no es un estudio que se pueda llevar a cabo desde el modelo teórico con el que los estadounidenses se aproximan al mundo del derecho.

Cabría preguntarse, no obstante, por qué la atención de los juristas norteamericanos se centra en los procesos jurisdiccionales, ya que, si se pretende estudiar el derecho en acción, habría que admitir que existen una gran cantidad de actos de aplicación de normas en los que no interviene los tribunales. Es más, en una nación civilizada es de presumir que este tipo de actos constituye la gran mayoría y que sólo una pequeña parte tiene que ver con los procesos jurisdiccionales. Posner responde a esta interrogante señalando que a los juristas estadounidenses sólo les interesa explorar las áreas en las cuales el derecho es indeterminado, en las que las normas jurídicas no dan una respuesta clara ni unívoca al

problema planteado. Cuando el derecho es evidente, llano e incontrovertible y, por tanto, su aplicación es una cuestión de rutina y casi automática, no existen preguntas relevantes para el jurista o el abogado litigante. Las disputas jurídicas generalmente surgen cuando existe indeterminación en el material normativo, cuando las normas no dan una respuesta evidente a los hechos objeto de la litis o cuando existe alguna laguna jurídica que los tribunales deben colmar. Son estas "zonas de penumbra jurídica" en donde juristas, jueces y abogados concentran toda su atención y sus reflexiones.¹³³

Por ello, para los juristas estadounidenses tiene sentido hablar de fuentes del derecho cuando existe una disputa que resolver. Pero además el hecho de que diferencien las normas generales que tienen autoridad en el litigio de aquellas que no la tienen, refleja la concepción de que el orden jurídico es abierto e incompleto y que, por tanto, cuando el juez no tiene a la mano una norma vinculante para resolver la cuestión planteada, podrá acudir a las normas de otras jurisdicciones para buscar la solución. Tales normas sólo tienen fuerza persuasiva.¹³⁴

¹³³ Posner expresa esta idea en los siguientes términos: "Are wages income? Is marriage to one's own sister valid? Is murder excused if the victims consent in advance? Is it illegal to drive sixty miles an hour in forty-mile zone? These and many other legal questions are answered deductively by the application of clear and uncontested rules to facts determined or conceded. The reason such questions do not figure largely in legal debate, an indeed lit almost beneath the professional horizon, is that they are too simple to be a likely subject to litigation or even to require legal consulting. This makes it easy in doing jurisprudence-too easy-to forget about such questions and suppose that all legal questions are indeterminate. (...) Most laypeople demand of the law only that it tells them the rules they must live by, and they are therefore more likely than lawyers to think of law as determinate, constraining. A big part of legal training, especially at the elite law schools, is *exploration of the law's indeterminacies*, a it creates an outlook remote from that of the average person and indeed from that of many lawyers" (1990, pp. 42-43) (énfasis propio).

¹³⁴ La huella del pragmatismo-instrumental se puede apreciar en este modo de definir la categoría de fuentes del derecho, siempre en relación con la actividad jurisdiccional. A fin de cuentas, para los americanos, el derecho sólo se comprende desde su aplicación. Por ejemplo, el juez y profesor de la Universidad de Harvard Keeton sostiene: "Trying to understand law without ever thinking about its application to particular transactions and relationships is an undertaking with inherent limitations. We cannot fully understand law, or any aspect of it, until we know how it works. Theories, principles, doctrines, rules of law, standards of conduct, and legal tests for determining accountability mean, in real world, what they come to mean when human actors, with their strengths and failings, bring them to bear in shaping transactions and relationships and resolving controversies (1990, p. 4).

Por otra parte, el denominar fuente del derecho, secundaria, pero fuente al fin, a los estudios jurídicos, es asumir muy explícitamente que los tribunales deben legitimar su poder para crear derecho ante la comunidad de juristas; deben tratar de conquistar la adhesión de su auditorio. Está claro que si el derecho no se agota en el mundo de las normas (existen también las *social propositions*) y que, por tanto, la función jurisdiccional no es un mero acto de aplicación del derecho preexistente, entonces el juez es al mismo tiempo un aplicador y un creador de normas en un sentido amplio. Además, el valor de precedente de las decisiones judiciales hace que ese elemento creador de derecho tenga efectos generales. Por tanto, el hecho de que el juez tome en cuenta la opinión de los académicos al momento de decidir un caso es una forma de persuadir al auditorio jurídico, y no sólo a los protagonistas del litigio, de que la solución que da y el derecho que crea son razonables, equitativos y aceptables. Este diálogo con el auditorio jurídico intenta suplir la ausencia de control que el electorado ejerce respecto de los otros dos poderes. De ahí que la opinión de los juristas constituya una fuente secundaria del derecho.¹³⁵

En suma, la categoría de fuentes del derecho en Estados Unidos no sirve para limitar los fundamentos posibles de las sentencias ni para asegurar la predeterminación normativa de la función judicial. La categoría de fuente sólo sirve para distinguir las preposiciones normativas de las extranormativas, pero ambas constituyen una parte esencial de la función jurisdiccional.

¹³⁵ Eisenberg al respecto señala: "Those who think about the theory of adjudication often focus on the court as an isolated actor. To certain extent this is understandable, because the courts are not structured to be directly responsive to the citizenry as a whole. There is, however, a social institution, intermediate between the courts and the larger society, to which the courts are structured to be directly responsive—the legal profession. The courts are not obliged to follow the profession, but they are obliged to be responsive to what the profession has to say. This obligation entails that the courts attend to the professional discourse and stand ready either to modify their views when that discourse is convincing or to give good reason showing why it is not convincing. The principle of responsiveness thereby both serves as the basis of a critical feedback mechanism and enhances the courts' legitimacy by providing a measure of judicial accountability" (1988, p. 12).

En este sentido, el modelo teórico con el que los norteamericanos se aproximan al estudio del derecho no busca dar cuenta de un sistema normativo dado, como sucede en el caso del positivismo jurídico de la Europa continental. En Estados Unidos, legisladores y jueces son órganos de creación normativa; estos últimos en un sentido más amplio del que pueda aceptar, por lo común, un jurista europeo.¹³⁶

En efecto, la función de establecer reglas generales que realizan los tribunales tiene su origen y fundamento en la noción de que el orden jurídico es abierto e incompleto y que, por tanto, se requiere que los jueces, a partir de su tarea de resolver disputas, completen y adicionen dicho orden.¹³⁷ De punto de partida, y no como excepción, cualquier ley tiene lagunas, ya que para los norteamericanos está claro que el legislador no puede prever todas las circunstancias fácticas y los problemas que pueden surgir en la realidad.¹³⁸ Por tanto, asumen que es tarea del juez completar (o inclusive modificar) la obra del legislador para ajustarla a la realidad social.¹³⁹

¹³⁶ Posner, quien no se puede considerar propiamente un juez activista, llega a sostener: "Law is the activity or licensed persons, the judges, rather than a body of concepts (rules, principles, whatever). Judges employ discretion to change rules, and discretion is not 'principled' although it may be bounded by principles. Indeed, to speak of 'employing discretion' may be too grand. Judges change rules, period. In the end the law is what the judge does with your case" (1990, p. 21).

¹³⁷ La idea de un sistema jurídico "abierto" es propia de cualquier sistema de *common law*, ya que una nota que los caracteriza es que nunca existió un fenómeno similar al movimiento de codificación de la Europa continental. Sin embargo, en Estados Unidos existe un especial énfasis en la labor de creación de normas que realizan los tribunales. Al respecto las palabras de Eisenberg muestran con claridad esta posición: "Our society has an enormous demand for legal rules that private actors can live, plan, and settle by. The legislature cannot adequately satisfy this demand. The capacity of a legislature to generate legal rules is limited, and much of that capacity must be allocated to the production of rules concerning governmental matters. (...) Furthermore, our legislatures are normally not staffed in a manner that would enable them to perform comprehensively the function of establishing law to govern action in private sector. Finally, in many areas the flexible form of a judicial rule is preferable to the canonical form of a legislative rule. Accordingly, it is socially desirable that the courts should act to enrich the supply of legal rules that govern social conduct" (1988, pp. 4-5).

¹³⁸ Las palabras de Posner son muy ilustrativas respecto de esta imposibilidad de que los preceptos normativos prefiguren cabalmente la realidad deseable: "The legislature passes a rule thinking it knows what effect will be, but cannot have a precise understanding of them in advance of the actual applications of the rule. The judge has the advantage of seeing the rule in operation, and he can deal with the problems of application that the legislature did not foresee" (1985, p. 5).

¹³⁹ Al respecto Dickerson enumera algunas de las formas en que los tribunales crean derecho (en sentido amplio) cuando interpretan y aplican leyes. "Courts inject their ideas into statutes, and this

En resumidas cuentas, los jueces son órganos de creación de derecho en sentido amplio, son verdaderos *policy-makers*. Por tanto, el sistema jurídico no puede ser un sistema dado, por el contrario, es un sistema en constante desarrollo y en perpetuo movimiento.¹⁴⁰ Las normas generales y los propios precedentes van adquiriendo nuevos contenidos y significados en el curso de los procesos jurisdiccionales.¹⁴¹ El derecho en acción es un derecho dinámico, y para conocer y explicar su movimiento se requieren de un conjunto de categorías jurídicas distintas de aquéllas que se utilizan en la teoría normativista.

Desde la perspectiva del "derecho en movimiento", como señalamos, no hay lugar a una teoría de las fuentes que nos indique la posición estática de las normas generales;¹⁴² tampoco es posible efectuar un análisis

create law, in several kinds of cases. They may create law (1) by putting sharp edges on vague legislative concepts or by resolving ambiguities, (2) by filling legislative gaps or by supplementing the legislature's general rules with specific ones, 3) by refusing to give full effect to the most plausible ascertained meaning of the statute, as where it construes a statute 'strictly' to the purpose of avoiding injustice or socially harmful results, (4) by extending the force of statute, beyond what the ascertained meaning conveys, in order to deal with what a dissenter would call a '*causis omisus*' or (5) by acting by analogy with a statute of which neither the meaning nor the objective covers the situation in question" (1961, p. 413).

¹⁴⁰ Al respecto, Summers y Atiyha sostienen: "Today it is the American legal system which relies far more heavily on the courts for legal change. And the result is that there is a powerful tendency in American for the law to be perceived as a continuous stream, a dynamic force, never at rest, a process in which 'ought' is constantly becoming the 'is'" (1987, pp. 148-49). "To understand judging [sostiene Keeton] one must first understand that law is always developing [...] It is not a complete and closed system" (1990, p. 9).

¹⁴¹ A este respecto Eisenberg sostiene: "If courts are to explicate the application, meaning, and implications of the society's existing standards in new situations, they cannot simultaneously be prohibited from formulating rules that have not been previously announced. To begin with, modern society is in a state of continual change, crating a continual need for new rules to resolve new issues. Indeed, because of the inevitability of change, even the application of an old rule to a new case may constitute a new rule. [...] Moreover, even when social conditions have not change, previously adopted rules must often be discarded because they were wrongly established. Finally, whether a previously adopted legal rule covers a given dispute may often depend on the degree of generality with which the rule was formulated in earlier cases, and the degree is often somewhat adventitious" (1988, p. 5).

¹⁴² Ello no quiere decir que los americanos no establezcan determinados criterios de ordenación entre los distintos tipos normativos. El orden jerárquico entre la Constitución, las leyes y el *common law*, así como la relación de superioridad del derecho federal respecto de estatal, son cuestiones que se aceptan por todos, pero que su estudio nunca está separado de las decisiones judiciales. En la actividad jurisdiccional, el orden jerárquico de las normas le sirve al juez para determinar cuál ha de prevalecer en la resolución de una disputa. De punto de partida asumen que existen múltiples

abstracto de los enunciados normativos. Lo relevante para la teoría jurídica estadounidense es analizar cómo las decisiones judiciales van *desarrollando* el derecho y cuáles son los factores que impulsan o frenan el dinamismo de las reglas jurídicas.¹⁴³

El movimiento del derecho viene dado por la interacción, en los procesos jurisdiccionales, entre normas y factores extranormativos (*doctrinal* y *social propositions*). El ritmo del movimiento lo establece la tensión entre dos fuerzas contrapuestas: continuidad vs. cambio.¹⁴⁴ Esta tensión está íntimamente relacionada con la extensión del ámbito de creatividad judicial en la resolución de disputas. Cuantos más elementos extranormativos utilice el juez para definir el sentido de las normas escritas y para determinar la autoridad de los precedentes que le vinculan (razones sustantivas), mayores serán los elementos que "añade" al derecho. El apelar a consideraciones extranormativas para resolver un litigio, en términos prácticos, significa legislar, adicionar elementos a la obra del legislador o reconstruir las reglas de los precedentes previamente establecidos. En pocas palabras, es impulsar el *cambio* en el derecho. En contraposición, cuando el juez se abstiene de desempeñar el papel de *policy-maker* y

soluciones posibles a cualquier controversia jurídica y que el juez ha de elegir la que considere más correcta o aceptable para el caso que resuelve. Para ello debe buscar guías en cualquiera de las fuentes primarias. El orden jerárquico de las normas orienta y limita sus posibilidades de elección: entre dos soluciones en conflicto, el juez debe optar por aquella que proviene de la norma superior. Como un principio del sistema, el juez no anula la norma inferior, sólo opta por la aplicación de la norma superior para la resolución de la disputa planteada. Del mismo modo, la fuerza vinculante de los precedentes, que no es otra cosa que la obligación de dar un trato jurídico igual a los casos iguales, es otra forma de limitar el margen de elección de los jueces. Sin embargo, todo ello no significa que en Estados Unidos exista una teoría de las fuentes, al modo como se expone en los sistemas de la Europa continental, que le permita al jurista o al juez tener una visión de las normas como una unidad articulada y sistematizada, ni mucho menos que el analizar la arquitectura abstracta del sistema normativo forme una parte sustancial de su modelo cognoscitivo para abordar el estudio del derecho.

¹⁴³ No se trata, por consiguiente, de valorar cuál teoría —la positivista o el pragmatismo americano— explican mejor qué es el derecho. Lo relevante es saber qué preguntas intenta contestar cada modelo teórico y bajo qué presupuestos. Los juristas americanos, en resumidas cuentas, se formulan preguntas distintas y ajenas a aquellas que se plantea la teoría positivista, y en esto radica la fascinación y el desconcierto que encierra el estudio del derecho americano.

¹⁴⁴ "Continuity and change are essential attributes of a legal system. [...] Different legal-political systems have balanced the need or continuity and change in different ways, some giving more weight to one, some to the other" (Calabresi, 1982, p. 3).

decide de modo más formal y menos sustancialista, sus decisiones añaden menos elementos nuevos al derecho y, por tanto, le dan *estabilidad* y *continuidad* al orden jurídico.

El debate académico norteamericano se puede ordenar con base en la tensión entre continuidad y cambio, razones formales y razones sustantivas, *doctrinal* y *social propositions*. En un extremo encontramos a los juristas que están por el *judicial self-restraint*, por jueces menos "legisladores", por limitar la creatividad judicial y el cambio en el derecho en manos de los tribunales. Este grupo de juristas están comprometidos con los valores del pluralismo político y son especialmente sensibles al argumento contramayoritario. Por consiguiente, en el ámbito constitucional, defenderán la interpretación constitucional basada en la intención más específicas de los constituyentes y en el nivel más bajo de abstracción (*original intent*). En el caso del derecho legislado, estarán a favor de una interpretación textual, basada las palabras y no en la intención del legislador (*textualism*). Tratándose del derecho de creación judicial preferirán los precedentes que establecen reglas a aquellos que establecen estándares, y considerarán que la principal función de los tribunales con jurisdicción de apelación es la de proveer directrices generales que den certeza jurídica a los agentes sociales y potenciales litigantes.

En el extremo opuesto están los juristas que estiman que los tribunales son órganos confiables y mejor equipados que las legislaturas y las agencias administrativas para garantizar determinados valores esenciales a un Estado constitucional. Para ellos está claro que, con pretexto del pluralismo político y de la exageración de las virtudes del debate democrático, se llegan a enmascarar verdaderas injusticias. Este grupo de juristas defenderá el cambio en el derecho en manos de los tribunales y la imperiosa necesidad de que el orden jurídico se ajuste, a través de la casuística judicial, a la mutable realidad social. Por tanto, en el ámbito constitucional, defenderán la interpretación de la Constitución de acuerdo con las exigencias éticas y los valores públicos de cada época (*non-originalist*).

En el mismo sentido, tratándose de la interpretación de la ley, considerarán que el contenido y significado de las disposiciones legislativas se deben ir acomodando a las necesidades sociales y que es tarea de los jueces, y no del legislador, ir transformando el contenido de la ley (*evolutive approach*). En relación con el derecho de creación judicial pensarán que es mejor la flexibilidad de los estándares a la rigidez de las reglas y, además, que la función de los tribunales con jurisdicción de apelación es la de establecer reglas concretas que doten de un amplio margen de discrecionalidad a los tribunales posteriores para ajustar la doctrina judicial vinculante a los requerimientos de justicia de cada controversia.

En la práctica judicial ambas posiciones académicas *juntas* sirven para dar cuenta de lo que sucede en Estados Unidos. Hay jueces en cada uno de los extremos. Por tanto, existen precedentes que parten de una y otra concepción. Lo interesante es que los criterios judiciales no son criterios de jueces que actúan en solitario. La propia dinámica del sistema de precedentes hace que el proceso a través del cual se definen las reglas, criterios y estándares de aplicación y creación del derecho sea un proceso colectivo en el más profundo de los sentidos. Cada tribunal tiene la responsabilidad de tratar de justificar su decisión de tal modo que ésta se inserte en una cadena de decisiones previas que él prolonga. En este sentido, la doctrina judicial vinculante se crea a través de la discusión, de las opiniones en sentido diverso, de los distintos puntos de vista de los diversos órganos jurisdiccionales, de la tensión, a fin de cuentas, entre la continuidad y el cambio del derecho. Este trabajo de investigación intenta explicar cómo esta dialéctica de fuerzas contrapuestas se va articulando en torno a la dinámica del sistema de precedentes, de tal modo que el movimiento del derecho tiene ciertos patrones de regularidad que permite a juristas y abogados litigantes elaborar predicciones razonables sobre el resultado de un posible litigio.

CAPÍTULO 2

Principios básicos de organización del *case law*

A. Introducción

Las decisiones judiciales constituyen la puerta de entrada para estudiar el derecho en movimiento. Para los estadounidenses, como señalamos, el derecho no se aprehende a través de imaginar plásticamente la arquitectura del sistema y colocar a cada norma en el sitio que le corresponde. El estudio de las normas no puede verse desde el punto de vista de su validez, como sucede con las teorías normativistas, sino desde su eficacia. Lo relevante, para el jurista estadounidense, es conocer el derecho en su aplicación y así constatar cómo las normas generales van adaptando su contenido para hacer frente a los cambios sociales, políticos y económicos.

Sin embargo, antes de poder analizar el carácter dinámico del derecho de creación judicial, es preciso estudiar algunas cuestiones básicas de la estructura y organización del *case law*. En este capítulo centraremos nuestra atención en tres cuestiones cardinales, cuya característica común es que constituyen una especie de "antesala" para el estudio de los precedentes en su aplicación.

En primer término, analizaremos cuáles son las reglas que permiten saber, tanto al tribunal que resuelve, como a las partes que acuden a juicio, cuáles son los precedentes que tienen autoridad en el litigio y cuáles sólo tienen fuerza persuasiva. Veremos cómo, a partir del principio de *stare decisis* y de la organización jerárquica de los tribunales, se puede determinar con claridad el ámbito de obligatoriedad de cada precedente.

En segundo término, estudiaremos cómo la fuerza del *stare decisis* marca importantes diferencias entre las funciones que desempeñan los distintos tribunales federales dependiendo de cuál sea su nivel jerárquico en el organigrama judicial. No es lo mismo, en términos del valor de precedente de las decisiones judiciales, una sentencia de un tribunal de primera instancia, una de un tribunal intermedio o una de la Corte Suprema. Es importante tener en cuenta estas diferencias para poder entender cómo funciona el sistema de precedentes.

Finalmente, en un último apartado estudiaremos los mecanismos intraorgánicos que existen en los tribunales con jurisdicción de apelación (Corte Suprema y tribunales federales de apelación) para controlar la autovinculación con sus precedentes. Lo que caracteriza a esos tribunales es su carácter colegiado: son varios jueces los que se tienen que poner de acuerdo para emitir una decisión. En el caso de los tribunales intermedios, los asuntos se resuelven en salas (*panels*) formadas por tres miembros. El número de salas puede variar de un tribunal federal de apelación a otro, pero siempre existen al menos dos salas. De ahí que el legislador y los propios tribunales hayan establecido determinados mecanismos intraorgánicos para controlar que cada *panel* siga los precedentes de las demás salas que integran el tribunal, lo cual, en términos prácticos, significa hacer efectivo el principio de *stare decisis* horizontal en el interior de cada tribunal.

Por otra parte, en el caso de la Corte Suprema, los asuntos que crean doctrina vinculante siempre se resuelven en Pleno; sin embargo, según

cuántos votos particulares existan y cómo emita su resolución, existen distintos tipos de sentencias; el valor de precedente de las mismas puede variar de un tipo de resolución a otro. Ello lo estudiaremos en la parte final del tercer apartado de este capítulo.

B. Precedentes vinculantes y precedentes persuasivos

I. Previsiones generales sobre la organización del *case law*

En el sistema jurídico norteamericano los tribunales desempeñan dos funciones. La primera es la de resolver disputas jurídicas, esto es, administrar justicia ante casos concretos. En el caso de los tribunales federales dicha facultad se la otorga expresamente el artículo III de la Constitución federal, que establece el denominado *case and controversy requirement*,¹ el cual limita el ejercicio de la función jurisdiccional a la resolución de disputas concretas, a través de un proceso con forma contradictoria (*adversary process*), prohibiendo a los tribunales decidir cuestiones abstractas, hipotéticas o contingentes.²

¹ Artículo III, sección 2: "The Judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States and Treaties made, or which shall be made, under their authority; to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministries and Consuls; to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of other State; between Citizens of the same State claiming Lands under the Grants of different States; and between a State, or a Citizen therefor, and foreign States, Citizens of Subjects".

² Cfr. Dorf (1994, p. 1997). Cabe destacar que el mencionado "*case and controversy requirement*" que establece el artículo III de la Constitución es una cuestión que tiene especial interés cuando se estudia los diversos requisitos procesales que condicionan el ejercicio de la función jurisdiccional. "La existencia de una controversia de conformidad con el artículo III de la Constitución, exige que un interés subjetivo, *personal*, esté en juego (*personal stake*); que se haya producido un perjuicio (*injury in fact*) como consecuencia de la acción que se impugna (*causation*), y que éste pueda ser evitado, reparado o compensado por la decisión judicial (*redressability*). En ausencia de cualquiera de estos requisitos, el caso no será 'justiciable'. La controversia además debe estar 'viva' para que el actor conserve su legitimación (*standing*), de forma que deja de ser tal si la decisión judicial, cualquiera que sea, no podrá cambiar las cosas (el caso ya es sólo teórico, *moot*) o si cabe esperar que acontecimientos que tengan lugar en el futuro variarán sustancialmente sus contornos (la contro-

La segunda función de los tribunales es la de proveer al sistema de reglas jurídicas. El principio de *stare decisis* hace que las decisiones judiciales que resuelvan alguna cuestión de derecho deban ser consideradas como parámetro normativo en la resolución de casos similares que se presenten con posterioridad. Esta facultad para crear derecho en forma casuística se denomina *función institucional*.

La tensión entre estas dos funciones que desempeñan los tribunales es inevitable. Como sostiene Eisenberg, "mientras que la función de resolver disputas va dirigida hacia las partes y hacia el pasado, la función de proveer reglas se dirige hacia la sociedad y hacia el futuro" (1988, p. 7). El equilibrio entre estas dos funciones, como veremos, será distinto dependiendo de cuál sea el nivel jerárquico del tribunal que emite la decisión.

Sin embargo, desde ahora es importante destacar que el estudio de la doctrina del precedente se centra en el análisis de la denominada función institucional, esto es, en el estudio de cómo los tribunales proveen al sistema de reglas jurídicas y elaboran la doctrina judicial vinculante. La resolución de disputas y las complicadas reglas del procedimiento judicial estadounidense quedan fuera de su ámbito de estudio.

En virtud del principio de *stare decisis* los tribunales realizan esa función institucional. Dicho principio tiene una doble faceta: por un lado, en virtud de éste, toda decisión judicial debe ser congruente con las decisiones previas dictadas en casos similares y, por otro, se convierte en un parámetro normativo a seguir en futuros litigios análogos. Esto es, el *stare decisis* le impone al juez la obligación de seguir los precedentes de casos previos similares, pero a la vez eleva a la categoría de precedente

versia aún no ha alcanzado un adecuado nivel de desarrollo y se considera prematura cualquier decisión: son los casos desestimados por *lack of ripeness*)" (Ahumada, 1994, pp. 129-130). Excede por mucho los objetivos de esta investigación analizar todo este interesante tema; sin embargo, para una primera aproximación a éste, véase Bator et al. (1988, pp. 65-294).

sus propias sentencias. A partir de esta doble faceta del principio de *stare decisis* es como en los sistemas de *common law* los tribunales van articulando y ordenando el conjunto de reglas y principios contenidos en el vasto número de decisiones judiciales.³

Existen tres tipos de precedentes según cuál haya sido el parámetro normativo que el juez utilizó para crear la regla apta para el caso que resuelve. Si el juez aplicó la Constitución como norma decisoria del litigio, su sentencia constituye un precedente constitucional; si acudió al derecho legislado, entonces estaremos ante un precedente legal o *statutory precedent* y, finalmente, si se basó en las decisiones *common law*, su sentencia será un *common law precedent*.⁴

Ahora bien, esta autoridad que se le atribuye a todo precedente debe ser explicada un poco más. Sería materialmente imposible vincular a todos los jueces a todas y cada una de las decisiones judiciales que conforman el *case law*. De ahí que existan determinadas reglas que permiten saber, tanto al tribunal que resuelve como a las partes que acuden a juicio, cuáles son los precedentes que tienen autoridad en el litigio y cuáles no la tienen.

El punto de partida para comprender el orden interno del sistema de *case law* es la distinción entre precedentes vinculantes (*binding precedents*) y precedentes persuasivos (*persuasive precedents*). La diferencia entre ambas categorías radica en la fuerza de obligar que tienen para el juez que resuelve: los primeros son obligatorios y los segundos, como su nombre lo indica, no, sólo persuaden, esto es, el juez los sigue o no, dependiendo

³ Sin duda la aseveración de que toda decisión judicial constituye un precedente con fuerza vinculante es extraordinariamente genérica. Más adelante analizaremos los distintos tipos de sentencias y cuáles de éstas entran en la categoría de precedentes.

⁴ Evidentemente, cuando una decisión se basa en un precedente constitucional, también se considera que tal sentencia será, a su vez, un precedente constitucional para futuros litigios. En términos prácticos, aplicar la Constitución o un precedente constitucional significa utilizar la norma fundamental como parámetro de decisión. Lo mismo sucede con los otros dos tipos de precedentes.

de cuánto le convenzan.⁵ Cada órgano jurisdiccional, así como las partes que acuden a juicio, diferencian los precedentes vinculantes de los persuasivos utilizando como criterio de clasificación la propia organización del sistema de tribunales: si se conoce la posición que ocupa un determinado tribunal en el organigrama judicial, se sabe cuáles son los precedentes que le vinculan. En otros términos, la propia estructura del sistema de tribunales se erige en el principal criterio de ordenación del *case law*.

En Estados Unidos el organigrama judicial es bastante complejo. Existen 52 sistemas de tribunales distintos: cada uno de los 50 estados, al igual que el Distrito de Columbia y el gobierno federal tienen un sistema judicial propio e independiente. No es nuestro objetivo explicar cómo funciona la doctrina del precedente en este vasto escenario. Nosotros nos enfocaremos exclusivamente en el estudio del *case law* federal en el ámbito de los tribunales federales, con particular énfasis en los precedentes en materia constitucional.⁶ Por tanto comenzaremos por describir cuál es la organización del sistema de tribunales federales para, poste-

⁵ Sobre la distinción entre precedentes persuasivos y precedentes vinculantes, véanse Bronaugh (1987, pp. 217 y ss.) y Hardisty (1979, pp. 41 y ss.). Este último autor se refiere a los precedentes vinculantes como "stare decisis precedents" y a los persuasivos como "non-stare decisis precedents".

⁶ Es importante destacar que los tribunales federales en aquellos litigios en los que tienen que aplicar el derecho de algún estado están vinculados a la interpretación que del mismo haya establecido el Tribunal Superior del estado del que se trate. Lo mismo sucede cuando un tribunal estatal tiene que aplicar derecho federal para resolver la disputa; los precedentes del Tribunal Supremo de los Estados Unidos son vinculantes. En aquellos casos en los que no exista doctrina establecida por esos máximos tribunales, los jueces inferiores, sean estatales o federales, sólo han de otorgarle fuerza persuasiva a los precedentes de las otras jurisdicciones. En este sentido, el estudio de la dinámica del *case law* federal, en principio, también abarca la actividad de los tribunales de los estados. Sin embargo, un estudio tan vasto sobrepasa con mucho los objetivos de este trabajo. De ahí que nosotros nos limitemos a describir la dinámica del sistema de precedentes del *case law* federal en el ámbito de la jurisdicción de los tribunales federales. Cabe señalar, no obstante, que en el resto de los sistemas judiciales, el *stare decisis* opera básicamente con las mismas reglas que en la jurisdicción federal. La doctrina del precedente es una sola y se aplica por igual tanto en la jurisdicción federal como en las múltiples jurisdicciones estatales. Para un claro ensayo sobre la relación entre derecho federal y el derecho de los estados que explica por qué en algunos supuestos los tribunales federales tienen que aplicar derecho de los estados y viceversa, véase Hart (1954, pp. 489 y ss.). Asimismo, respecto de la jurisdicción de Tribunal Supremo para revisar las sentencias de los tribunales superiores de los estados cuando resuelven alguna cuestión de derecho federal, véase Bator et al. (1988, pp. 479-532).

riormente, analizar los principios básicos que determinan cuáles son los precedentes vinculantes y cuáles sólo tienen fuerza persuasiva, para cada uno de los órganos jurisdiccionales que conforman este sistema.

II. Organización del sistema de tribunales federales

1. La concurrencia entre la jurisdicción federal y la de los estados

La sección segunda del artículo III de la Constitución estadounidense, como ya señalamos, define el ámbito jurisdiccional de los tribunales federales, y lo hace con base en el principio cardinal de distribución de competencias del federalismo norteamericano: la jurisdicción de los tribunales federales es *limitada*, esto es, circunscrita a determinadas materias de interés nacional. Todas aquellas disputas fuera de los límites que demarca la Constitución para el ejercicio de la potestad jurisdiccional federal deben considerarse como parte del ámbito *exclusivo* de la jurisdicción de los tribunales estatales.⁷

Ahora bien, de acuerdo con dicho precepto constitucional, aquellos casos que afecten a embajadores o a cualquier otro representante de algún país extranjero, así como en los que alguna entidad federativa sea

⁷ Bajo este criterio, el mencionado precepto constitucional enumera los casos y controversias que pueden ser materia de un litigio ante un Tribunal federal. Dichos asuntos, de acuerdo con Abraham, pueden ser clasificados en dos grandes categorías: 1) aquellos en que se otorga jurisdicción en función de la *materia* del asunto y 2) aquellos en los que la jurisdicción está en función de las *partes* que acuden a juicio. Dentro del primer grupo, según el artículo III, los tribunales federales pueden conocer de a) los casos en los cuales se plantean alguna cuestión de derecho federal (*federal question*), esto es, en los que el litigio lo gobierna una norma de carácter federal, sea la Constitución, un tratado internacional o cualquier disposición legislativa o reglamentaria y b) los casos en materia de derecho marítimo y almirantazgo. Dentro de la segunda categoría, tenemos que los tribunales federales pueden ser competentes para resolver i) controversias en las que el gobierno central sea parte, ii) en las que dos o más estados sean parte; iii) en las que el litigio sea entre ciudadanos de distintos estados; iv) en las que algún embajador o cualquier otro representante de un país extranjero sea parte; v) en las que dos ciudadanos de un mismo estado estén disputando concesiones de tierra (*land grants*) bajo títulos expedidos por distintos estados (1993, p. 154).

parte, la Corte Suprema debe tener jurisdicción originaria, es decir, debe conocer de ellos en primera y única instancia.⁸ El resto de los asuntos enumerados por el artículo III podrán constituir la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo.⁹ El Congreso es quien tiene que determinar la extensión de dicho ámbito jurisdiccional, dentro de los límites, claro está, que marca el propio precepto constitucional. También le corresponde al Congreso definir el ámbito jurisdiccional de los tribunales federales inferiores.

Así, del texto del artículo III no se puede concluir que los casos y controversias enumerados están excluidos de la jurisdicción de todo tribunal estatal. Con excepción de los casos que conforman la jurisdicción originaria del Tribunal Supremo, el artículo III no crea un derecho constitucional a que los litigios que versen sobre las materias enumeradas deban ser necesariamente resueltos por un tribunal federal. Por consiguiente, los tribunales de los estados podrán conocer de tales asuntos, a no ser que el legislador federal disponga lo contrario¹⁰. En este sentido, el artículo III es ante todo una norma límite para el Congreso, a quien se le otorgan poderes plenarios para definir la extensión del ámbito jurisdiccional de todos los tribunales federales inferiores, así como la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema.¹¹

⁸ Cuando analicemos cuál es el ámbito jurisdiccional actual del Tribunal Supremo, veremos cómo la normativa vigente configura esta jurisdicción originaria, ya que, aunque en repetidas ocasiones la Corte Suprema ha señalado que su jurisdicción originaria la puede ejercer sin que sea necesario que previamente el Congreso apruebe una ley con esa finalidad, lo cierto es que la legislación ha construido dicha jurisdicción, haciéndola concurrente con otros tribunales en algunos supuestos. Véase Bator et al. (1988, pp. 295-361).

⁹ El texto constitucional después de señalar los asuntos materia de la jurisdicción originaria de la Corte Suprema dispone: "In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court *shall* have appellate Jurisdiction".

¹⁰ Véase Bator et al. (1988, pp. 362-404).

¹¹ Según señala McGowan, el artículo III constitucional podría ser interpretado de otro modo: se podría afirmar que una vez que el Congreso decide crear los tribunales federales inferiores, la Constitución, por sí misma, les otorga a éstos la totalidad del ámbito jurisdiccional federal que establece el artículo III de la norma suprema. Ésta era la interpretación que sostenía Joseph Story, juez del Tribunal Supremo de 1811 a 1845; sin embargo, esta interpretación nunca prevaleció. Desde que se constituyó la primera legislatura federal hasta hoy se acepta que la extensión de la jurisdicción de los tribunales federales inferiores y de la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo es una

El Congreso, al establecer por ley dicho ámbito jurisdiccional, ha ido otorgando paulatinamente a los tribunales federales la competencia para conocer de todos los casos y controversias enumerados en el artículo III, pero sólo en algunas materias les ha concedido dicha jurisdicción en forma exclusiva. La regla general ha sido que en el ámbito de la jurisdicción federal exista concurrencia entre los tribunales estatales y federales, salvo que algún precepto legal federal disponga lo contrario.¹² Asimismo, en aquellos casos en los que existe concurrencia, la parte que demanda (*the plaintiff*) es quien tiene el derecho de elegir el tribunal (federal o estatal) ante el cual va a ejercitar su acción.¹³

2. La estructura jerárquica de los tribunales federales

El título 28 del United States Code (USC) compila toda la regulación existente con relación al sistema de tribunales federales, en concreto, el capítulo I de dicho título 28 regula la organización de los tribunales federales, y el capítulo IV delimita el ámbito jurisdiccional de éstos.

De acuerdo con la normativa vigente, el sistema de justicia federal presenta una estructura piramidal: en la base se encuentran los tribunales

cuestión de política legislativa y, como tal, le corresponde al Congreso resolverla (1969, pp. 25 y ss.).

¹² Existen algunas materias en las que el Congreso le ha otorgado jurisdicción *exclusiva* a los tribunales federales, tal es el caso de los asuntos en materia de delitos federales, derecho marítimo y almirantazgo, derecho de quiebras, derecho de patentes y marcas, impugnación de actos de las agencias federales administrativas, así como relativos a la aplicación de la Ley Federal Antimonopolios (Sherman Antitrust Act), y a la Civil Rights Act de 1964, entre otras. Sobre la concurrencia de las dos jurisdicciones y sus excepciones, véase Field, Kaplan, Clermont (1990, pp. 182-204 y 824-872).

Por otra parte, cabe advertir que según Meador, un estudio empírico del National Center of State Courts demuestra que en el periodo de 20 años que abarca de 1959 a 1979 el número de cuestiones de derecho federal (*federal questions*) resueltas en los tribunales supremos de los estados se triplicaron. Asimismo, un estudio de las resoluciones de dichos máximos tribunales en 1983 constata que en más de 25% de sus sentencias de ese año se decide alguna *federal question* (1991, p. 21).

¹³ Sobre cuáles pueden ser los criterios para la selección del tribunal (federal o estatal) que más le conviene al demandante para presentar su demanda en aquellos casos en los que existe concurrencia de jurisdicciones, véase Field, Kaplan, Clermont (1990, pp. 182 y ss.).

de primera instancia (federal district courts); en el nivel intermedio, los tribunales federales de apelación (circuit courts of appeals), y en la cúspide, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (United States Supreme Court), como última instancia de apelación. Paralelamente a este núcleo básico de tribunales, existen algunos juzgados especializados que conoce en primera instancia de litigios en determinadas materias, así como los denominados tribunales legislativos. Pasemos pues a describir someramente cada uno de estos órganos jurisdiccionales que conforman el sistema judicial federal.

a. Tribunales federales de distrito

Los denominados *District Courts*, en la gran mayoría de casos, son la puerta de entrada al sistema judicial federal. Como tribunales de primera instancia les corresponde la ardua labor de instruir el proceso judicial. Como veremos, la gran mayoría de los litigios terminan ante los tribunales de distrito, ya que sólo un porcentaje reducido de asuntos son *de facto* recurridos en apelación. De ahí que se pueda afirmar que estos tribunales constituyen el "centro principal de la actividad del sistema judicial federal" (Baum, 1990, p. 26).

El ámbito jurisdiccional de estos tribunales es bastante amplio. En principio tienen facultad para conocer de 1) los delitos federales; 2) de asuntos que planteen alguna cuestión de derecho federal (*federal questions*) siempre que el litigio exceda el monto de cincuenta mil dólares¹⁴; 3) casos en los que las partes sean ciudadanos de distintos estados, siempre que también el valor de la controversia exceda los 50,000 dólares;¹⁵ 4) los

¹⁴ Es importante resaltar que los casos dentro de la denominada "federal question jurisdiction" representan el volumen más importante de litigios que se ventilan ante la jurisdicción federal. Baum analiza las estadísticas de los tribunales federales en 1987, en las cuales se puede apreciar que la mitad de los asuntos que llegaron a los tribunales federales de primera instancia durante ese año lo hicieron argumentando la existencia de una *federal question* (1990, p. 29).

¹⁵ Tanto en los casos en los que se discute una cuestión de derecho federal, como en los litigios entre ciudadanos de diversos estados, el acceso a los tribunales federales, como se puede apreciar, está en función de la cuantía. Los asuntos que no excedan los 50,000 dólares, tendrán que ser

asuntos en derecho marítimo y almirantazgo, y 5) casos en los que se impugne actos de algunas de las agencias administrativas federales.¹⁶

La jurisdicción territorial de los diversos tribunales federales de primera instancia se determina a partir del sistema de distritos. El Congreso dividió el vasto territorio norteamericano en diversos distritos, asignando a cada tribunal jurisdicción sobre uno de ellos, de ahí el nombre de *district courts*. Por lo menos existe un tribunal de distrito por cada estado; sin embargo, los estados con una alta densidad poblacional han sido seccionados en diversos distritos y, por tanto, cuentan con un mayor número de juzgados federales de primera instancia.

Cada juzgado de distrito cuenta con uno o varios jueces, según la cantidad de trabajo que exista en el distrito judicial respectivo¹⁷. Sin embargo, con independencia de cuál sea el número de jueces que conforman el tribunal, los asuntos siempre se deciden por uno solo juez. La única excepción a esta regla es el caso del *three-judge district court*. Este tribunal se erige sólo para decidir los casos materia de su jurisdicción y luego desaparece. Está compuesto por dos jueces de distrito y un juez de un tribunal de apelación. La finalidad es que los asuntos de una especial envergadura no sean decididos, en primera instancia, por un solo juez. Las sentencias de este órgano jurisdiccional son apelables directamente ante la Corte Suprema, la cual, en estos casos, no cuenta con el poder discrecional que caracteriza el ejercicio de su jurisdicción de apelación.¹⁸

resueltos forzosamente por los tribunales estatales, y los que sí alcancen dicho monto podrán ser ventilados ante los tribunales federales o los estatales, según lo decida el demandante. Al respecto, véase Abraham (pp. 155-157).

¹⁶ Esta es una forma esquemática de describir el ámbito jurisdiccional de los Tribunales de Distritos. Las secciones 1330 a 1368 del título 28 del USC establecen el conjunto de reglas que definen dicho ámbito jurisdiccional.

¹⁷ En la sección 133, inciso (b)(2), del título 28 del USC, contiene una lista de todos los juzgados de distrito y el número de jueces que tiene cada uno. Las diferencias entre un tribunal y otro, en este aspecto, son significativas. Por ejemplo, mientras que en 1995 el Eastern District Court de Oklahoma tenía un solo juez de distrito, el Eastern District Court de Nueva York contaba con 28 jueces.

¹⁸ La sección 1253 del título 28 del USC así lo determina. El hecho de que el Tribunal Supremo no pueda ejercer su jurisdicción de apelación de modo discrecional, ha sido una de las razones por las

El ámbito jurisdiccional de los *three-judge district courts* está estrictamente delimitado. Hoy en día estos tribunales conocen de los casos en los que se impugna la demarcación de los distritos legislativos, ciertos litigios que tengan que ver con aplicación de la Civil Rights Act de 1964, la Voting Act de 1965 y la Federal Election Campaign Act de 1974.¹⁹

Asimismo, en cada juzgado de distrito existe al menos un *bankruptcy judge* encargado de resolver los litigios en materia de quiebras. Dicho juez es designado por el tribunal de apelación al que está adscrito el juzgado respectivo. Estos jueces tienen un rango inferior al resto de los miembros que integran el tribunal de distrito. La sección 151, del título 28, del USC señala que "los *bankruptcy judges* deben desempeñarse como *oficiales judiciales* de los Tribunales de Distrito". Sus decisiones son revisables en apelación por el propio tribunal de distrito o bien por un *panel* formado por tres *bankruptcy judges* designados conjuntamente por los miembros del juzgado de distrito y del tribunal de apelación.²⁰

cuales el legislador cada vez limita más el ámbito jurisdiccional de estos tribunales y por la que algunos magistrados del Tribunal Supremo han abogado por su desaparición. Al respecto, Abraham (p. 160).

¹⁹ Sobre esta cuestión, véanse Baum (1990, pp. 31-32) y Murphy y Pritchett (1986, pp. 86 y 87). Según señalan estos autores, los *three-judge district courts* surgen en 1903, cuando el Congreso decide que es conveniente que los asuntos que tenían que ver con la aplicación de la Ley Federal Antimonopolios (Sherman Antitrust Act) no quedasen en manos de un solo juez. En 1910, el Congreso, haciendo caso de los reclamos de los gobiernos estatales quienes habían protestado por el hecho de que los jueces de Distrito, por sí solos, estuviesen declarando inconstitucionales algunas de sus leyes, decide aprobar una ley a efecto de que los casos en donde se revisase la constitucionalidad de las leyes estatales se decidiesen también por un *three-judge district court*. Sin embargo, en la década de 1970, los asuntos que tenían que ser resueltos por este tipo de tribunales habían aumentado considerablemente (321 en 1973), provocando graves ineficiencias y rezagos en la impartición de justicia. Por consiguiente, en 1976 el Congreso aprueba una nueva ley en la que limita su jurisdicción y en 1989 vuelve a aprobar otra ley en la cual la limita aún más. Ello ha hecho que se reduzca considerablemente el tipo de asuntos que hoy en día pueden ser resueltos en este tipo de tribunales. En el ámbito de su jurisdicción ya no está el control constitucional de las leyes estatales.

²⁰ Según señala Baum, la figura del *bankruptcy judge* surge en 1973 a efecto de que los jueces de distrito pudiesen hacer frente al creciente número de asuntos en materia de quiebras que se tramitaban año con año. En 1978 el Congreso decide modificar el estatus subordinado de dichos jueces y aprueba una ley en la que se les desvincula de los tribunales de distrito y les confiere jurisdicción exclusiva en materia de quiebras. Sin embargo, los miembros del Poder Judicial no vieron con buenos ojos dicha reforma y en 1982 el Tribunal Supremo declara inconstitucional la ley. En 1984 el legislador aprueba una nueva ley en la cual establece la subordinación de los *bankruptcy judges* a los jueces de distrito, pero determina que sus nombramientos no dependerán de los miembros del

b. Tribunales federales de apelación

Los tribunales federales de apelación, también llamados tribunales de circuito, son los encargados de revisar en apelación las sentencias dictadas por los tribunales federales inferiores. Actualmente existen 13 tribunales federales de apelación. El ámbito jurisdiccional de cada uno de éstos se determina a través del sistema de circuitos. El territorio nacional se dividió en 12 circuitos y se estableció un tribunal de apelación en cada uno de ellos. El decimotercer tribunal de apelación tiene jurisdicción sobre el denominado Circuito Federal.

Por lo que toca a los primeros 12 tribunales, cada circuito agrupa un número específico de entidades federativas y, en principio, el tribunal de apelación de cada circuito tiene jurisdicción para revisar las sentencias dictadas por todos los jueces de distrito que se encuentren dentro de la circunscripción territorial de su circuito,²¹ así como las decisiones del Tribunal Federal en Materia Tributaria (US Tax Court), al que más adelante nos referiremos. Además, los tribunales de apelación tienen jurisdicción para revisar o ayudar a la ejecución de los actos provenientes de las agencias administrativas que desempeñan alguna función cuasi-judicial, sin necesidad de que previamente exista una sentencia de algún juez de distrito.²²

tribunal de distrito (como sucedía con la regulación de 1973), sino que estarán en manos de los tribunales de apelación (1990, pp. 30-31).

²¹ Por ejemplo, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito tiene jurisdicción en Alaska, Arizona, California, Guam, Hawái, Idaho, Montana, Nevada, las Northern Marina Islands, Oregon y Washington. Toda esta extensión territorial abarca 16 distritos, lo cual significa que el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito tiene jurisdicción para revisar en apelación las sentencias dictadas por los 16 tribunales de distrito adscritos al noveno circuito. La sección 41, del título 28 del USC determina los estados que comprenden cada uno de los circuitos.

²² Según señala Abraham (pp. 162-167), la obligación de revisar y hacer ejecutar los actos de algunas agencias administrativas constituye lo que se podría denominar la jurisdicción originaria de los tribunales de apelación, esto es, son casos que no tienen que ser decididos previamente por un juez de distrito y que por consiguiente no llegan al tribunal en carácter de sentencias en apelación. Las reglas específicas para la determinación de la jurisdicción de los tribunales federales de apelación se pueden consultar en las secciones 1291 a 1295, del título 28, del USC.

En cuanto al ámbito jurisdiccional de Tribunal de Apelación del Circuito Federal (Court of Appeals for the Federal Circuit), en primer término, conoce en apelación de las sentencias de todos los jueces de distrito en materia de patentes y marcas y en aquellos asuntos en los que se reclama algún tipo de responsabilidad pecuniaria al gobierno federal. También es competente para revisar las decisiones de tres de los tribunales federales especiales de primera instancia: el Tribunal Federal de Reclamaciones (US Court of Federal Claims), el Tribunal de Comercio Internacional (Court of International Trade) y el Tribunal de Apelación de Veteranos (Court of Appeals for Veterans Claims).²³

Cada tribunal de circuito, al igual que los juzgados de distrito, tiene varios jueces, entre seis y veintiocho aproximadamente.²⁴ Los asuntos siempre se deciden por salas (*panels*) formadas por tres miembros. La composición de estos *panels* cambia mes con mes, con lo que se busca evitar que exista una diferencia constante respecto del modo como se comporta cada una de las salas.²⁵

c. Tribunal Supremo de los Estados Unidos

El Tribunal Supremo es el árbitro final en cuestiones que tengan que ver con interpretación y aplicación del derecho federal. El artículo III constitucional, como hemos señalado, establece que la jurisdicción del Tribunal Supremo es originaria en algunos supuestos y de apelación en otros. Por lo que respecta a la jurisdicción originaria, la Decimoprimer Enmienda y el desarrollo legal del artículo III han limitado el ámbito que en principio definía dicho artículo para su ejercicio, haciendo que en algunos supuestos la jurisdicción originaria sea concurrente con la de otros tribunales.²⁶ Es importante destacar que los asuntos que llegan por

²³ La sección 1295 del título 28 del USC determina la jurisdicción de la United States Court of the Federal Circuit.

²⁴ La sección 44, inciso a, del título 28 del USC establece el número de jueces que integran cada Tribunal de Apelación.

²⁵ Al respecto, Meador (1991, pp. 2&5-27).

²⁶ Así, de acuerdo con la sección 1251 del título 28 del USC, el Tribunal Supremo tiene jurisdicción originaria y exclusiva en dos únicos supuestos: 1) los disputas entre dos o más estados y 2) las

esta vía siempre han sido muy escasos.²⁷ Los casos más relevantes, tanto por el impacto de las decisiones, como por la cantidad, siempre han llegado a través de su jurisdicción de apelación.

El ámbito de la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo es muy extenso, ya que tiene competencia para revisar las sentencias de 64 tribunales de apelación: las de los 13 tribunales federales de apelación, las del Tribunal Militar de Apelación y las decisiones de los 50 tribunales supremos de los estados en donde se aborda o resuelve alguna cuestión de derecho federal.²⁸ El número potencial de casos que cabe en este marco es exorbitante, de ahí que el Tribunal Supremo ejercite su jurisdicción de apelación fundamentalmente de modo discrecional, seleccionando, a través del *writ of certiorari*, los asuntos que merecen ser revisados por él.²⁹

En algunos casos expresamente determinados por el legislador existe la apelación "como derecho" (*appeals as of right*), a través de la denominada *writ of appeal*. En los asuntos que llegan al tribunal por esta vía, el ejercicio de su jurisdicción es obligatorio. Distintas reformas legales han ido

acciones legales en contra de embajadores o cualquier otro representante de otro país. En cambio, tiene jurisdicción originaria pero concurrente: 1) en los casos en donde sean los embajadores o representantes de otro país los que interpongan la demanda (los *district court* también pueden conocer de estos asuntos), 2) en los litigios entre el gobierno de Estados Unidos y uno de los estados, y 3) los asuntos en los que un estado demanda a un ciudadano de otro estado o a un extranjero. En estos dos últimos supuestos, según la Decimoprimer Enmienda, es necesario obtener autorización de la entidad federativa respectiva para poder litigar tales asuntos ante el Tribunal Supremo. Con esta enmienda quedó prácticamente inoperante en estas materias el ejercicio de la jurisdicción originaria por parte del Tribunal Supremo.

²⁷ Según Abraham desde 1789 hasta 1992 sólo en 165 ocasiones el Tribunal Supremo ha ejercitado su jurisdicción originaria (p. 171).

²⁸ Cabe advertir que la jurisdicción del Tribunal Supremo, en cuanto árbitro final de las decisiones de los tribunales supremos de los estados se limita a la revisión de las cuestiones de derecho federal resueltas por dichos tribunales. En ningún caso puede entrar a decidir cuestiones de derecho de los estados. Toda vez que la distinción entre cuestiones de derecho federal y cuestiones de derecho estatal nunca es demasiado clara, ya que frecuentemente se encuentran entrelazadas, el Tribunal Supremo, a lo largo de su historia, ha tenido que ir definiendo, a partir de un gran número de decisiones, cuáles son las sentencias de los tribunales supremos de los estados que pueden ser materia de apelación ante ese máximo tribunal. El estudio de esta cuestión es sumamente complejo, para una primera aproximación a este tema, véase Bator et al. (1988, pp. 533-691).

²⁹ De total de asuntos que llegan a la Corte Suprema cada año, aproximadamente 90% lo hacen por la vía del *certiorari*, y de éstos, sólo 5% son acogidos por el Tribunal para ser revisados.

reduciendo los asuntos materia del *writ of appeal*, extendiéndose, por consiguiente, el ámbito de la jurisdicción de apelación discrecional. En 1988 el Congreso aprobó una ley en la que confina a la *writ of appeal* únicamente las sentencias dictadas por los *three-judge district court*.³⁰

El Tribunal Supremo está integrado por nueve jueces: el presidente del Tribunal (*chief justice*) y ocho magistrados (*associate justices*). Todos son designados por el presidente de Estados Unidos y ratificados por el Senado, y desempeñan su cargo en forma vitalicia. Los asuntos que crean doctrina vinculante siempre se resuelven en Pleno.

d. Tribunales federales especiales

Los tribunales federales especializados tienen una jurisdicción determinada en función de la materia (*subject-matter jurisdiction*). Dentro de esta categoría tenemos, en primer término, al Tribunal de Comercio Internacional (Court of International Trade), que es competente para revisar las decisiones de los agentes aduanales que determinan el monto de las tasas o aranceles de los bienes de importación. Tiene su sede en Nueva York y se compone por nueve jueces. Los casos se deciden en salas formadas por tres miembros. Sus decisiones son apelables, como hemos señalado, ante el Tribunal de Apelación del Circuito Federal.³¹

Asimismo, la denominada US Court of Federal Claims (Tribunal Federal de Reclamaciones) tiene jurisdicción para conocer, en primera instancia, de las demandas de los particulares en contra del gobierno federal en las que se reclama algún tipo de responsabilidad patrimonial de un ente público federal.³² La mayoría de los casos que llegan a este tribunal

³⁰ Al respecto, véase, Abraham (pp. 173-174).

³¹ Véase, Abraham (pp. 152-153). El funcionamiento de este tribunal, así como el modo de nombrar a los jueces que lo integran, está regulado en el capítulo 11, secciones 251 a 257, del título 28 del USC.

³² Es importante advertir que los tribunales de distrito son competentes para determinar la responsabilidad económica del gobierno federal en los denominados *tort cases*, es decir, cuando el daño

tienen que ver con el posible incumplimiento de contratos públicos o con asuntos relativos a expropiaciones. Está compuesto por 16 jueces, pero los asuntos son decididos por uno solo. Tiene sede en el Distrito de Columbia y sus decisiones son apelables también ante el Tribunal de Apelación del Circuito Federal.³³

e. *Tribunales federales legislativos*

La existencia de los tribunales federales legislativos no se deriva del artículo III de la Constitución, como sucede con los órganos jurisdiccionales hasta ahora mencionados, sino del artículo I de la Constitución,³⁴ la sección octava, cláusula novena, señala que el Congreso podrá "hacer todas las leyes que sean necesarias y adecuadas para llevar a cabo la ejecución de todos los poderes que esta Constitución confiere al Gobierno de los Estados Unidos". Esta cláusula ha dado lugar a la doctrina del Tribunal Supremo acerca de los denominados "poderes implícitos" del legislador federal. Dentro de estos poderes implícitos se le ha reconocido potestad legislativa para configurar los denominados tribunales federales legislativos o *legislative courts*.

Las diferencias entre los tribunales legislativos y aquellos creados conforme al artículo III son fundamentalmente dos. En primer término, los jueces de los tribunales federales legislativos no gozan de los mismos derechos que los del Poder Judicial federal. El artículo III otorga a estos últimos el derecho a la inamovilidad vitalicia en el cargo y a recibir un salario que nunca puede ser disminuido por el Congreso; sin embargo, como las *legislative courts* son creadas con fundamento en el artículo I

económico es causado por un acto distinto del incumplimiento de algún contrato. Todo lo que no sea propiamente un *tort case*, es jurisdicción de la Court of Claims.

³³ El capítulo VII, secciones 171 a 180, del título 28 del USC regula el funcionamiento de este tribunal.

³⁴ A los tribunales cuya existencia se deriva del artículo III se les denomina "tribunales federales constitucionales" o *constitutional courts*, denominación que nos abstendremos de utilizar por la confusión que ese término puede provocar a los juristas españoles.

se considera que a sus jueces no les son aplicables dichas prerrogativas constitucionales.³⁵ En segundo término, y probablemente la diferencia más importante, es que los tribunales legislativos no sólo realizan funciones jurisdiccionales. Según Abraham, es común que este tipo de tribunales estén facultados para realizar además alguna función de naturaleza administrativa, o inclusive legislativa (1962, p. 143).

Actualmente existen tres *legislative courts*: el Tribunal Federal en materia Tributaria (US Tax Courts),³⁶ el Tribunal Militar de Apelación (Court of Appeals for the Armed Forces)³⁷ y el Tribunal de Apelación de Veteranos (Court of Appeals for Veterans Claims).³⁸ Es importante destacar que todas las decisiones de estos órganos jurisdiccionales son revisables en apelación por algún tribunal del Poder Judicial federal.

Básicamente éste es el organigrama de los tribunales de la jurisdicción federal. Ahora bien, y volviendo al tema principal que nos ocupa, cada uno de estos órganos jurisdiccionales está vinculado a determinados precedentes, mientras que otros precedentes sólo tendrán fuerza persuasiva. En el siguiente apartado analizaremos cómo, con base en el ámbito jurisdiccional de cada tribunal, el principio de *stare decisis*, con su fuerza vertical y horizontal, ordena el *case law* federal.

³⁵ Sin embargo, como señala Abraham, ello no quiere decir que el legislador no pueda otorgarles a los jueces de las *legislative courts* las mismas prerrogativas que tienen por derecho constitucional los jueces del poder judicial federal (1962, p. 144).

³⁶ El Tribunal Federal tiene jurisdicción para resolver las quejas en contra de las decisiones del Commissioner of Internal Revenue en materia de cobro y determinación de los impuestos federales. Aunque se considera que es un solo tribunal, tiene distintas sedes a lo largo de toda la Unión americana. Cuenta con varios jueces, pero las sentencias las emite un solo juez. Las decisiones de este tribunal son apelables ante el tribunal federal de apelación cuyo circuito abarque el lugar geográfico de la sede que emitió la resolución.

³⁷ El Tribunal Militar de Apelación revisa las sentencias de los tribunales castrenses inferiores (*martial courts*). En algunos supuestos su jurisdicción se ejerce de modo discrecional y en otros de forma obligatoria. Las sentencias de este tribunal son apelables ante el Tribunal Supremo, quien en todo caso puede ejercer su jurisdicción de modo discrecional.

³⁸ El Tribunal de Apelación de Veteranos tiene jurisdicción exclusiva para revisar las decisiones del Board of Veterans' Appeals que denieguen las prestaciones económicas reclamadas por los excombatientes de guerra que prestaron sus servicios a las Fuerzas Armadas norteamericanas. Sus decisiones pueden recurrirse en apelación ante el Tribunal de Apelación del Circuito Federal.

III. Las dimensiones vertical y horizontal del principio de *stare decisis*

El principio de *stare decisis* organiza el *case law* con base en criterios muy claros. Dicho principio establece tanto la vinculación de los órganos jurisdiccionales a los precedentes de otros tribunales (*stare decisis* vertical), como la autovinculación de cada tribunal a sus propias reglas de decisión (*stare decisis* horizontal).³⁹

En el primer supuesto, la fuerza vertical del principio de *stare decisis* ordena el *case law* en forma jerárquica, otorgando un valor o fuerza de obligar a cada precedente en función del lugar que en la pirámide judicial ocupe el tribunal del que emanó la decisión con valor de precedente. Según dicho principio, todo órgano jurisdiccional queda vinculado a la doctrina establecida por los tribunales de rango jerárquico superior que tienen jurisdicción para revisar sus decisiones. Ello, tratándose de los tribunales federales, se traduce en las siguientes dos reglas:

a) Los jueces de primera instancia, sea un tribunal federal de distrito, alguno de los tribunales federales especiales o de los denominados tribunales legislativos, están vinculados jerárquicamente a los precedentes

³⁹ Es importante destacar que tratándose de los términos "*stare decisis* vertical" y "*stare decisis* horizontal" no existe una absoluta uniformidad en la doctrina norteamericana ni en la inglesa. Mucha de la bibliografía que hemos revisado, al referirse a la doctrina del *stare decisis*, lo hace únicamente en el sentido de autovinculación al precedente o *stare decisis* horizontal, y considera que la vinculación vertical al precedente no es producto de la doctrina del *stare decisis*, sino una consecuencia natural de la estructura jerárquica del Poder Judicial. Por otro lado, también existen referencias bibliográficas, principalmente inglesas, en las que el concepto amplio de *stare decisis* comprende ambos tipos de vinculación, la horizontal y la vertical. En nuestro caso hemos optado por diferenciar ambas formas de vinculación a través de los conceptos de *stare decisis* vertical y *stare decisis* horizontal. Ello porque, por un lado, diferimos de quienes opinan que la vinculación vertical al precedente sea una consecuencia natural de la estructura jerárquica del Poder Judicial y por ello no podemos referirnos al *stare decisis* sólo en el sentido de autovinculación. Y, por el otro, las características y forma de operar del *stare decisis* vertical son distintas de aquellas con las que opera el *stare decisis* horizontal, por tanto, no nos parece correcto referirnos a ambas formas de vinculación al precedente con un mismo término. Sobre los problemas para designar la vinculación vertical al precedente bajo el concepto de *stare decisis*, véanse Thurmon (1992, pp. 422 y 437) y Marshall (1989, p. 177, nota 1).

establecidos por el Tribunal Supremo y por el tribunal de apelación con jurisdicción para revisar sus sentencias.⁴⁰

b) Los tribunales de apelación sólo están vinculados a los precedentes establecidos por el Tribunal Supremo; el resto de los precedentes de los tribunales federales, sin importar cuál sea su rango, sólo tienen fuerza persuasiva.

A partir de estas dos simples reglas se ordena en forma jerárquica todo el *case law* federal. Para describir los efectos jurídicos de la vinculación jerárquica en el sistema de precedentes federales podemos recurrir a la noción de lo que hemos denominado "subsistemas de *case law*". Cada subsistema está constituido por las decisiones del tribunal de apelación y de los tribunales de primera instancia que se encuentran dentro del ámbito jurisdiccional de su circuito. Ya que existen 13 tribunales de apelación es posible concebir un mismo número de subsistemas.

Dentro de cada subsistema, de acuerdo con el principio *stare decisis* vertical, los precedentes del tribunal de apelación vinculan a todos los tribunales inferiores adscritos a su circuito. Además, el tribunal de apelación puede revocar cualquier criterio de decisión utilizado por un juez inferior.

La fuerza vinculante de los precedentes del tribunal de apelación sólo opera dentro de su propio subsistema; los precedentes establecidos por cualquier otro tribunal fuera del circuito sólo tendrán fuerza persuasiva,

⁴⁰ Como se pudo apreciar en el apartado anterior, el organigrama de los tribunales federales es relativamente complejo en la primera instancia, ya que existen muchos tipos de órganos jurisdiccionales; sin embargo, prácticamente en todos los casos, la segunda instancia se lleva a cabo ante algún tribunal de apelación. Las dos excepciones a esta regla son los casos resueltos por el Tribunal Militar de Apelación y las denominadas *three judge district court*, cuyas sentencias son revisables directamente por el Tribunal Supremo. Asimismo, y por lo que respecta al modo como se determina la jurisdicción de los tribunales de apelación, como también ya señalamos, ello se hace con base en el sistema de circuitos, que no es otra cosa que la demarcación territorial de las diversas jurisdicciones, salvo el denominado circuito federal que tiene una jurisdicción con base en asuntos determinados.

salvo, claro está, los precedentes del Tribunal Supremo. Esto es, entre los distintos "subsistemas de *case law*" no opera la vinculación al precedente. De este modo, la demarcación territorial del circuito viene a determinar, de acuerdo con nuestras categorías jurídicas, el ámbito de validez espacial de los precedentes de cada subsistema.

En la cúspide de estos 13 subsistemas se encuentra el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Las decisiones de ese máximo tribunal son las únicas que guardan un vínculo jerárquico con todos y cada uno de los precedentes que integran el *case law* federal. Esa superioridad jerárquica de los precedentes de la Corte Suprema provoca la revocación de cualquier regla establecida por los tribunales inferiores que vaya en contra de su doctrina, además de que todos los tribunales del país, federales y estatales, quedan vinculados a sus decisiones.

Cabe destacar que la fuerza del *stare decisis* vertical hace que los tribunales de primera instancia no desempeñen propiamente la función de proveer reglas, ya que los precedentes establecidos por los tribunales de rango superior con jurisdicción para revisar sus sentencias siempre tienen mayor fuerza vinculante que sus propias decisiones. Además, las decisiones de un juez de primera instancia nunca vinculan a otros tribunales; inclusive, al interior de los juzgados de distrito que, como señalamos, están conformados por varios jueces que resuelven los asuntos individualmente, los criterios judiciales de un juez no vinculan a sus colegas de tribunal, a lo mucho, pueden llegar a tener fuerza persuasiva.⁴¹ En este sentido, los jueces de primera instancia no desempeñan la función institucional. Cuando los norteamericanos señalan que las decisiones judiciales contienen "reglas de aplicación general", se refieren a una generalidad que va más allá de la vinculación de cada juez a sus

⁴¹ Al respecto el juez federal del Distrito de Massachusetts Wyzanski señala que el juez de primera instancia puede seguir los precedentes de sus colegas de tribunal por consideraciones de equidad (dar un trato a los iguales), aunque ello no le impide decidir apartarse de tales reglas de aplicación del derecho por considerar que su contenido no es fruto de una "reflexión madura" sobre la cuestión de derecho que define (1952, p. 1299).

propias decisiones. Para que el *case law* sea efectivamente un modo de producción normativa es preciso que tenga impacto real tanto en cómo se desarrollan los procesos judiciales, como en la manera en que los agentes jurídicos organizan su vida en sociedad. Ello requiere que cada precedente sea una pauta abstracta de conducta, por decirlo de algún modo, para un grupo amplio de jueces. El principio de *stare decisis* vertical se encarga de que sea así.⁴²

No basta, sin embargo, con la vinculación vertical al precedente para que las decisiones judiciales sean un mecanismo de producción normativa. Se requiere, además, que el tribunal que establece la doctrina sea consistente con sus propias decisiones,⁴³ de tal modo que, a partir de la metodología de "caso por caso", prototípica del *common law*, determine cuáles son esas reglas de aplicación general que han de seguir los jueces vinculados verticalmente a los precedentes de ese tribunal.⁴⁴ De ahí que

⁴² Al respecto, Carrington, Meador y Rosenberg afirman: "Trial courts working independently have no self-regulating capacity to promote uniformity among their decisions. Without appellate review, such great divergences in practices and variations in results would arise between trial courts in the same system that they would jeopardize the belief that legal principles are a vital force in their decisions or provide a basis for predicting the application of official power. Accordingly, appellate courts are needed to announce, clarify, and harmonize the rules of decision employed by the legal system in which they serve" (1976, p. 3).

⁴³ Que el juez sea consistente con sus propias decisiones significa que cada vez que dicta una sentencia lo haga con base en los estándares y criterios utilizados en decisiones anteriores como una norma de autocongruencia. Lyons lo expresa en estos términos: "one must apply the same standards to all cases that one is not honestly prepared to distinguish on principled grounds. That does not tell us what cases to distinguish or more generally what principles to apply. But does tell us to be faithful to our own deepest values, whatever they may be, and to judge specific matters accordingly" (1985, p. 506). Esta misma idea de consistencia la desarrolla Gascón, para referirse a la autovinculación al precedente en España, quien sostiene que el apego del juez a sus propios precedentes finalmente constituye una exigencia de una argumentación racional (1993).

⁴⁴ El libro clásico que describe cómo funciona la elaboración de la doctrina en los tribunales con jurisdicción de apelación es el de Llewellyn, *The Common Law Tradition* (1960). En éste se describe, a partir del análisis de muchos casos concretos, cuáles son los factores que mueven a un juez a alcanzar el fallo o resultado de su sentencia. Llewellyn contrasta el tipo de razonamiento jurídico de las decisiones judiciales de principios del siglo XIX con aquel que caracteriza a las sentencias de los tribunales cuando la ciencia jurídica americana da el giro hacia el formalismo jurídico. En todo caso, lo que es interesante apreciar en este extenso y complejo trabajo es el papel central que juegan los precedentes en el razonamiento judicial de los tribunales de apelación y cómo los jueces buscan ante todo demostrar que sus sentencias están de acuerdo con la doctrina previamente establecida, inclusive cuando distinguen la regla del precedente y crean una nueva para resolver el caso en cuestión.

el principio de *stare decisis* también tenga fuerza horizontal o, dicho de mejor forma, el *stare decisis* también establece la vinculación de cada tribunal a sus propias decisiones.

La autovinculación al precedente sólo opera en los tribunales con jurisdicción de apelación (Corte Suprema y Tribunales de Apelación). Ello es así porque el *stare decisis* horizontal está íntimamente relacionado con la función de los tribunales de proveer reglas jurídicas de aplicación general para futuros litigios similares (función institucional). Los tribunales de primera instancia, como señalamos, son fundamentalmente para resolver disputas y administrar justicia al caso concreto. La capacidad para crear doctrina vinculante está concentrada en los órganos jurisdiccionales de apelación.

Para que un órgano jurisdiccional sea capaz de establecer reglas que vinculan a otros tribunales, es preciso que les otorgue fuerza de obligar a sus propias decisiones. Es de especial relevancia, como iremos viendo, que los tribunales que desempeñan la función institucional articulen una línea coherente de casos, esto es, que sus decisiones entretejan un cuerpo ordenado de reglas.⁴⁵ De lo contrario, no podría configurarse ningún tipo de doctrina vinculante, además de generar desconcierto e incertidumbre en los tribunales inferiores y en los litigantes.⁴⁶

Bajo este esquema estático, el principio de *stare decisis* no ofrece mayores dificultades.⁴⁷ Sin embargo, como hemos destacado, el sistema de *case*

⁴⁵ Al respecto, véase Carrington, Meador y Rosenberg (1976, pp. 11 y ss.).

⁴⁶ Como se analizará en el capítulo 4, en el corazón de todo sistema de *common law* descansa la premisa básica de que ningún precedente permanece aislado, las decisiones judiciales van construyendo cadenas de precedentes y el *stare decisis* horizontal hace que los tribunales que tienen a su cargo la función de proveer reglas lo hagan en forma coherente y ordenada. Llewellyn sostiene que todo abogado de un sistema de *case law* tiene que aprender a agrupar casos; tiene que poder insertar cada decisión judicial en la cadena de precedentes que le corresponde. El manejo de la denominada "técnica del *common law*" implica, en buena medida, poder elaborar esas cadenas de precedentes y encontrar el lugar que le corresponde a cada decisión judicial dentro del *case law* (1991, pp. 48 y ss.).

⁴⁷ Este esquema estático del principio de *stare decisis* y la idea de un orden de *case law* en base a subsistema no tiene nada que ver con el modo como los norteamericanos abordan esta cuestión.

law sólo puede ser analizado desde su propia dinámica, ahí se pueden apreciar sus rasgos distintivos y los múltiples problemas que encierra el principio de *stare decisis* en la práctica judicial estadounidense. El análisis de la dinámica del sistema se efectuará en otros capítulos. Por ahora basta con destacar que la vinculación vertical al precedente opera de modo estricto: los tribunales inferiores no pueden modificar ni revocar la doctrina establecida por los tribunales superiores con jurisdicción para revisar sus sentencias. En cambio, tratándose de la autovinculación al precedente, el *stare decisis* establece una obligación condicional: los propios precedentes vinculan siempre que no existan razones sustantivas para apartarse de ellos y así renovar la doctrina.

Ahora bien, es preciso tomar en cuenta que el principio de *stare decisis* marca importantes diferencias entre los tribunales federales en cuanto a las funciones que cada uno de ellos está llamado a desempeñar dentro del sistema de impartición de justicia. No es lo mismo, en términos del *case law*, una sentencia de un tribunal de apelación que una de la Corte Suprema. Tampoco es igual el modo como en cada uno de los tres niveles jerárquicos de los tribunales se equilibra la tensión entre la función de resolver disputas y la de proveer reglas. Es importante tener en mente estas diferencias para luego analizar, en los siguientes capítulos, la dinámica del sistema de precedentes.

C. La tensión entre la función de resolver disputas y la función de proveer reglas jurídicas en los tribunales federales

"En el corazón del poder judicial federal descansa la tensión entre lo concreto y lo abstracto" (Dorf, 1994, p. 1997). Por un lado, como señalamos, el artículo III constitucional, a través del denominado *case and*

No es posible comprender en qué consiste la vinculación al precedente sin analizar el *case law* en su aplicación, esto es, viendo la perspectiva dinámica del sistema. Nosotros consideramos didáctico exponerlo así en un primer plano, para luego movernos hacia los aspectos más complicados que encierra este tema.

controversy requirement, limita el ejercicio de la función jurisdiccional a la resolución de disputas concretas, en el cual intereses jurídicos subjetivos estén en juego, prohibiendo que los tribunales se pronuncien sobre cuestiones abstractas, hipotéticas o contingentes a la disputa. Pero, por otro lado, el valor de precedente de las sentencias hace que éstas sean necesariamente abstractas y generales.

El modo como se resuelva esta tensión entre lo abstracto y lo concreto, entre el pasado y el futuro, entre la función de resolver disputas y la de proveer reglas, condiciona el grado de generalidad y abstracción con que se determine la regla que establece un precedente. Si se estima que la función más importante de los tribunales es la de resolver disputas y que la función de proveer reglas sólo es un derivado de la primera, entonces la regla del precedente será definida concretamente y siempre delimitada por las circunstancias fácticas del caso. Si se sostiene lo contrario, esto es, que la función de proveer reglas es una función valiosa en sí misma y que la resolución de disputas, sin desaparecer por completo de la mente del juzgador, no es el objetivo principal de la sentencia, entonces la regla que establece el precedente será más general y no necesariamente circunscrita por los hechos materia de la litis.⁴⁸ Detrás de ambas posiciones descansa uno de los problemas cardinales de todo sistema de *common law*: cuál ha de ser alcance y el ámbito del poder normativo de los jueces, cuán amplia debe ser la facultad de los tribunales para crear derecho.⁴⁹

En el siguiente capítulo analizaremos las distintas técnicas para definir la regla que establece el precedente y sus implicaciones. Sin embargo, este equilibrio entre la función de proveer reglas y la de resolver disputas

⁴⁸ Sobre este tema en particular ahondaremos en el siguiente capítulo, sin embargo, para una buena explicación de por qué ello es así véase, fundamentalmente, Eisenberg (1988, pp. 51-76).

⁴⁹ Un interesante estudio acerca de cómo finalmente la tensión entre resolver disputas o crear reglas tiene como telón de fondo dos modelos de función jurisdiccional es el de Spann (1983, pp. 585 y ss.). Según el autor el *dispute-resolution model of adjudication* hace énfasis en la función de resolver disputas, mientras que el *expository model of adjudication* pondera más la función de proveer reglas. Spann analiza ambos modelos y argumenta en favor del segundo.

también se puede analizar desde el punto de vista de la organización jerárquica de los tribunales. No cabe duda de que la fuerza con la que opera el *stare decisis* vertical, en sí misma, hace que la relación entre una y otra función sea distinta dependiendo del nivel jerárquico del tribunal. En este apartado analizaremos esa cuestión, aclarando de antemano que para los norteamericanos la tensión entre lo abstracto y lo concreto a la que se refiere Dorf no se resuelve únicamente a partir de la organización jerárquica de los tribunales.

Los tribunales de distrito son fundamentalmente órganos para resolver disputas y administrar justicia en el caso concreto. Como señalamos, la fuerza del *stare decisis* vertical hace que no desempeñen propiamente la función de proveer reglas generales. En contraposición, es en estas primeras instancias judiciales en las cuales la función de resolver disputas concretas adquiere, como en ninguna otra instancia judicial, una dimensión muy importante.

El modo como se desarrolla y se concibe el proceso judicial de primera instancia en Estados Unidos se diferencia en forma importante respecto de los procesos judiciales de los sistemas de *civil law*.⁵⁰ Según Damaska,

⁵⁰ Sobrepassa con mucho el objeto de este trabajo de investigación abordar el estudio del procedimiento judicial estadounidense. Sin embargo, la nota distintiva que los estudios de derecho comparado parecen resaltar es el papel central que juegan las partes a lo largo del proceso. Si bien es cierto que en ambos sistemas el proceso es de naturaleza contradictoria (confrontación de dos peticiones contrapuestas), también es verdad que en Estados Unidos el papel del juez de primera instancia es mucho más pasivo que en el de los sistemas continentales. Una vez que se presenta la demanda y se da respuesta a ésta, existe toda una fase denominada "*pre-trial*", en la que cada una de las partes asume la responsabilidad de descubrir y explorar las pruebas de su adversario. Así, por ejemplo, si la parte que demanda tiene interés en interrogar antes del juicio a su oponente, sus abogados le mandan una notificación a los del demandado especificando el lugar y la hora en donde se realizará tal interrogatorio. Generalmente dichos interrogatorios se llevan a cabo en los propios despachos de los abogados defensores ante la presencia de un oficial judicial. Lo mismo sucede con las pruebas documentales: las partes están obligadas a mostrar los documentos que apoyan su versión de los hechos. Este *pre-trial* puede tomar varios meses. Al final de éste pueden suceder muchas cosas, entre ellas, que las partes lleguen a un acuerdo y el asunto se sobresea (*dismiss*), o bien que decidan continuar con el mismo pero modifiquen sus peticiones iniciales. En todo caso, el *pre-trial* define la materia de la *litis* y lo hace a través de un proceso en el que los abogados, y no el juez, desempeñan el papel activo. Por otra parte, el modo como se desarrolla el juicio, la forma de exhibir las pruebas, la importancia que tiene los testimonios y la comunicación oral en detrimento de las pruebas docu-

una diferencia importante entre los procesos judiciales de la Europa continental y los de los sistemas de *common law*, singularmente el estadounidense, es que en los primeros la apelación no es un evento extraordinario, sino casi una secuencia del mismo procedimiento; la revisión es, en la práctica judicial, una cuestión de rutina o al menos altamente probable que suceda. En contraposición, en el sistema estadounidense, la apelación se considera un proceso extraordinario y separado de la primera instancia; es de esperar que los juicios terminen con la sentencia del primer juez que decide la disputa y que sólo en forma excepcional se recurra su decisión.⁵¹

La primera pregunta que surge es ¿cómo, en el sistema de impartición de justicia norteamericano, la apelación se convierte en un proceso extraordinario y separado de la primera instancia? Ello tiene que ver, por un lado, con las reglas que rigen el proceso judicial en general, tanto ante el juez de primera instancia como ante los tribunales de apelación y, por el otro, con la idea de que el derecho es un cuerpo dinámico, abierto e incompleto y que ante cualquier disputa planteada existen múltiples soluciones posibles.

Por lo que toca a las reglas del proceso judicial, sobrepasa con mucho los objetivos de este trabajo analizarlas, simplemente destacaremos dos

mentales y, por supuesto, el sistema del jurado, son aspectos distintivos del proceso judicial norteamericano y que reflejan una forma de percibir la naturaleza de la función jurisdiccional y la administración de justicia en general. Para una concreta e ilustrativa explicación acerca del modo como se desarrolla el proceso judicial de primera instancia en Estados Unidos, véase Hazard y Taruffo (1993). Y para un interesante estudio de derecho comparado es fundamental el libro de Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process* (1996).

⁵¹ "Far from being a regular sequel to the trial, or normally anticipated further stages of the process, superior review is more in the nature of an extraordinary and independent proceeding. The resulting procedural arrangements come even closer to those that common lawyers usually unreflectively accept, while they strike Continental observers as poor form or as simply bizarre. [...] Judgments can be attacked only where the presumptively final decision maker has failed in such a serious way that his decision is in some sense perverse and his jurisdiction, as it were, forfeited" (1996, pp. 59 y 60). En el mismo sentido Hazard y Taruffo señalan: "In American procedure an appeal is considered a separate proceeding rather than a continuation of the first-instance trial, and it is governed by a distinct body of rules of appellate procedure" (1993, p. 172).

aspectos que nos parecen relevantes. En primer término, en Estados Unidos, las partes cuentan con diversos instrumentos jurídicos que permiten al juez de primera instancia subsanar errores en la aplicación del derecho, inclusive una vez que se ha dictado sentencia. Según Llewellyn (1991, p. 30) es común que la parte perdedora, antes de apelar la sentencia, le dé oportunidad al juez de rectificar sus errores, solicitando que se vuelva a comenzar el juicio de principio a fin (*motion of new trial*), o bien requiriendo al juez que haga a un lado el veredicto del jurado por ser claramente erróneo y decida por sí mismo el asunto (*motion for judgment notwithstanding the verdict*).⁵² Ambos tipos de recursos judiciales, en términos prácticos, aumentan la probabilidad de que la disputa quede resuelta de forma definitiva desde la primera instancia.

En segundo término, tanto las reglas del procedimiento, como la práctica judicial, reconocen que los tribunales de primera instancia o *trial courts* gozan de una amplia discrecionalidad para conducir el proceso. Esta discrecionalidad se traduce, entre otros aspectos, en limitar las cuestiones que pueden ser materia del proceso de apelación. Así, por ejemplo, los errores judiciales que no causen un daño real en los derechos de las partes (*harmless errors*) no son revisables por un tribunal superior. Tampoco lo son las cuestiones de hecho decididas por el juez inferior. La regla general (con importantes excepciones) es que los tribunales de apelación sólo van a revisar las cuestiones de derecho resueltas por el juez federal de primera instancia, sean sustantivas o adjetivas, salvo que la determinación de los hechos sea "claramente errónea", lo cual queda sujeto al criterio del tribunal que revisa la sentencia.⁵³

⁵² La denominada *motion for judgment notwithstanding the verdict* es un mecanismo de control del jurado: si el juez estima que las pruebas no apoyan el veredicto del jurado, entonces puede hacer un lado dicho veredicto, rendir su propia decisión o bien ordenar un nuevo juicio. Carrington al respecto afirma: "Perhaps the most important power of the trial judge conducting a jury trial is the power to set aside the verdict if he disagrees with it, and order a new trial. As long as he exercises his power affirmatively, he is almost immune from review because the new trial lacks sufficient finality for review" (1969, p. 524).

⁵³ Textualmente, la regla 52(a) del Federal Rules of Civil Procedure establece: "Finding of facts shall not be set aside unless clearly erroneous, and due regard shall be given to the opportunity of

Cabe destacar que, como veremos en el siguiente capítulo, en los sistemas de *case law* es particularmente complicado separar de manera rigurosa y absoluta las cuestiones de hecho de las cuestiones de derecho. En la dinámica del sistema de precedentes, hechos y normas siempre están íntimamente implicados y relacionados. No obstante, se supone que en el proceso de primera instancia se fijan los hechos de la litis. Si existe jurado, es a éste a quien le corresponde resolver, con base en las instrucciones del juez, las cuestiones de hecho. Si no existe jurado, entonces el juez tendrá que resolver ambos tipos de cuestiones, las de hecho y las de derecho. Toda vez que no se pueden deslindar radicalmente la *questio facti* y la *questio iuris*, se reconoce que todo juez tiene un margen de discrecionalidad para hacerlo.⁵⁴ Sin embargo, cualquiera que sea su criterio de clasificación, en general se estima que en la primera instancia quedan establecidos cuáles hechos fueron probados efectivamente y cuáles no. En el proceso de apelación, tanto las partes como el tribunal que resuelve, en principio, van a tomar como ciertos los hechos que determinó el juez que instruyó el proceso. Con base en esos

the trial court to judge of the credibility of the witnesses." Cuando un tribunal de apelación debe entrar a analizar la evidencia y valorar el veredicto del jurado en relación con los hechos probados es una cuestión discutida en la academia. Por un lado, hay quienes sostienen que los tribunales de apelación han usurpando funciones de los *trial courts*, al "convertir" cuestiones de hecho en cuestiones de derecho y que, además, el estándar de "claramente erróneo" al que se refiere la rule 52 (a) se ha interpretado en forma muy laxa por esos tribunales. En este sentido es el ensayo de Wright, "The doubtful omniscience of appellate courts" (1957, pp. 751 y ss.). Por otro lado, y rebatiendo precisamente a Wright, Carrington sostiene que la revisión de los hechos no puede ser ajena al proceso de apelación, ya que los hechos y el derecho aplicado están completamente interrelacionados, aunque admite que existen límites en este aspecto para los tribunales de apelación, ya que éstos no son propiamente *trial courts* (1969, pp. 507 y ss.).

⁵⁴ Respecto de la ambigua distinción entre cuestiones de hecho y de derecho con relación al juez de primera instancia y al jurado, Hazard y Taruffo afirman: "When a question of fact is in dispute, the issue is determined through the consideration of conflicting evidence. When a matter of law is in dispute, the issue is determined through the consideration of alternative interpretations of law. [...] The division of function between judge and jury makes necessary to maintain a corresponding distinction between issues of law and issues of fact. However, the distinction is to an important extent artificial. For example, in a case involving a contract of construction of a building, the key issue can be whether the work was completed according to acceptable standards. This issue can be considered one of law ('in the contract claim the promise must prove the performance on this part') or one of fact ('acceptable performance is the standard actually prevailing in the market'). [...] If the issue is classified as one of law, the resolution of that issue is for the judge; if it is classified as one of fact, its resolution is for the jury" (1993, p. 71).

hechos, y ningún otro, los tribunales con jurisdicción de apelación determinarán aquello que "es el derecho" para el caso que resuelven.⁵⁵

Por otra parte, como ya hemos señalado, para los norteamericanos el derecho es un cuerpo dinámico, abierto e incompleto. Los jueces no piensan en el derecho como un ideal que se encuentra plenamente dado y cristalizado en las normas. Cada juez debe *buscar* el derecho para el caso concreto. La actividad jurisdiccional de los tribunales de apelación se centra en evitar que jueces inferiores sobrepasen las fronteras del derecho; sólo van a corregir los errores judiciales significativos. De punto de partida se presume que no existe una sola respuesta correcta a la disputa planteada y que el derecho no es un dato que le venga dado al juez. Las normas escritas, los precedentes vinculantes y persuasivos, inclusive las leyes de otras jurisdicciones, proporcionan al juez guías para encontrar en cada caso lo que "es el derecho". Los jueces de primera instancia deben demostrar que su sentencia es razonable, que está en concordancia con la doctrina vinculante y que, por tanto, se encuentra dentro de los límites de discrecionalidad con los que cuenta todo juzgador para dar una sentencia justa y conforme a los márgenes de posibilidades que le da el derecho. Las decisiones que están dentro de esos márgenes de razonabilidad por lo general no serán materia de apelación.⁵⁶ En Estados

⁵⁵ Llewellyn sostiene: "Once the jury has rendered its verdict, or the courts has done the like, the legal situation changes. From then on [...] conflicting evidence on all material points have been resolved for keeps against the losing party. [...] From now on, the facts of this case, for the propose of anything that will be done at law are 'settled'; whatever 'facts' are needed to support the verdict, and are themselves supported by the evidence, are for this case '*the facts*'" (1991, p. 29).

⁵⁶ Al respecto existe un acuerdo académico pleno. Así, Damaska sostiene: "Judgments can be attacked only where the presumptively final decision maker has failed in such a serious way that his decision is in some sense perverse and his jurisdiction, as it were, forfeited. If decisions could be reversed on simple ground that they might be wrong, review would of course cease to be an exceptional remedy" (1996, p. 60). En el mismo sentido, Hazard y Taruffo afirman: "The appellate court's responsibility is to determine whether the judgment in the lower court was *erroneous in a significant way*, not whether it was *completely correct* or just in result. It is held that the trial judge has broad "judicial discretion" in many matters, for example, in the administration of evidence and the terms in which the jury is instructed. It is also held that "harmless errors" describes mistakes that, in the appellate court's estimate, had no substantial prejudicial effect on the rights of the parties" (1993, pp. 178-179) (énfasis añadido). Finalmente, Carrington, Meador y Rosenberg señalan: "The traditional appeal calls for an examination of the rulings below assure that they are at least within the *range of error the law*

Unidos, según Posner (1985, p. 64), el 90% de los juicios termina en primera instancia.

Detrás de estas cuestiones procesales y de este modo de concebir la función jurisdiccional descansa una premisa básica del sistema de impartición de justicia estadounidense: existe una clara diferencia cualitativa en las funciones que están llamados a desempeñar los tribunales de primera instancia y los tribunales con jurisdicción de apelación (Corte Suprema y tribunales federales de apelación). Los primeros son, lo que los norteamericanos denominan, "tribunales para resolver disputas", su actividad jurisdiccional se dirige a decir el derecho en un caso concreto, esto es, respecto de determinados actos, bienes o situaciones que afectan a personas concretas; la fuerza de obligar de su resolución se produce solamente con relación al caso resuelto.

En contraposición, el ejercicio de la jurisdicción de apelación tiene como finalidad "algo más" que corregir los errores de los jueces inferiores en la aplicación del derecho y resolver una disputa entre dos agentes sociales bien definidos. Los efectos jurídicos del principio de *stare decisis* vertical hacen que tales tribunales, al resolver un caso concreto, busquen a su vez establecer una regla general que sirva de guía al resto de los tribunales y que resuelva el problema de la indeterminación del derecho. En este sentido, en Estados Unidos la apelación por lo general no es un mero control de la juridicidad de las sentencias de los jueces inferiores, ya que a través del ejercicio de la jurisdicción los tribunales se constituyen en órganos competentes para establecer reglas de aplicación general en futuros litigios.⁵⁷

for sufficient reasons allows the primary decision-maker. The availability of the appellate process assures the decision-makers of the first level that their judgments will not be, or appear to be, the unconnected actions of isolated individuals, but will have the concerted support of the legal system" (1969, p. 2) (énfasis añadido).

⁵⁷ Posner analiza con claridad las importantes diferencias entre las funciones que desempeñan los tribunales federales dependiendo de lugar que ocupen en la jerarquía judicial. El autor coincide con la distinción entre tribunales de primera instancia como órganos para resolver disputas y los tribunales con jurisdicción de apelación como órganos de producción normativa (1985, pp. 3-14).

En principio, que el caso concreto sea resuelto conforme a derecho es quizá la principal función de los tribunales de primera instancia, ya que ellos no desempeñan la función de proveer reglas de aplicación general.⁵⁸ Una vez que el caso asciende a un tribunal superior, la resolución del caso concreto comienza a entrar en tensión con la función institucional que se lleva a cabo en los tribunales con jurisdicción de apelación.

Ahora bien, también existe una diferencia importante entre el papel que desempeñan los tribunales intermedios y la Corte Suprema. Los tribunales federales de apelación casi siempre son la segunda instancia judicial de cualquier procedimiento del orden federal. El control de la juridicidad de las decisiones de los jueces inferiores es una cuestión que concierne básicamente a estos tribunales; es en este nivel de la jerarquía judicial en donde los errores graves de los jueces inferiores pueden ser subsanados. El hecho de que la Corte Suprema, en el ejercicio de su jurisdicción de apelación, sea generalmente una tercera instancia de revisión y que, además, dicha jurisdicción sea ejercitada de modo discrecional, hace que en la práctica sus decisiones tengan que ver más con la denominada función institucional que con la fiscalización de los errores cometidos por los tribunales inferiores al resolver el caso concreto. Por ello, a los tribunales intermedios les corresponde el control judicial de las decisiones de los jueces de primera instancia.⁵⁹

⁵⁸ Al respecto el magistrado del Tribunal Superior de Massachusetts Lummus afirmó hace ya varios años: "A little reflection should convince that we must depend mainly upon the trial courts for the doing of justice according to law in particular cases" (1937, p. 5).

⁵⁹ Posner señala que desde el momento en que se crearon los tribunales de apelación federales, en 1891, el papel de la Corte Suprema comienza a transformarse. El ejercicio de la jurisdicción de apelación de ese máximo tribunal será básicamente asegurar que la función de proveer reglas de los tribunales intermedios se realice en forma correcta, consistente y con determinados parámetros de uniformidad. Ello, según el autor, justifica que la Corte pueda ejercer su jurisdicción de forma discrecional, ya que, por un lado, no se requiere que dicho máximo tribunal controle la juridicidad de las decisiones de los jueces de primera instancia; esta cuestión pasó a ser una tarea de los tribunales intermedios y, por el otro, la necesidad de una tercera instancia de revisión sólo se justifica por razones distintas y de alguna forma "independientes" de la justicia del caso concreto. El constatar que existen tales "razones" queda a discreción del máximo tribunal (1985, pp. 7-15).

Por otra parte, los tribunales federales de apelación, además de resolver el asunto en concreto y de valorar el impacto que puede tener su sentencia en las partes que litigan el asunto, tienen que preocuparse por generar principios y reglas que guíen y uniformen la práctica judicial al interior de cada uno de los circuitos y que serán autoridad para otros agentes sociales distintos de esos litigantes en concreto. El resolver cuestiones que tienen que ver con el pasado y con los protagonistas del litigio y, al mismo tiempo, proveer reglas para la sociedad y hacia el futuro, es un conflicto que se hace del todo evidente en las decisiones de los tribunales federales de apelación.⁶⁰

En ocasiones, dichos tribunales se limitan a controlar los errores graves de los jueces inferiores, sin desempeñar la función de proveer reglas. El hecho de que aproximadamente la mitad de las sentencias de dichos tribunales no se publiquen, indica que ese mismo número de casos tiene que ver únicamente con la denominada *review of correctness*.⁶¹ Sin embargo, la otra mitad de sus sentencias —las que efectivamente son publicadas— son decisiones que constituyen precedentes vinculantes para los jueces adscritos a su circuito. Además, cabe destacar que, como veremos más adelante, la posición de los tribunales de apelación en el organigrama judicial hace que desempeñen un papel fundamental en el desarrollo de la propia doctrina de la Corte Suprema. El máximo tribunal marca las directrices generales que ha de seguir la doctrina judicial, sobre todo en materia constitucional, y los tribunales intermedios desarrollan y completan tal doctrina caso por caso.

⁶⁰ Al respecto se pueden ver Pound (1941a, pp. 3-6); Hufstedelr (1971, pp. 910-912) y Carrington, Meador y Rosenberg (1969, pp. 2-4).

⁶¹ Posner afirma: "There is a rule of thumb for determining whether a particular decision involves only dispute resolution: whether or not the decision is published. An unpublished decision is unlikely to create new rule or modify an old one". Más adelante sostiene: "This increasing ratio of law creation to dispute resolution as one moves up the judicial hierarchy is also shown by the increasing ratio of published to unpublished decisions. [...] In the federal system, for example, a very small fraction of district court opinions is published, about half of the court of appeals opinions are published, and all of the Supreme Court's opinions are published" (1985, pp. 4 y 15).

Ahora bien, tratándose del Tribunal Supremo, es claro que su papel dentro del sistema de impartición de justicia tiene que ver fundamentalmente con los procesos de elaboración de la doctrina vinculante en todo el país. Los efectos jurídicos del *stare decisis* vertical hacen que la función institucional sea más importante conforme se va ascendiendo en la jerarquía judicial y que la función de corregir los errores del caso concreto disminuya en la misma proporción. La posición de la Corte Suprema en el sistema judicial norteamericano, tanto como árbitro final de cuestiones constitucionales y legales, como único punto de convergencia de todos los tribunales del país, le exige trascender los límites del caso concreto a resolver, para proveer de directrices y reglas generales vinculantes para que el resto de los tribunales puedan desarrollar con uniformidad el derecho federal.⁶²

Podríamos incluso sostener que, mientras que los tribunales de apelación buscan, entre otras cosas, controlar los graves errores judiciales cometidos por el tribunal de primera instancia en cuanto a la justicia

⁶² Cabe destacar que la importancia que *de facto* adquiere la función institucional que desempeña el Tribunal Supremo, debido a la posición única que tiene en el sistema judicial norteamericano, entra en conflicto con el denominado *case and controversy requirement* del artículo III constitucional. Sin embargo, un sector importante de la doctrina académica reconoce abiertamente que el Tribunal Supremo dista mucho de ser un tribunal de resolución de disputas. Parece claro que el hecho de que prácticamente cuente con absoluta discrecionalidad para elegir los asuntos sobre los que se va a pronunciar y que además actúe, casi siempre, como tercera instancia de revisión, hacen que la corrección de errores cometidos por los tribunales de apelación o los jueces de distrito dejen de ser una tarea fundamental de ese máximo tribunal. En este sentido, Summers y Atiyah sostienen: "It seems no exaggeration to conclude that-whatever the judges may say-most (or at least many) courts of last resort in America see their primary function not as that of correcting errors in the lower courts, nor as that of exercising a general oversight of the functioning of the lower courts, but as that of making law for the future. As long ago as 1927, even son moderate judge as Cardozo expressed the view that the state's highest court existed not for the 'individual litigants, but for the indefinite body of litigants. Today, though the trend is now under attack, it is very widely accepted that American appellate courts have a broad social function as innovators of desirable change, especially in matters of public law" (1987, pp. 273-74). Por su parte, y en el mismo sentido, Estreicher y Sexton afirman: "We believe that the Court should recognize the inappropriateness of the nineteenth-century model of direct intervention and move toward a view of its role as manager of a system of courts involved in the development of sound, nationally binding federal law. The Court can no longer act to ensure that justice is done in the particular case; its responsibility is to manage a system whose goal is to provide justice" (1984, p. 717).

del caso concreto concierne, el Tribunal Supremo, al revisar las sentencias de los tribunales de apelación, busca controlar la propia función institucional que se lleva a cabo en esas segundas instancias judiciales, dejando bastante de lado la corrección de errores del caso concreto.⁶³

En suma, el conflicto entre la justicia del caso concreto y la tarea de proveer reglas tiene diferentes ponderaciones según el lugar que ocupe cada tribunal en el organigrama judicial. La fuerza del *stare decisis* vertical hace que conforme el caso va ascendiendo en la jerarquía judicial, su resolución y la justicia concreta vayan perdiendo importancia y que la función de proveer reglas aumente en importancia. Bajo esta premisa se tienen que estudiar las decisiones de cada tribunal y así valorar su impacto y alcance como precedentes vinculantes.

Ahora bien, siendo los tribunales con jurisdicción de apelación los encargados de establecer la doctrina vinculante, el estudio del sistema de precedentes se centra en la actividad de éstos. Una característica básica de los órganos jurisdiccionales de apelación es que son órganos colegiados, esto es, compuestos por varios jueces. Sus decisiones, por tanto, se toman con el voto mayoritario de los miembros que lo integran. En el último apartado de este capítulo analizaremos, precisamente, los mecanismos intraorgánicos que permiten controlar la autovinculación al precedente y los diversos tipos de decisiones que existen de acuerdo con las distintas formas en la que un órgano colegiado puede llegar a emitir sus resoluciones.

⁶³ Los denominados *egregious cases* son una excepción a esta regla. Según Ahumada, en estos asuntos, que en realidad son muy poco frecuentes, el ejercicio de la jurisdicción de apelación de tribunal supremo se circunscribe a corregir los errores judiciales de los tribunales de apelación que son demasiado injustos para el peticionario del *certiorari* o implican una desviación flagrante de la justicia. El Tribunal concede el *certiorari* acompañado de una revocación o anulación de la sentencia del inferior por *summary disposition*, esto es, sin esperar al juicio plenario en apelación. En estos *egregious cases* el Tribunal Supremo está actuando básicamente como un tribunal de corrección de errores y sus decisiones no tienen valor de precedente (1994, p. 129).

D. El principio de *stare decisis* horizontal en órganos jurisdiccionales colegiados

I. La autovinculación al precedente en los tribunales federales de apelación

En los tribunales de apelación la fuerza horizontal del precedente opera entre los diversos *panels* o salas de decisión.⁶⁴ En términos de la doctrina vinculante, las reglas contenidas en las decisiones de cada *panel* son las que establece el tribunal para el resto de los órganos jurisdiccionales adscritos al circuito.⁶⁵ Por consiguiente, es indispensable que los distintas salas actúen como si fuesen un único órgano, esto es, que traten a los precedentes de otras salas como si fuesen los propios.

A pesar de que la Corte Suprema tiene competencia para revocar la doctrina de cualquier tribunal de apelación, hasta ahora no ha querido controlar la *autovinculación* al precedente de tales tribunales. Así, el Tribunal Supremo puede en todo momento decidir que la doctrina de un tribunal de apelación es una de mal derecho (*bad law*) y, por tanto, establecer una regla nueva que, en virtud del *stare decisis* vertical, tiene que seguir el tribunal de apelación en cuestión. En cambio, la Corte no revocará una sentencia de un tribunal de apelación porque un *panel* no siguió la doctrina establecida por el propio tribunal de apelación, esto es, porque no se autovinculó a los precedentes establecidos por sus colegas de tribunal. En otras palabras, hasta ahora, en virtud de la propia doctrina de la Corte Suprema, la vinculación horizontal al precedente,

⁶⁴ En la sección de este capítulo dedicada a la organización de los tribunales federales se mencionó que cada tribunal de apelación tiene varios jueces (entre seis y veintiocho aproximadamente), sin embargo, los asuntos se resuelven en salas (*panels*) formadas por tres de sus miembros.

⁶⁵ En este aspecto hay un acuerdo doctrinal pleno. "Each such panel, or division, of the court is considered to be the court of appeals and its decisions carry full weight of the court" (Madden, 1974, p. 401); "Although all but one of the eleven United States courts of appeals consist of more than three judges, panels are three ordinarily hear and decide appeals, and the decision of the panel is deemed the decision of the court of appeals" (Alexander, 1965, p. 563). "Every three-judge panel of a circuit court of appeals is the court for the propose of circuit precedent" (Bennett y Pembroke, 1986, p. 536).

en el caso de los tribunales de apelación, no se controla a través del sistema de recursos judiciales. El Tribunal Supremo no ha querido actuar como árbitro de los conflictos de precedentes en el interior de cada tribunal de apelación.

Casi siempre que se le ha solicitado al máximo tribunal que revise la autovinculación al precedente de un determinado tribunal de apelación, ni siquiera ha garantizado el *certiorari*.⁶⁶ En forma excepcional, en *Wisniewski v. United States*,⁶⁷ la Corte decide pronunciarse sobre la cuestión y en una breve sentencia *per curiam*⁶⁸ establece claramente que es responsabilidad exclusiva de los tribunales de apelación el mantener la uniformidad y coherencia de su doctrina.

En *Wisniewski v. United States* el Tribunal de Apelación del Octavo Circuito, a través de lo que se denomina el proceso de certificación,⁶⁹ solicita a la Corte Suprema resuelva un conflicto de precedentes entre dos *panels* y decida cuál de los dos precedentes debe considerarse como

⁶⁶ Al respecto véanse las sentencias *Davis v. United States*. 417 U.S. 333, p. 340, (1974) y *United States ex rel v. Johnson*, 316 U.S. 649, núm. 315, (1942). Mientras que en el sector académico se sigue discutiendo si la Corte debe en todo caso resolver los conflictos de precedentes entre distintos tribunales de apelación, prácticamente nadie cuestiona que los conflictos intraorgánicos se deben resolver por el propio tribunal de apelación sin que intervenga la Corte. Al respecto, véanse Alexander (1965, pp. 582 y ss.); Bennett y Pembroke (1986, pp. 537 y ss.), y Stevens (1982, pp. 183 y ss.). Este último autor (exmagistrado del Tribunal Supremo) sostiene que mientras los conflictos de precedentes entre tribunales tienen algunas ventajas para el sistema, los conflictos al interior del tribunal de apelación son intolerables y lo único que traen consigo es confusión para las partes litigantes y los jueces de primera instancia.

⁶⁷ 353 U.S. 901 (1957).

⁶⁸ En el siguiente apartado analizaremos qué es una sentencia *per curiam*. A modo de síntesis, este tipo de decisiones tienen que ver con asuntos que el Tribunal Supremo considera claros e incontrovertibles, por tanto, da una decisión unánime, sin una exhaustiva motivación y sin que se identifique el nombre del ponente.

⁶⁹ El procedimiento de certificación es bastante excepcional; en éste el tribunal de apelación le solicita a la Corte Suprema que le dé instrucciones de cómo resolver la cuestión de derecho que tiene enfrente; la Corte puede dar instrucciones vinculantes o solicitar le envíen todo el expediente para que ella decida. Ahumada señala que el tribunal supremo no se considera obligado a responder a estas consultas, de tal modo que el ejercicio de jurisdicción también en estos casos es discrecional (1994, p. 98). Sobre una breve explicación de en qué consiste las denominadas *certified questions*, así como un comentario a la sentencia de *Wisniewski v. United States*, véase "Federal appellate practice: certified question on a division opinion between two panels of a Court of Appeals Dismissed" (1958, pp. 432 y ss.).

la regla vinculante en el octavo circuito; a lo que el Tribunal Supremo respondió:

Indudablemente este asunto plantea el problema de qué hacer cuando hay dudas acerca de la fuerza vinculante de una decisión de un *panel* del mismo Tribunal. Cualquiera que sea el procedimiento que siga el Tribunal de Apelación para resolver este problema —la administración de justicia exige consistencia en las decisiones de los distintos *panels* de un Tribunal de Apelación— lo cierto es que las dudas acerca de cuál deba ser la fuerza de obligar que merezca la decisión de otro *panel*, no justifican solicitar ante este Tribunal el ejercicio de una facultad jurisdiccional tan excepcional como lo es la de certificación. *Es una tarea fundamental de los Tribunales de Apelación el resolver por sí solos sus dificultades internas.*⁷⁰

En la práctica, la uniformidad de las decisiones al interior de cada tribunal de apelación se controla a través de mecanismos orgánicos. En primer término, como ya señalamos, la composición de las salas cambia mes con mes, con lo que se intenta evitar que exista una diferencia constante respecto de cómo se comporta cada una de las salas.

En segundo término, en caso de que uno de los *panels* no esté respetando cabalmente la doctrina del tribunal, a petición de la parte afectada o por iniciativa de los jueces de éste, se puede hacer que el caso se reexamine *en banc*, es decir, que el asunto se vuelva decidir por el tribunal reunido en Pleno.⁷¹ De ese modo, a través del denominado procedimiento *en*

⁷⁰ 353 U.S. 901, (1957), p. 902 (traducción propia, énfasis propio).

⁷¹ La regla 35 de la legislación que regula el procedimiento ante los tribunales de apelación (Federal Rules of Appellate Procedure) determina en qué casos se puede resolver un asunto *en banc*. En concreto, dicha regla establece dos supuestos: a) "cuando se requiere de todos los miembros del Tribunal para asegurar o mantener la uniformidad en sus decisiones" o b) "cuando el caso concreto se refiera a cuestiones de excepcional importancia". La solicitud para que se oiga un caso *en banc* puede hacerse a petición de una de las partes litigantes, o bien por los jueces del propio tribunal. Es importante destacar que dicha petición puede hacerse desde el momento en que se presenta el recurso de apelación, o una vez que la sala ha emitido su fallo. Este último supuesto es lo que permite un control intraorgánico efectivo de la vinculación horizontal al precedente entre los distintos

banc, cada tribunal de apelación controla la uniformidad y congruencia de su propia doctrina, que no es otra cosa que hacer efectivo el principio de *stare decisis* horizontal al interior del órgano.⁷²

El procedimiento para resolver un asunto *en banc* lo establece la regla 35 de la legislación, que lo regula ante los tribunales de apelación (Federal Rules of Appellate Procedure).⁷³ Sin embargo, la textura abierta de la norma ha permitido que los tribunales adapten el procedimiento *en banc* a sus propias necesidades; el principal problema que presenta es la dificultad de los tribunales de apelación para tomar decisiones en Pleno,

panels, pues el Tribunal reunido en Pleno se encarga de revocar las sentencias de las salas que se separen de su propia doctrina. El hecho de que el Tribunal *en banc* pueda revisar las decisiones de un *panel*, e inclusive revocarlas, ha hecho que un sector de la doctrina se cuestione si el Tribunal *En Banc* es una nueva instancia judicial entre el *panel* y la Corte Suprema, véase Madden (1974, pp. 418 y 419).

⁷² Es interesante observar que el procedimiento *en banc* surge primero como una práctica en el interior de los tribunales de apelación; la regulación por ley aparece varios años después. En la medida en que fue aumentando el número de asuntos, el número de jueces de cada tribunal tuvo que aumentar también; para 1938 prácticamente todos los tribunales de apelación tenían más de tres jueces. Y, como una especie de efecto en cascada, al aumentar la carga de trabajo del tribunal y la cantidad de jueces, también aumentó el riesgo de conflictos de criterios entre los distintos jueces. Sin embargo, la legislación de esa época no contemplaba ningún mecanismo jurídico para resolver tales conflictos. Por un lado, la Sección 117 del Código Judicial de 1911 (Judicial Code of 1911) establecía que los tribunales de apelación se integrarían por tres jueces, y por otra parte, la sección 118 aumentaba el número de jueces. En la práctica los tribunales decidían los asuntos en *panels* de tres jueces a efecto de armonizar ambos preceptos. Pronto surgieron las discrepancias entre los distintos *panels*. Era imposible que tales órganos jurisdiccionales pudiesen proveer reglas de aplicación general en el ámbito jurisdiccional de su circuito, si no se garantizaba la uniformidad de las decisiones entre los distintos *panels*. Por consiguiente, en 1940 el Tribunal de Apelación del Tercer Circuito estableció que cuando existiesen distintos puntos de vista entre los miembros del tribunal los asuntos se resolverían por el Pleno (*Commissioner v. Textile Mills Sec. Corp.*, 117 F.2d 62, p. 71, 3d. Circuit, 1940). Se cuestionó ante la Corte Suprema la legalidad de tal sentencia, bajo el argumento de que violaba la sección 117 del Código Judicial, el cual disponía que los tribunales de apelación estaban integrados por tres jueces. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de dicho tribunal, unánimemente sostiene que la referida sección 117 quedaba implícitamente reformada por la sección 118, y además reconoce la facultad de los tribunales de apelación para resolver los conflictos de precedentes *en banc*. (*Textile Mills Sec. Corp. v. Commissioner*, 341 U.S. 326, 1941). En 1948 el Congreso regula por primera vez esta cuestión (28 USC 46c) y en 1968 se aprueba la regla 35 antes mencionada, la cual simplemente viene a reconocer mediante ley lo que los tribunales de apelación de hecho hacían desde varios años antes. Sobre los antecedentes históricos del procedimiento *en banc*, véase Alexander (1965, pp. 565 y ss.). Asimismo, para un interesante comentario acerca de la importancia de la sentencia *Textile Mills Securities Corp. v. Commissioner*, véase "The power of a circuit court to sit *en banc*" (1942, pp. 663 y ss.).

⁷³ Para un análisis detallado sobre la regla 35, véase Madden (1974, 407 y ss.).

tanto por la excesiva carga de trabajo de cada uno de los *panels* (reunirse en Pleno a discutir un asunto les puede llevar mucho tiempo), como por la dificultad de llegar a un acuerdo entre tantos jueces; no hay que olvidar que algunos tribunales de apelación tienen hasta 28 jueces.

Lo anterior ha provocado que, según el estudio elaborado por Bennett y Pembroke, los tribunales de apelación hayan optado por agilizar el trámite a través de lo que los autores denominan *mini-en banc procedure*. Tal procedimiento consiste en circular por escrito a todos los miembros del tribunal el proyecto de sentencia (o la sentencia según el caso) del *panel* y, sin que el tribunal tenga que reunirse en Pleno, los jueces hacen llegar al *panel* su voto. La votación se realiza con base en una pregunta muy concreta: ¿debe mantenerse la decisión del *panel* a pesar de que está en conflicto con precedentes del propio tribunal? Evidentemente, cuando el asunto es complicado y no se llega a algún acuerdo a través de este procedimiento, entonces se convoca para que el tribunal se sienta en Pleno a discutir y decidir la cuestión.⁷⁴ Por otra parte, los tribunales de apelación han mantenido absoluta discrecionalidad para decidir si merece o no la pena revisar un caso *en banc*; no basta con que alguna de las partes lo solicite.

II. Los votos particulares y la autovinculación al precedente en el Tribunal Supremo

La posición del Tribunal Supremo de máximo y último intérprete de la Constitución y del derecho federal hace que la fuerza horizontal de sus precedentes tenga una importancia singular. Por un lado, los precedentes de la Corte Suprema son los únicos que vinculan a todos los órganos jurisdiccionales del país, tanto federales como estatales, de ahí que la coherencia en el modo de elaborar su doctrina sea particularmente

⁷⁴ Cfr. Bennett y Pembroke (1986, pp. 544 y ss.). Los autores realizan un análisis detallado del *mini-en banc proceeding* en cada uno de los trece tribunales de apelación. Las reglas varían de un tribunal a otro; nosotros sólo nos hemos referido a los rasgos generales de tal procedimiento.

relevante para asegurar uniformidad y certeza en el derecho.⁷⁵ Por otra parte, al tratarse de un órgano límite (sus sentencias ya no son revisables ante otra instancia judicial) el contenido de su doctrina no puede ser controlado más que por mecanismos externos al sistema judicial. La legitimidad de su actuación por parte del cuerpo político y la sociedad depende, en gran medida, de que sus decisiones y la elaboración de la doctrina vinculante reflejen la utilización del método jurídico más estricto.⁷⁶ En los sistemas de *common law* el apego al precedente es quizá la forma más importante en que el juez demuestra su sometimiento al derecho. Por tanto, en buena medida, la vinculación del Tribunal Supremo a sus propios precedentes es una fuente de legitimidad de su actuación.⁷⁷

Orgánicamente la autovinculación al precedente en la Corte Suprema no presenta dificultades, ya que todos los asuntos que establecen doctrina se resuelven en Pleno. En contraposición, el hecho de que siempre tengan que llegar a un acuerdo nueve jueces (en vez de tres como en el caso de los *panels* del tribunal de apelación), complica el establecimiento de la doctrina vinculante. La fuerza de precedente de las decisiones de la Corte Suprema se debilita, sobre todo en términos del *stare decisis* horizontal, cuando la decisión se toma por un tribunal muy dividido.⁷⁸

⁷⁵ Sobre la singular posición del Tribunal Supremo, capaz de generar un regla final y vinculante para todos los tribunales del país, es famosa la frase del magistrado Jackson: "We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final" (*Brown v. Allen*, 344 U.S. 433, p. 540, 1953). Para una aproximación interesante a esta cuestión, véase Estreicher y Sexton (1984, pp. 715 y ss.).

⁷⁶ Sobre la legitimidad de la Corte Suprema como órgano de control constitucional existe una amplia bibliografía. El tema se ha abordado desde las más diversas perspectivas. Nosotros lo trataremos en capítulos posteriores en relación, obviamente, con el principio de *stare decisis*. Sin embargo, para conocer el estado actual de la cuestión en la doctrina norteamericana, véase Garvey y Aleinikoff (1994, pp. 197 y ss.). En esa obra se publican extractos de los principales artículos y libros que han tratado el tema.

⁷⁷ Al respecto, véanse Monaghan (1988, pp. 739 y ss.); Gerhardt (1991, pp. 83 y ss.). La relación que guarda la autovinculación al precedente y la legitimación de la actuación del Tribunal Supremo como órgano de control constitucional sometido al derecho es una cuestión en la que profundizaremos en los siguientes capítulos.

⁷⁸ En una interesante comparación entre la House of Lords inglesa y la Corte Suprema estadounidense, Summers y Atiyah sostienen que la distinta forma de concebir el derecho en ambos países,

La Corte Suprema, como todo órgano colegiado, emite su decisión con base en el consenso sus miembros. La formulación de una decisión colectiva comienza por la identificación de las alternativas presentes en la discusión. Un magistrado ponente somete a discusión un proyecto de sentencia. Ésta pasará a ser "la opinión del tribunal" (*opinion of the Court* o *majority opinion*) si la mayoría de los miembros está de acuerdo con el razonamiento y el resultado alcanzado por el ponente.⁷⁹

Los *justices* que no comparten dicha opinión mayoritaria pueden expresar sus discrepancias en opiniones separadas, las cuales pueden ser concurrentes o disidentes. Las opiniones disidentes (*dissenting opinions*) se caracterizan por ir en contra del resultado y del razonamiento jurídico de la opinión del tribunal. En contraposición, las opiniones concurrentes (*concurring opinions*) son aquéllas que están de acuerdo con el resultado, mas no con el razonamiento de dicha opinión mayoritaria. En una sola decisión pueden existir varias opiniones separadas tanto disidentes como concurrentes. Generalmente éstas también las elabora un *justice* en particular y se adhieren a ellas otros magistrados del tribunal.⁸⁰

el primero formalistamente y el segundo de modo sustancialista, hace que en Estados Unidos fuese prácticamente impensable que el Tribunal Supremo se dividiese en salas o *panels* para resolver un asunto, mientras que en Inglaterra nadie cuestiona que la House of Lords resuelva la mayoría de los asuntos en salas formadas por cinco *lords* cada una. Los autores explican esta diferencia de la siguiente manera: "The United States Supreme Court is one collegial court, in which all the judges participate in all the decisions (unless a judge is disqualified from sitting in any particular case). But the House of Lords is not a collegial court; it is composed of about ten judges who are qualified to sit, rather than one single court. In practice the House of Lords sits in two panels, usually of five judges each. This difference is highly significant, because it reflects the English belief that it is largely immaterial which judge hears which appeals; in the United States Supreme Court could not possibly sit in panels without a radical change in its functions. It is well known that there are nearly always ideological, if not indeed 'political', divisions of opinion among the judges of the Supreme Court, and given the highly political nature of many of the decisions the court is called upon to make, the composition of a panel would frequently determine the outcome of the appeal. Moreover, given the case selection procedure (...) the body which selected the cases and allocated them to the different panels would become more important than the Supreme Court itself, clearly an impossible state of affairs" (1987, p. 269).

⁷⁹ "In the Supreme Court, an 'opinion of the Court' is written expressing the reasoning agreed upon by the majority. The result plus the reasoning found in the 'opinion of the Court' determine the precedent value of any particular case" ("Supreme Court no-clear-majority decisions. A study in stare decisis", 1956, p. 99).

⁸⁰ En los primeros años de vida del Tribunal Supremo se siguió la práctica de decidir los asuntos con base en el sistema de *seriatim opinons*, esto es, cada *justice*, uno detrás de otro, iba declarando su

El modo como opera el sistema de votos particulares en la Corte Suprema hace que en la resolución de un asunto no necesariamente exista una "opinión del tribunal". El mínimo consenso que tiene que alcanzar el tribunal para resolver un caso es que la mayoría de sus miembros esté de acuerdo con el resultado, esto es que al menos cinco de los nueve *justices* coincidan con quién ha de ser la parte ganadora y quién la perdedora. Ello quiere decir que pueden existir decisiones en las que no exista acuerdo mayoritario acerca del razonamiento jurídico que sustenta la decisión. Estas sentencias se denominan "decisiones plurales" (*plurality decisions*). La nota que las caracteriza es que no existe una "opinión del tribunal"; habrá una serie de opiniones separadas (entre ellas la del magistrado ponente) y una mayoría de magistrados coincidirán con el resultado más no con el razonamiento de la sentencia. En términos prácticos significa que la suma de los votos de las opiniones concurrentes será mayor que la de las opiniones disidentes, pero ninguna de las opiniones tendrá los cinco votos que requiere para ser propiamente la "opinión del tribunal".⁸¹ Si una de las opiniones concurrentes recibe más votos que las otras de su tipo se le denomina opinión plural (*plurality*

opinión personal, sin que existiera una "opinión del tribunal" como tal. Esta forma de emitir decisiones era propia del tribunal inglés de *common law King's Bench*, y la Corte Suprema norteamericana la adoptó como propia. Sin embargo, en 1801, cuando John Marshall asume la presidencia del máximo tribunal, se abandona este sistema. Como destacamos en el primer capítulo, Marshall enfrentó el reto de fortalecer y afianzar la independencia al recién creado poder judicial federal. Una de sus estrategias fue hacer que el Tribunal Supremo decidiera con base en una única opinión —aquella que la mayoría de los *justices* aceptara—, sin que existiesen opiniones separadas ni forma de conocer las discrepancias al interior del tribunal. Ello permitió que Tribunal Supremo se mostrara, ante la comunidad jurídica y política, como un órgano cohesionado y firme y que, por tanto, sus decisiones tuviesen peso y respetabilidad en el complejo escenario político de la época. Este método de "opinión única" no duró muchos años. El magistrado William Johnson, quien en 1804 fue nombrado para ocupar un puesto en la Corte Suprema, pronto se reveló ante esa regla no escrita de una única opinión, y en su primer caso emitió una opinión concurrente (*Huidekoper's Lessee v. Douglass*, 7 U.S. [3 Cranch], 1, 1805). Inmediatamente otros magistrados siguieron la trayectoria de Johnson. Para 1810 ya se había instituido la práctica actual de opiniones separadas, concurrentes y disidentes. Incluso el propio Marshall siguió esa nueva modalidad; en sus años de presidente del tribunal rindió nueve opiniones disidentes y una concurrente. Al respecto, se pueden ver Zobell (1959, pp. 186-203) y Brennan (1986, pp. 432-437).

⁸¹ Cabe destacar que también existen lo que se denomina "decisiones plurales parciales" (*partial pluralities*), en las cuales las opiniones concurrentes sólo difieren en ciertos puntos y en otros hay pleno acuerdo. Véase "Plurality decisions and judicial decisionmaking" (1981, p. 1127, nota 2).

opinion).⁸² Sin embargo, pueden existir "decisiones plurales" sin que exista necesariamente una "opinión plural", esto es, sin que ninguna de las opiniones concurrentes reciba un mayor número de votos. Por ejemplo, una decisión con dos opiniones concurrentes cada una con cuatro votos y una opinión disidente con un voto.⁸³ Cabe destacar que el valor de precedente de las decisiones plurales es una cuestión compleja, ya que, en principio, la regla que establece el precedente debe buscarse en los razonamientos de la sentencia y es precisamente en lo que no se logran poner de acuerdo los magistrados del tribunal cuando dictan este tipo de sentencias. Sin embargo, será en el siguiente capítulo cuando abordemos ese tema.

El Tribunal Supremo también puede decidir con base en una decisión *per curiam*, esto es, una decisión en la que emite una opinión única y conjunta, sin que se identifiquen un ponente, ni las distintas voces y puntos de vista de cada *justice*.⁸⁴ En principio, las decisiones *per curiam* están

⁸² Es importante notar la diferencia entre lo que los estadounidenses denominan "opinión mayoritaria" y "opinión plural", la primera sólo existe cuando la mayoría de los miembros del tribunal (por lo menos cinco) coinciden en el razonamiento y el resultado de alguna de las opiniones que están sobre la mesa de discusión; en cambio, la opinión plural, simplemente hace referencia a la opinión concurrente que más votos recibió asumiendo que ninguna de las opiniones concurrentes fue mayoritaria. En este sentido las categorías "opinión mayoritaria" y "opinión plural" son excluyentes: sólo puede existir una opinión plural si no existe una opinión mayoritaria.

⁸³ "A plurality decision is a case without an opinion of the Court: A majority of the Court's members agree on the result, i.e., which party prevails—plaintiff or defendant, petitioner or respondent—but there is no majority agreement on the reason for that result. The Justices write several concurring opinions, explaining their differing views. If one of these opinions receives more votes than others, it is designated the plurality opinion. Plurality decisions are cases in which there is neither explicit nor implicit agreement among the majority of the Justice on a proposition necessary to reach the result. This definition includes those decisions in which there is no plurality opinion, i.e. no opinion that is joined by more Justice than join any other concurring opinion" (Thurmon, 1992, p. 419, nota 1). Para un análisis muy interesante de las decisiones en las que no existe ninguna opinión plural véase "Supreme Court no-clear-majority decisions. A study in stare decisis" (1956, pp. 101-114). En este ensayo se denomina "*coordinate opinion*" a la suma de las opiniones concurrentes. Todas son decisiones de un tribunal increíblemente dividido, al extremo de encontrar decisiones como *Hague v. C.I.O.* (307 U.S. 396 (1939)), en las cuales existen tres opiniones concurrentes y dos opiniones disidentes, el asunto se resuelve 2-2-1 (1-1). El estudio intenta descifrar el carácter de precedente de este tipo de sentencias, tanto para el propio Tribunal Supremo como para los tribunales inferiores, y lo hace a partir del análisis de casos concretos.

⁸⁴ En principio las decisiones *per curiam* deben ser unánimes, sin opiniones separadas, ya que lo que se intenta con ellas es demostrar que sobre la cuestión de derecho a resolver existe un acuerdo

para resolver asuntos de "rutina", cuando la cuestión de derecho planteada parece claramente controlada por la doctrina del propio tribunal, o bien cuando existe una posición unánime e incontrovertible al respecto. La nota que caracteriza a este tipo de sentencias es su brevedad: el tribunal se limita a decir lo mínimo para justificar su decisión, a veces simplemente se citan los precedentes aplicables y se emite el fallo. La principal utilidad de las decisiones *per curiam* radica en hacer ver al resto de los tribunales que la Corte Suprema tiene una postura invariable respecto a determinada cuestión de derecho y que, por tanto, su doctrina es firme y no tiene posibilidad de ser modificada o revocada. Ello permite que los tribunales inferiores apliquen o extiendan con la misma determinación esos precedentes que la Corte no está dispuesta a reconsiderar.⁸⁵

pleno entre los miembros del tribunal, lo cual justifica la falta una motivación exhaustiva que caracteriza a este tipo de sentencias; sin embargo, dicha unanimidad cada vez es más difícil de alcanzar en el Tribunal Supremo y en ocasiones inclusive en estos asuntos denominados de "rutina" los *justices* no resisten la tentación de emitir opiniones disidentes, con lo cual la naturaleza misma y la utilidad que tienen las decisiones *per curiam* desaparece. Para una crítica a esta práctica, véase "Supreme Court *per curiam* practice: a critique" (1956, pp. 707 y ss.).

⁸⁵ Una buena forma de ejemplificar la utilidad de las sentencias *per curiam* es a partir de la doctrina constitucional en relación con la igualdad racial. Como es sabido, en el histórico caso de *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483, [1954]), el Tribunal Supremo estimó inconstitucional la segregación racial en las escuelas públicas. Con dicha sentencia se modificó la doctrina establecida en *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537 [1896]), que sostenía la constitucionalidad del régimen de segregación racial bajo el argumento de que no había un trato discriminatorio, pues negros y blancos, aunque separados, eran iguales (*separate but equal*). La decisión de *Brown* fue interpretada de diversas formas por los tribunales inferiores. Algunos jueces estaban claramente en contra de dicha sentencia e intentaron limitar su alcance lo más posible. Por ejemplo, en el caso *Flemming v. South Carolina Electronics and Gas Co.* (128 F.Su, pp. 469, 1955) el Tribunal de Apelación se resiste a aplicar el precedente de *Brown* para un asunto de segregación racial en autobuses, sosteniendo que *Brown* sólo se refería a escuelas públicas y que, por tanto, *Plessy* continuaba autorizando la segregación racial en el transporte público. Otros tribunales, en cambio, inmediatamente apreciaron el alcance de *Brown* y lo extendieron a otras áreas como hospitales y parques recreativos (*Dawson v. Mayor of Baltimore*, 220 F.2d 386 [4th Circuit]). Finalmente, el Tribunal Supremo, a través de varias sentencias *per curiam* —algunas de ellas simplemente confirmaban las decisiones de los tribunales intermedios— se pronuncia en contra de la segregación racial en diferentes ámbitos: baños públicos y playas (350 U.S. 877, 1955), campos de golf y parques (358 U.S. 54, 1958), autobuses públicos (352 U.S. 903, 1956), auditorios municipales (375 U.S. 395, 1964), entre otras. Con ello, el resto de los tribunales comprendieron la firmeza y el peso de la decisión de *Brown*. No era necesario que el Tribunal Supremo argumentara exhaustivamente ninguna de estas decisiones, por el contrario, el hecho que el Tribunal resolviera los asuntos a través de opiniones *per curiam* era un claro mensaje al resto de los tribunales de que el nuevo criterio para resolver cuestiones de segregación racial era el precedente de *Brown* y que, por tanto, *Plessy* quedaba absolutamente revocado.

Cabe destacar, por otra parte, que el modo como el Tribunal Supremo alcanza el consenso para decidir un asunto es de extrema relevancia para pronosticar cuál va a ser el impacto de dicha decisión en el futuro desarrollo de la doctrina judicial vinculante.⁸⁶ Las opiniones disidentes constituyen un elemento clave para entender la dinámica del sistema de precedentes. Tales opiniones permiten constatar que el derecho es una cuestión de principios en contradicción y que existen distintas soluciones que compiten entre sí para controlar el asunto que se resuelve.⁸⁷ Aunque la regla de la mayoría, al interior del Tribunal Supremo, es el único mecanismo para optar por una de esas soluciones, las opiniones disidentes indican que tal solución no satisface a todos los miembros del tribunal y que, por tanto, en mayor o menor medida, la cuestión de derecho permanece abierta a discusión en futuros litigios similares.⁸⁸ Las decisiones que se toman con una frágil mayoría y sin que se pueda lograr un mínimo acuerdo sustantivo entre los miembros del tribunal serán decisiones con mayores probabilidades de ser alteradas o limitadas en

⁸⁶ Como analizaremos en los siguientes capítulos, la fuerza vinculante de los precedentes es una cuestión de grados; hay precedentes que tienen más peso que otros. Las diferentes técnicas del razonamiento jurídico permiten que exista esta graduación de niveles de autoridad de los precedentes. Las reglas y principios contenidos en los mismos pueden ser definidas de varios modos posibles y en distintos niveles de generalidad. La elección entre una técnica u otra, entre una regla concreta o general, va dotando de mayor o menor autoridad a los precedentes. Además, este es un proceso continuo: lo que en un momento es una regla firme y general en otro puede pasar a ser una regla concreta y frágil. Sin duda, el poner atención en el grado de consenso que existe al interior del Tribunal permite pronosticar, dentro de ciertos márgenes, cuál va a ser el grado de autoridad de un precedente en la resolución de futuros litigios similares.

⁸⁷ Flud, magistrado del Tribunal de Apelación de Nueva York, afirma: "There are two sides to almost every issue that reaches an appellate court, and a group composed of [...] nine men, which varied backgrounds and beliefs, with different social, economic and political philosophies, can not be expected to think alike". Más adelante señala: "Dissents do, of course, destroy the illusion of absolute certainty and of judicial infallibility, but, obviously, the reputation and prestige of court-the influence and weight of that it command-depend on something stronger and more substantial than an illusion" (1962, pp. 926 y 928).

⁸⁸ Al respecto Brennan, exmagistrado del Tribunal Supremo, sostiene: "Dissent is often more than just a plea; it safeguards the integrity of the judicial decision-making process by keeping the majority accountable for the rationale and consequences of its decision. (...) At the heart of that function is the critical recognition that vigorous debate improves the final product by forcing the prevailing side to deal with the hardest questions urged by the losing side. In this sense, this function reflects the conviction that the best way to find the truth is to go looking for it in the marketplace of ideas. It is if the opinion of the Court-both majority and dissent-were the product of a judicial town meeting" (1986, p. 430).

un futuro y cuyo valor de precedente, por consiguiente, será más inconsistente e inestable.⁸⁹ Además, lo que en un momento es el punto de vista de una mayoría de los *justices*, en otro puede ser una minoría o simplemente desaparecer. En varias ocasiones, opiniones disidentes han sido verdaderas profecías de lo que en otro momento y con los años pasó a ser la opinión mayoritaria del tribunal.⁹⁰ En suma, la naturaleza dinámica del *case law* hace que las opiniones concurrentes y disidentes sean una fuente de información muy valiosa para que el jurista y el abogado litigante puedan imaginar hacia dónde se mueve el derecho.⁹¹

⁸⁹ El extremo de los precedentes inestables está, por supuesto, en las decisiones plurales. Éstas simplemente reflejan la imposibilidad de que los miembros del tribunal lleguen a un mínimo acuerdo acerca de cuál debe ser el derecho que rija la cuestión planteada en la disputa. En este tipo de casos, los tribunales inferiores prefieren limitar al máximo la autoridad de los precedentes como lo demuestra claramente el ensayo "Supreme Court no-clear-majority decisions. A study in *stare decisis*" (1956, 99 y ss.). Asimismo, es de esperar que en el caso de las decisiones plurales si cambia la composición del Tribunal Supremo, cambie también la doctrina vinculante. Los nuevos magistrados pueden lograr un consenso para que alguna de las opiniones concurrentes o inclusive alguna de las disidentes pase a ser la opinión mayoritaria del tribunal. Para un ejemplo concreto véase Thurmon (1992, pp. 437-38).

⁹⁰ Así, según destaca Zobell, han existido *justice* a los que se les conoce principalmente por sus opiniones disidentes. Sin duda el "*dissenting judge*" que más sobresale en la historia del Tribunal Supremo norteamericano es Oliver Wendell Holmes (1902-1932), de quien se calcula que aproximadamente una tercera parte de sus opiniones disidentes llegaron a constituir la opinión del tribunal una vez que éste había abandonado su cargo. Asimismo, se suman a la lista, *justices* como John Marshall Harlan (1877-1911), el único disidente en la opinión de *Plessly v. Ferguson*, y Benjamin Curtis (1851-1857), único disidente en el caso conocido caso de *Dred Scott* cuyo desafortunado fallo se considera como uno de los eventos que desatan la guerra civil norteamericana (Zobell, 1959, pp. 195-203).

⁹¹ Al respecto Hughes sostiene: "A dissent in a court of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed. Nor is the appeal always in vain. In number of cases dissenting opinions have in time become the law" (1928, p. 68). Sin embargo, cabe también matizar esta afirmación en los términos que lo hace K. Zobell: "There have been dissenting opinions which have provided an impetus for changes in the positive law of the United States, and there have been dissents which have become translated into majority opinions after a change in personnel, or even in attitude, of the Supreme Court. But the reasoning necessary to proceed from the statement that some dissents have 'become the law' to the conclusion that *all* dissent tends to influence the direction which the law takes involves some logical gaps which should not be assumed without a question. One of these gaps concerns the existence of a casual relationship between a prior dissent and the present law. One must not too readily assume such relationship. Fortuitous predictions should be distinguished from actual influence" (1959, p. 211).

CAPÍTULO 3

El precedente constitucional

A. Introducción

¿Qué quiere decir que una decisión que resuelve una controversia constitucional sirva como parámetro normativo en la resolución de otros litigios? ¿Cómo se determina la regla que establece un precedente constitucional? ¿Qué significado tiene en el sistema estadounidense la categoría "precedente vinculante"? ¿Cuál es el contenido sustantivo del principio de *stare decisis*?

Cada una de estas interrogantes presenta múltiples y complejos problemas y las respuestas en ningún caso son claras, uniformes e incontrovertibles. A lo largo de este capítulo analizaremos los puntos medulares del debate estadounidense en torno a estas cuestiones. Como punto de partida es preciso tomar en cuenta que la fuerza normativa de los precedentes constitucionales es un tema que rebasa las fronteras del derecho constitucional. En Estados Unidos, la teoría general del precedente no hace distinción respecto del tipo de decisión de la que se trate, ya que los problemas que existen con relación a la naturaleza y las características de

la regla que establece un precedente se presentan en cualquier ámbito del derecho de creación judicial. Un precedente constitucional sólo se diferencia en cuanto a su contenido de los otros dos tipos de precedentes, mas no en cuanto al método jurídico y el modo como opera su aplicación en la práctica judicial. Por ello, a pesar de que este estudio se centra en el precedente constitucional, nuestro análisis, en gran medida, puede hacerse extensivo a cualquier clase de precedente del sistema de *case law* estadounidense.

Por otra parte, también es preciso tomar en cuenta la diferencia que existe entre un precedente y la doctrina judicial vinculante. Una decisión del Tribunal Supremo constituye un precedente que, en principio, ha de regir en el futuro controversias análogas o similares. Sin embargo, una decisión por sí sola no es suficiente para dar solución a todos los problemas jurídicos que existen con relación a una cuestión controvertida. Se requiere, por tanto, que una serie de decisiones judiciales posteriores aborden y den respuesta a esas distintas caras o aspectos problemáticos que comprende la cuestión. La doctrina judicial vinculante surge, precisamente, cuando se pueden ordenar y entrelazar un conjunto de decisiones judiciales y tener así una visión global acerca de las distintas aristas de un problema y del derecho que ha de regir en cada caso. En este capítulo centraremos nuestro análisis en el estudio del precedente constitucional, y en el siguiente, en la forma en la que se elabora la doctrina constitucional vinculante.

Ahora bien, nuestro estudio sobre el precedente constitucional debe comenzar por analizar la forma en la que en Estados Unidos se concibe el papel del juez y las razones que explican y justifican su poder normativo. La naturaleza misma del precedente, así como la dinámica del *case law*, sólo pueden comprenderse cabalmente si entendemos las premisas de las que parten los jueces estadounidenses. A diferencia del juez continental, para quien el derecho es una formalización normativa, abstracta y general que le viene dada, para el juez estadounidense, en cambio, el derecho es abierto, incompleto y dinámico. Desde esta perspectiva, la

función del juez no puede ser sólo la de aplicar el derecho preexistente, en algunos casos también tendrán que "crear derecho nuevo" para dar una solución jurídica al problema planteado. El valor de precedente de las sentencias de los tribunales con jurisdicción de apelación, como veremos, se justifica y se comprende a partir de este paradigma.

En el segundo apartado analizaremos la estructura de un precedente constitucional, a partir de los tres elementos que comprende el denominado "estudio de casos": *holding*, *dictum* y *rationale*. Como veremos, tal estudio de casos se puede llevar a cabo desde distintas perspectivas, esto es, existen distintos niveles de discusión con relación al análisis de sentencias. Las categorías de *holding* y *dictum* tienen distintos significados según cuál sea ese nivel de discusión. A lo largo de esta sección iremos precisando estas cuestiones.

En el tercer apartado nos enfocaremos en uno de esos niveles de discusión: el análisis prospectivo de la sentencia a efecto de determinar la regla que establece un precedente constitucional. El punto de partida será que, como lo demuestra la práctica judicial estadounidense, existen varias formas en las que el juez posterior puede determinar la regla que establece el precedente. Una de las características más importantes del *case law* es que el ámbito normativo y el significado de un precedente no se pueden conocer *a priori* de sus futuras aplicaciones; las reglas que integran el *case law* se determinan a través de la interacción que existe entre el tribunal que las crea y el que las aplica. Como veremos, el tribunal posterior es el que tiene que elegir el nivel de generalidad y abstracción de la regla del precedente, mientras que el tribunal anterior tiene que determinar el marco de posibilidades dentro del cual pueden llevarse a cabo las elecciones de los jueces vinculados a su decisión.

Por consiguiente, para poder entender el debate estadounidense con relación a la regla del precedente, es preciso ordenar el tipo de elecciones y juicios de valor que se esconden entre las dos principales formas de concebir el poder normador de los tribunales: el "maximalismo" y el

"minimalismo". A lo largo de este tercer apartado analizaremos a profundidad estas "dos caras" de la doctrina estadounidense del precedente. Es preciso resaltar que cada una de ellas "representa" a una de las fuerzas en conflicto que rigen la dinámica del sistema de precedentes: continuidad vs. cambio. El maximalismo, como se analizará, se preocupa por la continuidad, la certeza y la predictibilidad del derecho, mientras que el minimalismo pone énfasis en la flexibilidad, el dinamismo y la capacidad de adaptación del *case law* a los nuevos escenarios sociales. Estos dos modelos jurisdiccionales proponen métodos distintos para que el tribunal posterior determine la regla del precedente y sustentan diferentes concepciones respecto de lo que significa la fuerza vinculante de las decisiones judiciales. Lo interesante es que ambas posiciones coexisten en la práctica judicial estadounidense.

En el último apartado de este capítulo analizaremos estas dos caras de la doctrina del precedente en el ámbito de las decisiones constitucionales. En concreto, estudiaremos las características de las decisiones constitucionales del Tribunal Supremo que delimitan el marco de posibilidades que tienen los jueces posteriores para determinar la regla del precedente, así como los factores extranormativos que pueden influir en la elección del tribunal posterior entre establecer el *holding* en forma maximalista o de hacerlo de modo minimalista. Lo relevante, en todo caso, es analizar cómo opera en el ámbito constitucional la tensión entre minimalismo y maximalismo, y cómo las fuerzas dialécticas de continuidad y cambio hacen que la regla de un precedente constitucional sea, por naturaleza, una regla dinámica.

B. La función jurisdiccional en un sistema jurídico abierto y dinámico

I. Los tribunales como órganos de creación normativa

La naturaleza de la función jurisdiccional y el modo como los jueces conciben su papel están condicionados por las características y postulados

del paradigma jurídico del lugar en donde operan tales jueces. En la Europa continental, los jueces parten de la premisa, propia de las teorías normativistas, de que el derecho es un dato, una formalización normativa, abstracta y general que les viene dada. El juez está obligado a fallar de acuerdo con ciertas normas o estándares preexistentes y conocidos por las partes.¹ El principio democrático de la Constitución exige que exista una separación orgánica y procedimental entre la función de crear normas y la de aplicarlas, encomendando una y otra a órganos distintos. El juez, como órgano de aplicación del derecho, ha de estar desprovisto de la facultad de crear por sí mismo normas generales. La legitimación de su sentencia se deriva precisamente de su sumisión a la voluntad popular plasmada en la ley y demás normas jurídicas creadas por los órganos democráticamente legitimados para legislar.²

Como es sabido, este proceso de concretizar la norma general encierra múltiples y complejos problemas. El modelo de judicatura que prevaleció en la Europa continental durante el siglo XIX, según el cual el juez era un autómatas, estrechamente vinculado a la ley y desprovisto de la condición de auténtico poder, se ha resquebrajado. Hoy en día en este continente es por todos aceptado que la aplicación de la norma no corresponde a ningún automatismo; la norma general no predetermina por completo el acto de aplicación, sino que éste se produce al amparo de un enunciado normativo que abarca diversas posibilidades. El proceso de aplicación del derecho, en mayor o menor medida, lleva aparejada una vertiente

¹ Prieto Sanchis denomina a este modelo de judicatura el modelo del "juez vinculado", esto es, "del juez que ante todo viene a fallar de acuerdo con ciertas normas o estándares preexistentes y cuya función es satisfacer unas expectativas que nacen, no de la confianza de sus cualidades personales, sino de unas prescripciones conocidas por las partes" (1993, p. 13).

² De Otto, al respecto, sostiene: "En los ordenamientos modernos (habría que precisar que fundamentalmente en los sistemas de *civil law*) existe un alto grado de diferenciación funcional que conduce a separar orgánicamente y procedimentalmente la función de crear normas y la de aplicarlas, encomendando una y otra a órganos distintos que operan con procedimientos específicos. Ello obedece en gran medida, aunque no de modo exclusivo, a problemas de legitimación de la propia función jurisdiccional: dado que el fundamento de obligatoriedad del derecho es la propia voluntad popular plasmada en la ley, la legitimación de la decisión jurisdiccional deriva de su sumisión a ella, a una regla externa y previa que la justifica. Y el juez ha de estar desprovisto de la facultad de crear por sí mismo normas jurídicas: la legitimidad de la sentencia no se halla en el juez como en el sistema del *rex-iudex*, sino por encima de él" (1989, pp. 40-41).

creativa en la que el juzgador incorpora algún elemento subjetivo o ideológico al elegir el significado de la norma y decidir el caso concreto. En este sentido, la crisis del positivismo legalista develó que la nítida diferenciación entre el órgano normador y el órgano aplicador no era tan completa como se pretendía. Sin embargo, ello no ha convertido a los tribunales de la Europa continental en órganos de producción normativa al estilo norteamericano.

Las dificultades que puedan aparecer en el proceso de interpretación y aplicación del derecho no debilitan en lo absoluto la vinculación del juez a la ley. Como señala Aragón Reyes:

Aquí el parlamentarismo, la codificación, la idea rousseauiana de ley, la separación estricta entre Parlamento y Poder Judicial han sido unos factores que, desde el siglo XIX hasta hoy, generaron un sistema político y jurídico que tiene como una de sus bases fundamentales la vinculación de los jueces a la ley y, por lo mismo, la prohibición de que puedan disponer de ella (1997, p. 175).

Las normas son un parámetro de decisión indisponible y preexistente para el juzgador.³ La función del juez desde la perspectiva continental consiste en actualizar o hacer efectivos los derechos y obligaciones previamente establecidos por el legislador. En este sentido, la cualificación jurídica de los hechos está dirigida por el propio precepto legal a aplicar: "la realidad no habla, es la ley la que la hace hablar" (Prieto Sanchís (1993, p. 88).⁴ La actividad judicial por lo general presupone que existe un enunciado normativo previo que comprende el supuesto de hecho y que, además, a través de la actividad interpretativa, es posible atribuir

³ Este carácter indisponible del parámetro normativo ha hecho que, como sostiene Aragón Reyes, gran parte del debate en torno al problema de la interpretación legal y constitucional se centre en la búsqueda de cánones de valoración objetivos y de criterios predeterminados de composición de esos cánones, de tal forma que la interpretación y aplicación del derecho por los jueces no sea una mera decisión política (1986, pp. 110 y ss.).

⁴ El autor destaca que el condicionamiento normativo de la interpretación de los hechos no elimina las valoraciones subjetivas: "primero porque la norma ha de ser, a su vez, interpretada; y, segundo, porque en este punto son atendibles algunos planteamientos hermenéuticos acerca del valor de la experiencia en el proceso de comprensión y de lo que ésta significa" (pp. 88-89).

un significado a ese enunciado.⁵ La premisa mayor del razonamiento judicial casi siempre es una norma y la operación de aplicación es un ajuste o encaje lógico del caso en dicha norma. El acto jurisdiccional si bien no es pura y simple subsunción, sí se rige por procedimientos deductivos en el sentido que siempre va de lo abstracto a lo concreto, de lo general a lo particular, de la norma al caso.⁶

¿Qué sucede con la función jurisdiccional cuando el derecho se concibe como un cuerpo de reglas abierto y dinámico, y en un sistema jurídico en el cual los jueces no están enteramente subordinados al legislador? Para el juez estadounidense, como hemos destacado, el derecho no es un dato que le venga dado, más bien es algo que tiene que buscar y construir para dar una solución justa al caso que tiene enfrente. Los conflictos de intereses son el punto de arranque de todo el derecho y de toda la actividad jurídica. Un caso aparece con independencia de si existen o no normas con las que pueda ser contrastado. Es más, el fenómeno de "las preguntas jurídicas sin respuesta" es el punto de partida del jurista estadounidense.⁷ Para ellos es imposible que el legislador lo prevea todo, y

⁵ Existe una importante excepción al presupuesto de que la actividad jurisdiccional se realiza a partir de un enunciado normativo que comprende el supuesto de hecho: el caso de las lagunas jurídicas. Sin embargo, ésta es una excepción y no la regla. Además, dentro de los presupuestos teóricos de la teoría normativista está el del carácter "cerrado" del sistema normativo, lo que significa que un supuesto no regulado explícitamente puede resolverse dentro del sistema, esto es, a través de las propias reglas establecidas para tal efecto y del "desarrollo", por los jueces y los juristas, de los conceptos creados por el propio legislador. Sobre pasa el objeto de este trabajo analizar el problema del dogma positivista de la plenitud del ordenamiento jurídico, el cual, como es sabido, ha dado lugar a una amplia discusión académica. Sin embargo, con relación al sistema español, Díez Picazo y A. Gullón describen con claridad la postura comúnmente aceptada. Según estos autores: "El Derecho positivo español se inclina por la tesis de ausencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, pero no considerado a éste exclusivamente como un conjunto de normas o disposiciones legales, sino integrado por la costumbre y los principios generales del Derecho. Así lo dice la Exposición de Motivos del texto articulado del nuevo Título Preliminar del Código Civil: 'La formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de lagunas en el Derecho'. De ese sistema ha de obtenerse la solución para la laguna de ley, sin que el Juez o Tribunal pueda en absoluto negarse a fallar (art. 1.7). Por tanto, se admite la existencia de una laguna legal, pero no de lagunas en el ordenamiento" (1992, p. 183).

⁶ "Ahí en donde el juez está vinculado a la legalidad [sostiene Díez Picazo] gozará de mayor o menor libertad de apreciación, pero la actividad jurisdiccional consistirá necesariamente en declaraciones de juicio, o sea, en verificar que concurren los supuestos de hecho de las normas y ordenar aquí de forma vinculada-que se produzcan las consecuencias previstas" (1991, p. 22, nota 6).

⁷ Al respecto, Keeton sostiene: "A lawmaking body-either a legislative body or a court decision-may for good reason leave unanswered some of the questions its members foresee. For example, the

mucho menos que pueda anticipar invariablemente los nuevos conflictos de intereses que surgen en la sociedad; la realidad social siempre es más compleja y cambiante que el mundo de las normas. En este sentido, el derecho no puede ser concebido como un producto terminado que le viene dado al juez. Por el contrario, desde la perspectiva norteamericana, los jueces operan bajo la premisa de que el derecho es incompleto, dinámico y maleable.

Ahora bien, el dinamismo que caracteriza al sistema norteamericano no opera al mismo tiempo sobre la totalidad del orden jurídico. Existen áreas en donde el derecho es bastante estable y otras, en cambio, en donde es increíblemente dinámico; ello depende del grado de consolidación y permanencia que adquiera la doctrina judicial vinculante.

Es importante diferenciar la estabilidad jurídica que se deriva de la consolidación de la doctrina judicial vinculante de aquella que existe en áreas en donde el derecho es evidente, llano e incontrovertible y, por tanto, su aplicación es una cuestión de rutina. Como se puso de manifiesto en el primer capítulo, para los estadounidenses el estudio del derecho se centra fundamentalmente en lo que podríamos denominar "zonas de penumbra", esto es, en áreas en donde las normas generales no dan una respuesta clara ni unívoca al problema planteado. Cuando el derecho se aplica en forma automática, de tal modo que no surjan conflictos de intereses ni disputas jurídicas, los estadounidenses consideran que no existen preguntas relevantes para el jurista o el abogado litigante. La discusión y reflexión académica comienza cuando surgen tales conflictos y éstos son resueltos por los tribunales.⁸

lawmakers may believe it is better to have the answers worked out over time, through case-by-case development. Also, any lawmaking body will leave other questions unanswered simply because human foresight cannot anticipate all the problems that will arise as a statutory or decisional rule of law is applied to human affairs. Thus, the phenomenon of unanswered questions of law is a fundamental characteristic of any legal system. It is so not alone by choice but as well by necessity. Viewing law as if it does, or is meant to, provide ready answers for all conflicting claims is to misunderstand law fundamentally" (1990, p. 52).

⁸ Cabe destacar que, para los estadounidenses, los preceptos legales en abstracto no pueden dar la certidumbre jurídica que proporciona la doctrina judicial consolidada. En Estados Unidos, como veremos,

Ahora bien, dentro de este ámbito, la naturaleza de la función jurisdiccional y el modo como el juez concibe su papel varían dependiendo del tipo de controversia, esto es, si se trata de asuntos claramente controlados por la doctrina judicial consolidada, o bien si se trata de litigios en alguna de esas áreas en donde el derecho es incompleto, dinámico e incierto.⁹

En el primer tipo de controversias —en las que la doctrina judicial es derecho consolidado (*settled law*)— el ejercicio de la función jurisdiccional se limita a la resolución de disputas jurídicas, a administrar justicia en el caso concreto, sin que los jueces desempeñen, en el caso de los tribunales con jurisdicción de apelación, la función de proveer reglas de aplicación general.¹⁰

el legislador y los jueces son creadores de normas y la labor creativa de estos últimos es indispensable para que la ley, forzando la expresión, se transforme en derecho. Es más, por lo común, cuando existe un precepto legal que parecería comprender el supuesto de hecho de la disputa planteada, pero no existe un precedente que interprete dicho precepto, los juristas y abogados sostienen que "no existe derecho sobre ese punto" (*there is no law on the point*).

⁹ Quizá pueda resultar extraño hablar de doctrina judicial consolidada y estable si lo que hemos resaltado hasta ahora es el dinamismo que caracteriza al *case law*. En el capítulo 4 abordaremos propiamente este tema. Sin embargo, brevemente podemos destacar que, dentro del dinamismo que caracteriza al *case law*, a veces, no siempre, existe un punto en el que la doctrina adquiere determinada estabilidad. Para que ello suceda se necesita que ocurran dos cosas. En primer término, se requiere que una serie de decisiones judiciales sobre una misma cuestión jurídica desarrollen consistentemente una línea de decisión, de tal modo que se pueda extraer un principio común que unifica y explica esas decisiones. En este punto, la doctrina vinculante adquiere una determinada claridad que la dota de un mayor grado de certidumbre. Pero, además, para que tal doctrina sea estable, se necesita que los tribunales, el auditorio jurídico y la sociedad en general estén conformes con el contenido de la misma, esto es, que perciban que el contenido del derecho es justo o por lo menos que está en concordancia con los valores éticos de la comunidad, las directrices de las políticas públicas y el contexto económico, político y social. Por tanto, la estabilidad en la doctrina siempre esta condicionada por esos factores extranormativos que rodean a cualquier disputa, lo que significa, en último término, que aun cuando la doctrina judicial se encuentre consolidada, ello no implica que permanezca estática. Los precedentes, por definición, establecen reglas abiertas a incorporar las nuevas realidades que genera el devenir social y flexibles para transformarse en concordancia con los cambios sociales. La doctrina judicial estable en un momento dado y en un contexto social diferente puede ser una doctrina altamente inestable y dinámica, y lo mismo puede suceder en sentido inverso.

¹⁰ Como señalamos en el capítulo anterior, cuando un tribunal con jurisdicción de apelación se limita a corregir los errores cometidos por los jueces inferiores, sin desempeñar la función de proveer reglas generales, su sentencia no aparecerá publicada en los *law reports*, ya que no constituye precedente vinculante. En términos prácticos significa que tal decisión no aporta nada al derecho preexistente. Por lo que toca a los jueces de primera instancia, sus sentencias no crean derecho en forma general, ya que, como señalamos, un principio básico de todo sistema de *case law* es centralizar el poder

En este ámbito de actuación de los tribunales, la naturaleza de la función del juez estadounidense y del juez continental no se diferencian sustancialmente; ambos estarán obligados a fallar de acuerdo con ciertas normas o estándares preexistentes y conocidos por las partes. La diferencia más importante será que mientras para el juez norteamericano dichos estándares vienen dados fundamentalmente por el conjunto de precedentes que le vinculan, para el juez continental, en cambio, los estándares de decisión provienen primordialmente de las normas escritas. Lo relevante, en cualquier caso, es que cuando los tribunales americanos actúan exclusivamente como tribunales para resolver disputas, y no como proveedores de reglas generales, los modelos jurisdiccionales de Estados Unidos y de la Europa continental se aproximan y se asemejan.¹¹

Sin embargo, el estudio de la doctrina del precedente no se centra en este tipo de controversias. Por el contrario, tal estudio pone énfasis en aquellos asuntos en los cuales los tribunales actúan como órganos de producción normativa. En este ámbito de actuación de los tribunales, la naturaleza de la función jurisdiccional y la fuente de legitimidad de las decisiones

normador de los tribunales en los órganos con jurisdicción de apelación, de esta forma el sistema de precedentes puede funcionar ordenadamente. Sin embargo, cuando un juez de primera instancia resuelve un asunto en el que la doctrina judicial vinculante se encuentra en proceso de elaboración y, por tanto, no es clara ni estable, tendrá que crear el derecho del caso. Sin embargo, tal decisión no constituye un precedente vinculante, ya que la facultad de crear derecho en forma general, repetitivos, la tienen exclusivamente los tribunales con jurisdicción de apelación. Posner intenta precisar estas diferencias en los siguientes términos: "I have equated the trial judges with dispute resolution and appellate judges, intermediate or final, with law creation, but of course these equations are too rigid. A trial judge must create law when precedents provide no sure guidance, and appellate courts engage in dispute resolution when they review finding facts, though they do this under a deferential standard that weights the trial judges factual determinations heavily" (1985, p. 14).

¹¹ Según Posner, cuando un tribunal con jurisdicción de apelación se limita a aplicar las reglas de los precedentes que le vinculan, sin modificar o crear otra regla, entonces actúa como un órgano de resolución de disputas exclusivamente; su sentencia, por consiguiente, no constituye un precedente. En cambio, cuando dicho tribunal resuelve una disputa y a la vez modifica o crea una regla, entonces actúa como órgano de producción normativa. Textualmente lo expresa en los siguientes términos: "In every case the court must determine what facts are and what their legal significance is. If the court determines their legal significance by applying an existing rule of law unchanged, it engaged in pure dispute resolution. But if to resolve the dispute the court must create a new rule or modify an old one, that is law creation" (1985, p. 3).

judiciales se comprenden a partir de un esquema conceptual distinto, y en cierta forma opuesto, a aquel de los sistemas de la Europa continental.

Para comprender dicho modelo jurisdiccional es preciso comenzar por analizar las razones fundamentales que explican y justifican el poder normador de los tribunales con jurisdicción de apelación. En primer término, los jueces parten de la premisa de que el orden jurídico es incompleto y abierto, esto es, se presume la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico que los tribunales deben colmar a modo de *common law*.¹² En Estados Unidos continúa prevaleciendo la idea de que es imposible que el legislador o los jueces anticipen invariablemente los nuevos conflictos de intereses que surgen en la sociedad. Así, a pesar de que la ley ha venido a desplazar al *common law* colocándose como la fuente del derecho más importante, los jueces asumen de punto de partida que cualquier ley tiene lagunas jurídicas. El dinamismo de la realidad social hace que siempre exista una "zona de penumbra" en el derecho que el legislador no puede iluminar *a priori*. Sin embargo, siendo el *common law* un derecho preexistente al legislado, se mantiene como un derecho de carácter supletorio: todo aquello que el legislador no reguló expresamente se podrá regular a través de la técnica del *common law*.¹³

¹² El principio de plenitud del ordenamiento, característico de los sistemas de la Europa continental, difícilmente se puede incorporar a un sistema jurídico como el americano en el que nunca tuvo lugar el enorme esfuerzo de racionalización del mundo jurídico que significó el fenómeno de la Codificación y la elaboración de la teoría de las fuentes en la Europa continental. En Estados Unidos, durante el siglo XIX, como hemos destacado, fueron los tribunales quienes asumieron la empresa de desarrollar, a modo de *common law*, el orden jurídico que sirvió de sustento al naciente Estado liberal. La casuística del *common law* dio lugar a un sistema en el cual a partir de la resolución de casos concretos se iba determinando el contenido del derecho sustantivo, sin necesidad de anticipar su solución por medio de normas abstractas y generales. Mientras tanto, durante ese mismo periodo, en los países de la Europa continental el legislador, mediante el esfuerzo de la razón, intentaba elaborar un sistema ordenado, coherente y completo de normas escritas y eliminar así cualquier forma de derecho de creación judicial. Ello suponía, obviamente, el principio de plenitud del ordenamiento y la concepción de que el derecho sólo lo constituían las normas positivamente dadas. Hoy en día muchos de los postulados de los codificadores europeos del siglo pasado se han puesto fuertemente en duda. Sin embargo, el jurista continental sigue concibiendo el ordenamiento jurídico como una unidad total y completa, aunque dicho ordenamiento no sólo esté compuesto por normas escritas; la costumbre y los principios generales del derecho también son fuentes de éste.

¹³ David y Brierley comparan los sistemas romano-germánicos y los de *common law* y señalan: "The common law was originally founded on reason although this was dissimulated by the fiction of

En segundo término, la función de proveer reglas de los tribunales se justifica dada la naturaleza ambigua e inacabada de los preceptos legales; se requiere que los jueces terminen de integrar y delimitar sus contornos normativos. La indeterminación que, según los estadounidenses, caracteriza a las normas en abstracto ha dado lugar a que se conciba que el legislador y el juez, cuando se trata del *statute law*, cooperan en la creación del derecho, actúan como *cooperative law-making bodies*.¹⁴ Los *statutory precedents* vienen a completar, perfilar, delimitar o inclusive a modificar el contenido normativo de los preceptos legales. Asimismo, el hecho de que los tribunales sean órganos legitimados para crear derecho hace que el componente creativo de las decisiones judiciales que interpretan y aplican la ley, por lo general, sea mucho más acentuado que el de los sistemas continentales, pero además, dado el carácter vinculante de los *statutory precedents*, aquellos elementos que el juez "añade" a la obra del legislador tienen efectos generales. De ahí que se sostenga que las decisiones judiciales que interpretan y aplican los preceptos legales vienen a fusionarse o a formar parte de la ley.¹⁵

general immemorial custom of the realm. To the extent that further detailed rules of law are still to be defined, so as to give increasing security to social relations, reason remains an inexhaustible source of law to which the courts continue to have recourse. Reason helps to fill the gap of the English (and the American) system(s), as well as to guide its evolution. [...] In countries of *droit écrit*, where the law is principally in the form of enactments, the legal rules are formulated with a generality such that the recourse to reason generally takes place within the framework of already established legal principles and as an application and interpretation of these rules. The existence of legislative gaps is acknowledged but only with difficulty; reason plays a greater role in *the interpretation of the legislation* rather than in completing the legal order. In a case law system the situation is quite different. It is quite intentional that casuistic aspect of the law should leave many gaps exposed; and reason is frankly recognized as a subsidiary legal source suitable for filling such gaps. Instead of a technique of legal interpretation, there is, therefore, a technique which aspires to create new law and increasingly precise rules rather than to apply preexisting ones. The legal systems of the Romano-Germanic family, as already stated, are *closed* systems, whereas the common law is an *open* system in which a host of new possible rules are hidden and, when they are discovered, these new rules are based on reason" (1978, pp. 360-361).

¹⁴ Cfr. Levi (1949, p. 27). Cabe destacar que un sector de la doctrina académica (los "textualistas") se encuentran en franco desacuerdo con la idea de que los jueces actúen como *policy-makers* cuando se trata de la interpretación y aplicación de la ley. Sin embargo, este grupo de jueces y académicos no son ni por mucho una mayoría; por el contrario, ellos están reaccionando en contra de la concepción que ha prevalecido en Estados Unidos respecto de la relación del juez con el legislador.

¹⁵ Sobrepasa los objetivos de este trabajo analizar en toda su extensión el debate americano en torno a la interpretación de la ley, sólo resaltaremos los rasgos generales del mismo. De acuerdo con Eskridge, los distintos métodos de interpretación legal se pueden clasificar en consideración al peso que dan

Por último, el poder normador de los tribunales se justifica por la necesidad de adaptar y renovar el derecho al ritmo del devenir social. El legislador, según los estadounidenses, no siempre puede actuar con destreza

al principio de supremacía legislativa vs. el papel de los jueces como garantes de valores públicos. De la lectura del ensayo de Eskridge se puede concluir que cuantos más elementos extranormativos ("valores públicos") utilice el juez para definir el sentido de algún precepto legal, tales como argumentos morales, económicos, sociales, institucionales (razones sustantivas), mayores serán los elementos que el juez añade a la obra del legislador. Así, la extensión del ámbito de creatividad judicial en la aplicación de la ley guarda una relación inversa con la sumisión del juez al principio de supremacía del legislador. En un extremo del debate sobre interpretación legal se encuentran los "textualistas", quienes consideran que los jueces no deben interpretar la ley con base en consideraciones extranormativas, por el contrario, se deben limitar a interpretar y a aplicar las palabras del legislador. Los textualistas están comprometidos con los valores del pluralismo político y son especialmente sensibles al argumento contramayoritario. Sin embargo, el resto de los métodos de interpretación legal parten de las premisas de la denominada *public values philosophy*. Los juristas y jueces que defienden esta filosofía estiman que la labor jurisdiccional, cuando se trata de la aplicación de la ley, no sólo debe estar comprometida con los principios de división de poderes y supremacía legislativa, sino también, y sobre todo, con la articulación y desarrollo de los valores públicos a través de la resolución de casos concretos. Sin dejar de reconocer determinados límites a los jueces, consideran que los tribunales son órganos más confiables y mejor equipados que el legislador para garantizar los valores esenciales de un Estado constitucional. Con esta perspectiva han surgido dos corrientes de interpretación legal: el *Evolutive Approach* y el *Dynamic Approach*. Para ambas teorías los tribunales son auxiliares y complementos indispensables del legislador. La sujeción del juez a la ley y la supremacía del Congreso no pueden significar en ningún caso un desconocimiento judicial de los valores fundamentales de una sociedad. En este sentido, tanto el *Evolutive Approach* como el *Dynamic Approach* consideran que el debate sobre las políticas jurídicas no termina en el Congreso: los jueces también desempeñan el papel de *policy-makers* a través de la interpretación y aplicación de la ley a casos concretos. La diferencia entre ambas teorías se encuentra en la extensión del ámbito de creatividad judicial que cada una de ellas reconoce al juez. Para el *Evolutive Approach* los preceptos legales deben tener prácticamente la misma flexibilidad que las reglas de *common law*, en cambio, el *Dynamic Approach* intenta elaborar una teoría un poco más moderada, argumentando que la flexibilidad del texto de la ley a través de la interpretación judicial queda condicionada al tiempo que lleve en vigor dicha ley: las normas recientemente creadas deben ser interpretadas de forma menos creativa, esto es, más textualistamente, pero las normas más antiguas deben ser interpretadas en forma dinámica, esto es, los jueces deben flexibilizar el texto de la ley y adaptar el contenido de los preceptos legales a los nuevos escenarios sociales. Detrás de ambas teorías se encuentra la idea de que finalmente los tribunales, antes que el legislador, se deben encargar de la reforma y cambio del derecho, disolviendo así la sumisión del juez al texto de la ley (Eskridge 1989, pp. 1007 y ss.). Los autores que encabezan la corriente de los "textualistas" son Scalia (*justice* de la Corte Suprema) y Easterbrook (juez del Tribunal Federal de Apelación del Séptimo Circuito). La postura del Scalia a este respecto se puede consultar en su ensayo "Common law courts in a civil law system: the role of United States Federal Courts interpreting the constitution and laws" (1997, pp. 3-47). El artículo más conocido de Easterbrook con relación al tema de interpretación de la ley es "Statutes' Domains" (1983, pp. 533 y ss.). Asimismo, con relación a la teoría del *Evolutive Approach* sin duda el más conocido exponente es Alienikoff (1988, pp. 20 y ss.). La referencia obligada sobre el *Dynamic Approach* es el artículo de Eskridge "Dynamic statutory interpretation" (1987, pp. 1479). Finalmente, mi trabajo "El juez norteamericano ante la ley. Las técnicas de interpretación del *statute law*" (1997, pp. 131 y ss.) describe en forma general el debate americano con relación a este tema.

y rapidez cuando se requiere un cambio en el derecho. El modo como se organizan el sistema de partidos y el propio debate legislativo hacen del Congreso norteamericano un órgano torpe y lento para transformar el marco normativo de acuerdo con las cambiantes necesidades sociales.¹⁶ Sin embargo, los tribunales, como órganos legitimados para crear derecho, pueden ajustar el contenido de las disposiciones normativas y de los precedentes a los nuevos escenarios sociales. A fin de cuentas, como resaltaron los juristas pragmático-instrumentales, los jueces deben garantizar la existencia de un "derecho funcional" y, por tanto, a ellos les toca la importante tarea de hacer que las reglas y las disposiciones normativas, al entrar en contacto con la realidad, acomoden y ajusten su contenido a las necesidades y aspiraciones de cada época. El derecho se mueve y se transforma *por los jueces* al ritmo del devenir social, político y económico.¹⁷

En suma, la función normadora de los jueces se percibe como una necesidad intrínseca al sistema. Está claro que, en este contexto, el juez debe "crear el derecho del caso" (*the law of the case*) y no sólo aplicar el ya existente. En un sistema jurídico abierto y dinámico, los tribunales con jurisdicción de apelación nutren al derecho con sus decisiones, las cuales establecen verdaderas normas generales y no sólo determinan los criterios de interpretación y aplicación de las normas preexistentes.¹⁸ Cada

¹⁶ Véase, por todos, Summers Atiyah (1987, pp. 298-335). Los autores realizan un análisis comparativo entre el modo como opera el Parlamento inglés y el Congreso de los Estados Unidos y explican detalladamente las ventajas que tiene un régimen parlamentario frente a uno presidencialista para responder con prontitud a los cambios normativos que requiere la sociedad.

¹⁷ Según Summers y Atiyah una de las características singulares del sistema jurídico americano es que los tribunales, antes que el legislador, se encargan de la reforma y cambio del derecho. En Inglaterra dicho poder lo ha mantenido el Parlamento. Ello hace que el sistema jurídico americano sea considerablemente más incierto que el inglés (1987, pp. 141-146).

¹⁸ Claro está que el ámbito de creación normativa del juez al momento de interpretar y aplicar los preceptos escritos (Constitución y ley) depende del método de interpretación que utilice. Tanto en materia constitucional como legal existen métodos altamente sustancialistas y métodos más formalistas. La diferencia entre unos y otros radica precisamente en el tipo de consideraciones que el juez formula en su sentencia para determinar el sentido de las normas que aplica. Cuanto más apele el juez a consideraciones extranormativas (razones de política jurídica, la moral dominante, valores institucionales, etc.) el método será más sustantivo y menos formalista. Y cuanto más sustantivo sea el método de interpretación mayor será también la función legislativa que realiza el tribunal. Al respecto, Posner sostiene: "Two different kinds of law creation should be distinguished. The first is the

sentencia con valor de precedente constituye un ingrediente más del material normativo y, como tal, proporciona pautas generales para que, en futuros litigios, los tribunales continúen con ese proceso, por naturaleza inconcluso, de desarrollar y transformar el orden jurídico a través de la actividad judicial de resolver disputas.¹⁹

II. La función jurisdiccional en el ámbito constitucional

A pesar del carácter incompleto e imperfecto del material normativo, los jueces deben buscar en dichas normas las pautas para decidir. Ni siquiera ante un nuevo conflicto de intereses, ante una situación fáctica no prevista por las normas, los jueces pueden dejar de buscar en las diversas *doctrinal propositions* las directrices generales para crear la regla del caso.²⁰ La creación judicial de derecho es, en todo caso, una especie de "amalgama" de *doctrinal and social propositions*.²¹

derivation of a new rule by deduction from unquestioned premises. This way may call the 'formalistic' kind. The second kind of law creation is the 'political' as we may call it (not using the world in any partisan or pejorative sense), involves the court's deriving a new rule from (or with the aid of) political, ethical, economic or sociological ideas that do not command universal assent in the society. Most law creation involves at least a tincture of the political in the broad sense in which I am using the world; but the more political law creation a court engages in, the more a legislature it becomes" (1985, p. 3).

¹⁹ Cabe destacar que, para los estadounidenses, el desarrollo del derecho a través de la actividad jurisdiccional es un proceso inconcluso por naturaleza, pues la realidad social siempre es dinámica y cambiante y, por tanto, siempre surgirán nuevos conflictos de intereses, nuevas situaciones fácticas no previstas por el legislador ni por los jueces. De ahí que Keeton sostenga: "Law is always developing. Law does not contain enough authoritative declaration to answer all questions that may arise. Most law be created by choice" (1990, p. 120).

²⁰ Keeton afirma: "The judge's obligation is to apply rules of law that are expressed in the community's authoritative sources of law—chiefly constitutions, statutes, and precedents. Also, the judge's obligation is to respect not only the explicit mandates but as well the manifestations of principle and policy found in the authoritative sources. Even when these manifestations are incomplete and imperfect—this is, when they do not answer one or more of the questions that must be answered to decide the case at hand—they nevertheless offer substantial guidance. The judge must make unanswered questions that must be answered to decide the case, but both the framing of the questions and the range of possible answers are constrained by the guidance that is either explicit or implicit in the authoritative sources" (1990, p. 19).

²¹ Uno de los juristas que con mayor claridad ha descrito la forma en que los jueces americanos deciden un caso fue, sin duda, el *justice* del Tribunal Supremo B. Cardozo en su conocido libro *The Nature of Judicial Process* (1921). Al comienzo de dicho trabajo sostiene que el proceso de decisión judicial está compuesto por variedad de elementos, normativos y extranormativos, que los tribunales,

Se estima que por lo general existen múltiples soluciones posibles que se pueden construir a partir de las *doctrinal propostions*. Cuando los estadounidenses señalan que el derecho es incierto o indeterminado para el supuesto de hecho que la disputa plantea, en parte se refieren a que las normas jurídicas pueden proporcionar diferentes soluciones y algunas de ellas en franca oposición.²² De hecho, cada una de las partes del litigio argumenta una posible vía de solución distinta de la de su adversario.²³

El juez debe elegir las premisas normativas a partir de las cuales construir su regla de decisión. Dicha elección está en función de varias cuestiones, entre ellas, el impacto que pueda tener en las partes y en la sociedad una u otra solución, el grado de autoridad que tengan los precedentes que le vinculan, el derecho que argumenten cada uno de los protagonistas del litigio y, por supuesto, la relación de prevalencia de unas normas respecto a otras.²⁴ Ante dos soluciones en conflicto el juez ha de optar por aquella

en su quehacer cotidiano, mezclan y ponderan. Textualmente lo explica en los siguientes términos: "What is it that I do when I decide a case? To what sources of information do I appeal for guidance? In what proportions do I permit them to contribute to the result? In what proportions ought they to contribute? If precedent is applicable, when do I refuse to follow it? If no precedent is applicable, how do I reach the rule that will make a precedent for the future? If I am seeking logical consistency, the symmetry of the legal structure, how far shall I seek it? At what point shall the quest be halted by some discrepant custom, by some consideration of the social welfare, by my own or the common standards of justice and moral? Into that strange compound which is brewed daily in the caldron of the courts, all these ingredients enter in varying proportions. I am not concerned to inquire whether judges ought to be allowed to brew such a compound at all. I take judge-made law as one of the existing realities of life. There, before us, is the brew. Not a judge on the bench but has had a hand in the making. The elements have not come together by chance. Some principle, however, unavowed and inarticulate and subconscious, has regulated the infusion" (pp. 10-11).

²² "Law is indeterminate to the extent that legal questions lack a single right answer. In adjudication, law is indeterminate to the extent that authoritative legal materials and methods permit multiple outcomes to lawsuits" (Kress, 1989, p. 283).

²³ Keeton pone el siguiente ejemplo para ilustrar las distintas vías de solución que puede tener un caso: "The attorney for a plaintiff claiming injury from an explosion and fire after a highway crash of a truck transporting gasoline may cite precedents supporting strict liability for injuries resulting from use of explosives in construction, arguing that the court should, by analogy, apply strict liability to transporting gasoline on the highways. Opposing counsel may cite precedents establishing negligence, rather than strict liability, as the court should apply that rule to this highway accident" (1990, p. 119).

²⁴ En principio, puede parecer contradictorio que el juez opte por una solución con base tanto en las implicaciones de su sentencia como en los precedentes que le vinculan. Sin duda, en algunos casos, estos dos criterios de elección pueden estar en conflicto y cada uno de ellos por separado llevaría al juez a optar por una solución distinta. Comprender cómo se sopesan y ponderan ambos

que proviene de la norma superior: la Constitución ha de prevalecer en su aplicación respecto de las normas inferiores en conflicto, el derecho federal respecto del derecho de los estados y el *statute law* con relación al *common law*.

Así, dejando a un lado las cuestiones del procedimiento de control constitucional,²⁵ lo cierto es que cuando un juez decide que la Constitución o la doctrina constitucional establecen las premisas normativas a partir de las cuales elaborará la regla de decisión, sólo está determinando cuál ha de ser la norma *eficaz* para resolver la disputa que tiene enfrente. La superioridad normativa de la Constitución hace que su aplicación deba *prevalecer* frente a las normas inferiores en conflicto.²⁶ Por tanto, lo que está en juego cuando un tribunal controla la constitucionalidad de las normas inferiores, no es la *validez* de dichas normas, sino su *eficacia* para resolver el asunto planteado. Cuando se atiende a la eficacia, el hecho de preferir una norma frente a otra no significa que la norma desplazada sea nula o inválida, sino que sencillamente no se aplica.

La Constitución, si bien es concebida como la norma más alta del sistema, es, a fin de cuentas, una norma más. Como tal, cualquier juez, en

principios es finalmente entender las fuerzas que impulsan la dinámica del sistema de precedentes, lo cual intentaremos explicar a lo largo de éste y el siguiente capítulo.

²⁵ Sobrepassa por mucho los objetivos de este trabajo analizar el procedimiento de control constitucional en Estados Unidos, la forma en que los litigantes ordinarios pueden plantear una cuestión constitucional ante un tribunal. El estudio de este tema es muy complejo y en sí mismo fuese suficiente para elaborar una tesis completa. Sin embargo, un libro que se dedica en forma exclusiva a este tema desde una perspectiva muy didáctica es el de Ripple, *Constitutional Litigation* (1984). Asimismo, Bator et al, *Hart and Wechsler's, Federal Courts and Federal System* (1988), puede ser un buen punto de partida para estudiar este intrincado tema.

²⁶ R. Lowry analiza esta cuestión con respecto a la decisión de *Marbury v. Madison*: "The power of review claimed by the Court in *Marbury* is merely a power of discretion to disregard existing laws in the decision of particular controversies, provided that the constitutional and statutory provisions involved are, like those in Article III and the Judiciary Act, *addressed to the Court itself*. If these provisions are not addressed to the Court itself, then the Court is not compelled, as a matter of logic, to choose between them in order to decide the case. [...] *Marbury* thus affords no basis for inferring that the Court is bound to disregard a statutory provision in conflict with the Constitution, except in that relatively small number of instances where the Constitution furnishes a direct rule for the courts. [...] Therefore, when the Court declares the superiority of the Constitution over ordinary legislation in *Marbury*, it does so not in derogation of legislative power, but only in justification of its judgement in that case, which is the determination of the respective rights and duties of *Marbury* and *Madison*" (1989, p. 99).

cualquier tipo de controversia, puede buscar en sus preceptos las pautas para decidir el asunto que tiene enfrente, siempre que alguna de las partes argumente que el "mejor derecho" para resolver la disputa tiene que buscarse en la norma fundamental y que, además, el juez no encuentre otra solución que, sin violar la Constitución, sirva para resolver la cuestión de derecho que el litigio plantea. En este sentido, la naturaleza de la función jurisdiccional y el proceso de control constitucional formalmente no se diferencia de otro tipo de procesos: los tribunales que desempeñan la tarea de proveer reglas generales deciden qué normas han de ser eficaces para crear el derecho del caso y dicha regla de decisión tiene efectos generales por el carácter de precedente de la sentencia.

Así, una sentencia constitucional establece una regla que ha de regir en futuros litigios similares o análogos. Sin embargo, y esto es lo importante, las similitudes o diferencias entre casos y, por tanto, la fuerza normativa de un precedente constitucional, no se determina con relación a la norma inferior inaplicada, sino a partir de los *hechos* que dieron origen a la controversia constitucional.²⁷

Ello se explica pues, como ya señalamos, los *hechos* objeto de la litis son los que activan el proceso de creación de derecho por los tribunales. Cuando existe una disputa jurídica ante la cual las normas existentes no ofrecen una respuesta clara, entonces se requiere que los tribunales resuelvan esa "zona de penumbra" estableciendo una regla que dé solución a la disputa, pero sobre todo que rijan en el futuro controversias jurídicas similares.

²⁷ Evidentemente es de esperar que ante un caso en el que se volviera a reclamar la inconstitucionalidad del mismo precepto legal antes inaplicado en circunstancias fácticas similares a las del caso anterior, el tribunal vinculado al precedente lo aplicaría tal cual. Este tipo de asuntos se denominan "*cases to the point*". Sin embargo, definir el valor normativo de un precedente a partir de analogías fácticas con otros litigios hace que el precedente constitucional también sirva para que otros preceptos legales, distintos de aquel que fue objeto de control, sean inaplicados. Como veremos, el sistema de precedentes se mueve a partir de establecer analogías y distinciones fácticas entre las diversas controversias. De ahí que, cuando se intenta determinar el valor normativo de una sentencia constitucional, lo relevante no son las normas inferiores inaplicadas, sino la similitud fáctica que puede existir entre el caso del que emanó el precedente y otros litigios.

Así, una sentencia constitucional viene a establecer que ante determinados hechos la norma fundamental es la que ha de ser *eficaz* frente otras posibles soluciones normativas y, además, que hechos similares a los del asunto resuelto deben estar regidos, en el futuro, por la regla constitucional que el tribunal creó con su sentencia. Será tarea de los abogados litigantes y de los tribunales posteriores determinar en qué casos una controversia jurídica tiene similitudes o diferencias fácticas respecto de aquella de la que emanó la regla del precedente.

Es importante advertir que, como veremos más adelante, el valor de precedente de una sentencia no se puede conocer *a priori* de sus futuras aplicaciones. Existen diversas formas de determinar la regla del precedente y, además, dichas reglas son esencialmente dinámicas, ya que transforman su contenido y ámbito normativo a partir del proceso mismo de su aplicación. Por ello, la relación que guardan las reglas constitucionales con los preceptos legales inaplicados no es una relación que se pueda determinar en forma estática. La categoría jurídica de "validez", propia de los sistemas normativistas, no cabe dentro de un sistema dinámico como el estadounidense. Como ya destacamos, la *posición* de las normas y su relación con las otras del sistema no forma parte del estudio del derecho en movimiento. Las reglas que integran el *case law*, sean constitucionales o de cualquier otro tipo, se transforman a partir de su interacción con la realidad social. En circunstancias extremas los precedentes constitucionales se revocan y, por tanto, la ley inaplicada puede recobrar, sin más, su eficacia.²⁸

²⁸ El dinamismo del *case law* viene dado, como ya señalamos, por la interacción entre *doctrinal* y *social propositions*. Eisenberg sostiene que precisamente esa dialéctica que existe entre normas y elementos extranormativos hace que el concepto de validez, propio de las teorías normativistas, no sirva para analizar el mundo del *case law*. Textualmente afirma: "The failure of text-based theories to distinguish between whether a rule established in a precedent is valid and binding in a formal sense, and whether it has force, is intimately related to the erroneous conception of such theories that the law can often be determined without regard to social propositions. Under text-based theories, a case is 'clear' or 'regulated' if it is controlled by doctrinal propositions, established in a past text, that a court is under duty to apply without regard to the rule's justification. However, whether a deciding court should apply a rule established in a precedent can never be determined simply by inspections of the

En este sentido, la relación que existe entre la regla constitucional y el precepto legal inaplicado es una *relación dinámica*. Por ello, lo relevante, desde el punto de vista del paradigma jurídico estadounidense, es explicar y anticipar los patrones de orden que rigen al movimiento del *case law* constitucional, determinar los factores que impulsan o frenan el dinamismo de las reglas y conocer las distintas directrices en las que puede evolucionar la doctrina constitucional vinculante. Ello permite predecir o pronosticar cuándo un tribunal va a estar obligado a construir la regla de decisión de la controversia planteada a partir de la Constitución o de los precedentes constitucionales, esto es, cuándo la norma constitucional prevalecerá en su aplicación frente a otras normas inferiores.

Para comprender la dinámica de los precedentes constitucionales tenemos que analizar la estructura de un precedente constitucional, las distintas formas en las que se determina la regla vinculante y las diversas técnicas jurídicas que permiten que tales reglas se transformen al ritmo del devenir social. En los siguientes apartados de este capítulo abordaremos todas estas cuestiones.

C. Aspectos generales del análisis de casos.

La estructura de un precedente constitucional: *holding, dictum y rationale*

En este apartado vamos a centrar nuestra atención en el estudio de los distintos elementos que conforman un precedente constitucional. Es importante tomar en cuenta que, por un lado, los precedentes constitucionales no tienen características formales (sólo materiales) que los diferencien de los otros tipos de precedentes. Por consiguiente, el análisis de los elementos que conforman un precedente constitucional es el análisis de la estructura de cualquier precedente de un sistema de *case law*. Por otro

precedent itself, but always depends at least in part on the justifiability of the rule under applicable social propositions" (1988, p. 153).

lado, aunque nuestro estudio se circunscribe a las decisiones del Tribunal Supremo, cabe destacar que no existen diferencias significativas, en cuanto a la forma y estructura, entre las sentencias de los tribunales intermedios y las de la Corte Suprema, pero en materia constitucional esta última es la que marca las pautas y directrices dominantes.

I. Características formales de las sentencias del Tribunal Supremo

Las sentencias del Tribunal Supremo por lo general son decisiones sobre recursos en contra de resoluciones de los tribunales federales de apelación y de los tribunales superiores de los estados. La sentencia concluye, por consiguiente, con la confirmación (*affirmance*), revocación o anulación (*reversal*) de la sentencia del tribunal inferior, o bien con el reenvío de la causa al inferior para que éste emita una nueva decisión de acuerdo con la opinión del Tribunal Supremo (*remand*).²⁹ Ahora bien, el contenido normativo de una sentencia no tiene que ver con estos mandatos dirigidos a los tribunales inferiores. El estudio de los precedentes se centra fundamentalmente en el análisis del razonamiento de la sentencia, en eso que los norteamericanos denominan "la opinión del tribunal".³⁰

²⁹ Lo común, tratándose de la revisión de las decisiones de los tribunales superiores de los estados, es que la Corte Suprema reenvíe la causa para que el tribunal reconsidere su decisión con base en la opinión de la Corte. Ello se debe a cuestiones centrales del federalismo americano. El Tribunal Supremo no tiene jurisdicción para revisar las cuestiones de derecho local resueltas por los tribunales de los estados; su ámbito jurisdiccional se limita a revisar las cuestiones de derecho federal que aborda la sentencia del tribunal estatal, siempre que éstas afecten directamente el resultado alcanzado en la sentencia. Por consiguiente, si tomamos en cuenta que en cualquier asunto pueden existir cuestiones de derecho federal y local al mismo tiempo, la Corte Suprema no puede más que reenviar la causa para que el tribunal estatal dicte una nueva sentencia y se vuelva a pronunciar sobre las cuestiones de derecho local que el asunto plantea haciendo una interpretación del mismo conforme o en armonía con el derecho federal, en los términos, claro está, en que la Corte Suprema interpreta este último. Al respecto se puede ver Bastor et. al. (1988, pp. 533-539).

³⁰ Llewellyn sostiene: "What is the opinion? It is the justification, prepared by one judge whose name it bears, and concurred in by the court, for the court's deciding the case as they have done. How it comes into being differs from court to court. [...] Always, however, the opinion is an explanation, a justification of the decision, and one at least accepted to the court which decided. Almost always the opinion is all that you see. Behind it lies the whole course of transaction, trial and appeal which has been sketched" (1991, pp. 34-35).

El magistrado ponente, por lo general, comienza el razonamiento jurídico de la sentencia precisando cuál es la pregunta que tiene enfrente, esto es, cuál es la cuestión de derecho que va a resolver.³¹ En caso de que el tribunal no formule explícitamente esta cuestión, lo primero que tiene que detectar quien analiza un caso es precisamente dicha pregunta, ya que cualquier valor de precedente que puede llegar a tener la sentencia está delimitado por aquello que el tribunal se propuso estudiar y resolver.³²

Al comienzo de la opinión también existe una breve sinopsis del sentido de las decisiones del juez de primera instancia y del tribunal intermedio, así como de los hechos objeto de la litis. Cabe destacar que en las decisiones del Tribunal Supremo no existe una división formal entre hechos y fundamentos jurídicos de la sentencia. Ello se debe a que, en un sistema de *case law*, la escisión entre hechos y normas, como señalamos, nunca se produce por completo. Las circunstancias fácticas que dan origen a la controversia, y ante las cuales se presume que el material normativo es indeterminado, son las que serán tomadas en cuenta por el tribunal para crear el derecho del caso. Por tanto, la regla constitucional que el tribunal crea con su sentencia debe ser interpretada a la luz de los hechos del asunto sometido. La nota más sobresaliente del *case law*, como hemos destacado, es que el derecho es esta interacción entre normas y hechos.³³

Cabe destacar que los estadounidenses distinguen entre dos tipos de cuestiones de hecho: los denominados *adjudicative facts* y los *legislative*

³¹ Por ejemplo en *Flat v. Cohen* el juez Warren señala: "In this case we must decide whether the Frothingham barrier should be lowered when a taxpayer attacks a federal statute on the ground that it violates the Establishment and Free Exercise Clause of the First Amendment" (392 U.S. 83, 1968, p. 88). Cabe destacar que el Tribunal puede decidir varias cuestiones en una sola sentencia. Una decisión contendrá tantas reglas como cuestiones resuelva el Tribunal. Sin embargo, para simplificar nuestro estudio, asumiremos que el Tribunal sólo intenta responder a una sola cuestión.

³² De ahí que Llewellyn sostenga: "First, in approaching any case upon review, we need to know what the kind of review is, what action the court is undertaking to do, or we shall fail to understand its action" (1991, p. 33).

³³ Cross y Harris sostienen que la regla básica para comprender cómo opera en la práctica el sistema de precedentes es que "toda sentencia debe ser leída a la luz de los hechos del caso que resuelve" (*Judgments must be read in the light of the facts of the cases in which they are delivered*). La aplicación de un precedente en casos futuros estará condicionada por las similitudes fácticas entre el nuevo asunto que resuelve el juez y aquel del que emanó el precedente (1991, p. 43).

facts. Los primeros son los hechos materia de la litis, *the facts of the case*, los que, en palabras de Ripple, definen "quién hizo qué a quién" (1984, pp. 43). Como señalamos, el Tribunal Supremo, por lo general, no va a revisar la evidencia que demuestra tales hechos; se va a estar a lo decidido por el jurado o el juez que instruyó el proceso de primera instancia. Éstos son los hechos que el Tribunal sintetiza al comienzo de su opinión. Sin embargo, los *adjudicative facts* no son los únicos hechos que toma en cuenta para decidir. La función de proveer reglas que desempeñan los tribunales con jurisdicción de apelación hace que, como señalamos, sus decisiones no sólo vean hacia las partes y hacia el pasado, sino también hacia el futuro y hacia la sociedad en general. Por ello, tales tribunales necesitan información acerca del contexto social, económico, cultural, político en el que se produce su decisión. Los denominados "*legislative facts*" constituyen todas aquellas cuestiones fácticas que permiten al tribunal entender cuáles son los valores sociales en conflicto y las implicaciones prácticas que en la sociedad tendría una u otra regla de decisión. A fin de cuentas, los *legislative facts* le proporcionan la información necesaria para hacer elecciones de política pública propias de cualquier órgano que crea derecho, que desempeña una función "legislativa".³⁴

Ahora bien, a pesar de esta relación entre cuestiones de hecho y de derecho, la categoría jurídica de "precedente" sólo está reservada para los pronunciamientos de derecho contenidos en las decisiones de los tribu-

³⁴ Para ver el papel que juegan los *legislative facts* en la actividad judicial, basta analizar la famosa decisión de *Brown v. Board of Education*, en la cual, como señalamos, el Tribunal Supremo rechaza la doctrina de "separados pero iguales" establecida en *Plessy*, y estima la inconstitucionalidad del sistema de segregación racial en las escuelas públicas. En la motivación de su decisión el Tribunal se apoya en el estudio psicológico que el demandante había aportado al juez de distrito, que sostenía que la separación de niños negros y niños blancos en las escuelas tenía un claro impacto psicológico en los primeros, pues les generaba un "sentimiento de inferioridad". Este tipo de estudios son un ejemplo de *legislative facts*. En el presente trabajo estimaremos que los *legislative facts* constituyen parte integral de la motivación de las sentencias, en concreto, son aquellos elementos extranormativos que el juez toma en cuenta para dar su decisión. Como veremos más adelante, dicha motivación, denominada *rationale*, es muy importante para determinar el alcance normativo de un precedente en futuros litigios. Sobre la distinción entre *adjudicative facts* y *legislative facts* se pueden ver Ripple (1984, pp. 43-77); Keeton (1988, pp. 1 y ss.).

nales con jurisdicción de apelación. El establecimiento de los hechos, a partir de las complicadas reglas en materia de evidencia, no crea precedente. De ahí que cuando una decisión judicial no resuelva o clarifique alguna cuestión de derecho, sino que se limite a citar y aplicar lisa y llanamente la doctrina judicial vinculante, no constituya un precedente. De hecho, este tipo de sentencias, como señalamos, ni siquiera son publicadas en los *law reports*. Además, lo más probable es que esta clase de disputas no lleguen a los tribunales de apelación, o que, inclusive, antes de que finalice el proceso de primera instancia, las partes lleguen a un acuerdo y se desistan del juicio.³⁵ Sin embargo, tratándose de las decisiones del Tribunal Supremo, en su gran mayoría tienen que ver con asuntos difíciles y cuestiones jurídicas novedosas.

El razonamiento judicial para resolver la cuestión de derecho que el tribunal enfrenta tendrá una buena mezcla de ingredientes. En los asuntos en materia constitucional, por lo general estarán presentes cuestiones

³⁵ Existen asuntos en los cuales lo que está en debate son meras cuestiones de hecho, no de derecho, esto es, lo que las partes discuten es si pueden o no probarse los hechos que condicionan la aplicación del derecho, y no si el derecho debe ser interpretado de tal o cual manera. Desde la perspectiva norteamericana, el único modo en que las cuestiones de derecho pueden estar más o menos definidas es a través de la doctrina judicial vinculante, ya que los preceptos legales en abstracto, como hemos destacado, son por naturaleza indefinidos e inciertos. En este sentido, si lo que en el litigio se discuten son meras cuestiones de hecho y ambas partes coinciden acerca de cuál es el derecho (entiéndase precedentes) que rige la cuestión, existen buenas posibilidades de que el asunto se resuelva antes de llegar a tribunales, o bien durante la fase *pre-trial*. Como ya mencionamos, durante el *pre-trial* ambas partes tienen oportunidad de descubrir y conocer cuáles son las pruebas de su adversario. Durante esa fase, si la parte que demanda o la demandada concluyen que la evidencia de su oponente es suficientemente fuerte como para ganar el juicio, entonces buscarán llegar a un acuerdo antes de que se lleve propiamente el *trial* ante el juez y el jurado en su caso. Es interesante el estudio empírico realizado por Grossman, Kritzer, Bumiller y Dougal en el que concluyen que, en promedio, de los diversos tribunales estudiados, más de 60% de los asuntos de primera instancia terminaron con un acuerdo entre las partes durante la fase de *pre-trial*. Ello se debe precisamente a que las partes valoran, con base en el conocimiento de la evidencia de su adversario, sus posibilidades para ganar el juicio, aunado al costo económico que en sí mismo significa el prolongar el litigio (1981, pp. 106-108). Ahora bien, como veremos más adelante, a pesar de que la doctrina judicial esté consolidada y que, por tanto, sea clara e incontrovertible, nada impide que pueda ser revisada y modificada por los tribunales con jurisdicción de apelación. En este sentido, una de las partes puede solicitar al tribunal que revise el contenido de la doctrina vinculante y que la adapte a los cambios sociales. En este tipo de asuntos, la parte interesada en el cambio de la doctrina buscará que el asunto llegue hasta el tribunal de apelación o la Corte Suprema, en su caso, ya que los jueces vinculados verticalmente a un precedente no pueden modificar ni revocar la doctrina judicial.

relativas al método de interpretación constitucional que se debe seguir, el alcance y grado de autoridad de los precedentes previos, así como argumentos en torno a las razones de política pública, de justicia y demás factores extranormativos que toma en cuenta el tribunal para decidir.³⁶ Para descifrar el valor de precedente de una decisión hay que fijarse en la manera en que el tribunal formula su decisión, el establecimiento de las premisas, el lazo que las une y que tienen todas ellas con la conclusión o resultado alcanzado.

El denominado "estudio de casos" centra su atención en tres elementos básicos que integran la opinión del tribunal: *holding*, *dictum* y *rationale*. Cabe destacar que dicho estudio de casos se puede llevar a cabo desde diversas perspectivas, esto es, existen distintos niveles de discusión en relación con el análisis de sentencias. Los términos *holding* y *dictum* tienen diferentes significados según cuál sea el nivel de discusión. De ahí que para comprender el debate académico norteamericano se requiera, antes que nada, identificar con claridad desde qué ángulo o perspectiva se están estudiando las decisiones judiciales. Por el momento, a nosotros nos interesa distinguir dos de estos niveles de discusión: el análisis de la sentencia desde el punto del conflicto decidido y el relativo a su posible fuerza normativa en futuros litigios.³⁷

³⁶ Fallon clasifica en cinco categorías el tipo de argumentos constitucionales: 1) acerca del significado del texto constitucional; 2) acerca de la intención de los constituyentes (*framers' intent*); 3) de teoría constitucional; 4) con base en precedentes judiciales, y 5) sustantivos o de consideraciones de justicia y de política pública (1987, pp. 1189 y ss.).

³⁷ Llewellyn identifica cinco niveles distintos de discusión acerca de las decisiones judiciales: "1) There is first the question of what the court *actually decided* in a given case: judgment reversed, and new trial ordered. And the question of what express ratio decidendi it announced. [...] 2) There is the question of *what the rule of the case is*, as derived from comparison with a number of other cases. [...] 3) As against both of these, there is the question of the manner, attitude and accuracy of the court's *interpretation* or transformation of the raw evidence. Here judgment factors enter and you and I may not agree about it. [...] 4) There is the question of what the *probable* precedent value of the case is, in a given court or in general. Here, too, judgment factors enter very largely, and objective agreement is not to be expected. [...] 5) There is the question of *estimating what consequences the case* (and its effects on other cases) will have to laymen: the relation between the *ways* of the court and the *ways* of those affected by the court (1991, pp. 84-85).

II. El análisis de las sentencias del Tribunal Supremo desde el punto de vista del conflicto decidido

En primer término, una sentencia se puede estudiar desde el punto de vista de lo que el tribunal decidió, sin otra finalidad que la de dar cuenta de lo que sucedió con un caso en concreto. Desde esta perspectiva, el *holding* es la parte específica de la opinión en la que el tribunal decide la cuestión de derecho que tiene enfrente, esto es, la regla o principio que establece el tribunal para decidir el caso. En términos prácticos, el *holding* es la respuesta que el tribunal da a las partes respecto a la cuestión jurídica que el caso plantea. Esa regla que decide el caso se puede encontrar expresamente formulada en la opinión del tribunal, o bien se puede inferir analizando el resultado de la decisión, las situaciones fácticas y el contenido de la opinión.

Cabe destacar que el término *holding* es un sinónimo del término, más conocido entre los españoles, de *ratio decidendi*. El primero es una expresión propia del derecho estadounidense; el segundo, del derecho inglés, aunque los juristas norteamericanos a veces también hablan de *ratio decidendi*. Nosotros utilizaremos ambos términos en forma indistinta.³⁸ Asimismo, los juristas norteamericanos utilizan el término *dicta* (en plural) y *dictum* (en singular) como abreviación de *obiter dicta* u *obiter dictum* respectivamente.

La categoría jurídica de *dicta*, desde este nivel de discusión, se refiere a aquellas consideraciones jurídicas que elabora el tribunal en su opinión que no son necesarias para fundamentar la decisión alcanzada. El ejemplo más común de *dicta* es cuando el tribunal gratuitamente sugiere cómo

³⁸ El profesor de la Universidad de California, en Berkeley, Eisenberg me aclaró este problema terminológico. Es importante tenerlo en cuenta pues más adelante analizaremos la bibliografía inglesa y la americana con relación a los distintos métodos que existen para determinar *ratio decidendi* o *holding* y, como veremos, los trabajos de los juristas ingleses sólo utilizan el término *ratio decidendi*, mientras que los americanos los mezclan.

resolvería una cuestión conexas o relacionada con la disputa, pero que en ese momento no está resolviendo.³⁹ Esos pronunciamientos a modo de *dicta* les permiten a los tribunales inferiores predecir o pronosticar cómo decidiría el Tribunal Supremo esa cuestión hipotética conexas al caso. Sin embargo, mientras ello no suceda, esto es, mientras que el tribunal no tenga enfrente una disputa para abordar esa cuestión en específico, el debate jurídico permanece abierto. Los pronunciamientos que son *dicta* sólo tienen fuerza persuasiva, ningún tribunal, ni siquiera el que se pronunció al respecto, está obligado a darles autoridad en la resolución de futuras disputas.⁴⁰

Finalmente, el *rationale* son las razones o la justificación que da el tribunal para llegar a alcanzar el resultado; es lo que se conoce como "*the grounds of the holding*". Entender *por qué* el tribunal opta por una solución y no por otras posibles es esencial para predecir o pronosticar el futuro valor de precedente de una sentencia y la dirección en la que puede evolucionar la doctrina vinculante.⁴¹ En el *rationale* se encuentran, entre otras

³⁹ Aldisert da el siguiente ejemplo para ilustrar lo que es *dictum*: "In addition to the adjudicative facts, the court also discusses narrow and specific facts not in the record and gratuitously suggests how it would decide a case based on those non-record facts. Such a discussion is easily recognized as *obiter dictum*. Consider this example: Operating his car at an improperly high rate of speed, the driver-defendant attempts a turn and whips across the centerline and crashes into oncoming traffic. The court decides the case in favor of the plaintiff and says by way of *dictum*: 'Of course, although the facts are not present here, if the steering wheel suddenly becomes defective, we would have a products liability case and the defendant would not have been liable' (1990, p. 609).

⁴⁰ Dorf sostiene que en el caso de los tribunales inferiores se puede percibir dos tipos de actitudes hacia los pronunciamientos que se consideran *dicta* de las decisiones del Tribunal Supremo. Existen los tribunales "prudentes" que siguen y se vinculan a tales pronunciamientos como una especie de garantía de que sus sentencias no serán revocadas, aunque en caso de que se modifique la integración del Tribunal y que cambien las "coaliciones" entre los *justices* es posible que no lo hagan. También están los tribunales "temerarios", que como se saben no vinculados a las cuestiones que son *dicta*, simplemente deciden la disputa sin tomarla en cuenta (1994, p. 2026).

⁴¹ Maltz ejemplifica la diferencia entre *rationale* y *holding* de la siguiente manera: "The rationale of a case is the reason given for adopting the specific doctrine (or holding) governing the case. *Graham v. Richardson* illustrates the difference between rationale and specific doctrine. In *Graham*, plaintiffs challenged a variety of state rules limiting the access of aliens to welfare benefits. Striking down these rules, the Supreme Court asserted that 'classifications based on alienage are inherently suspect and subject to close judicial scrutiny. Aliens as a class are prime example of a discrete and insular minority for whom such heightened judicial scrutiny is appropriate'. The doctrine established in *Graham* is alienage-based classifications are subject to close scrutiny. The *rationale* for adopting that doctrine is that aliens are a discrete and insular minority. Although not always no sharply distinguished

cuestiones, esos juicios de valor extranormativos que los jueces hacen valer en sus sentencias. Como destacaron los juristas pragmático-instrumentales, el análisis de consideraciones extranormativas constituye una pieza clave para poder imaginar hacia dónde se mueve el derecho. Además, en el ámbito constitucional, como veremos, dado el contenido altamente sustancialista de algunos preceptos constitucionales, el valor normativo del *rationale* tiene una especial relevancia para la elaboración de la doctrina vinculante.⁴²

III. El análisis de las sentencias del Tribunal Supremo con miras a pronosticar su posible valor normativo

Un nivel distinto de discusión sobre las decisiones judiciales se presenta cuando se intenta definir la regla que establece el precedente. Es decir, el caso se analiza con miras a determinar o a pronosticar su futuro valor normativo en la resolución de disputas análogas. Este es un análisis prospectivo de la sentencia. Desde esta perspectiva, el *holding* será la regla por la que el caso se considera vinculante y no, como sucede en el otro nivel de discusión, la regla o principio que decide el caso.⁴³ Pasar de la regla que decide un caso concreto a la formulación de una regla general

by the courts, the two concepts affect the force of precedent in quite different way. Rationales generally assume their greatest importance in situations in which a party attempts to expand the doctrine of a particular case beyond the limits defined by the case" (1988, p. 379).

⁴² Véase, por todos, Tribe y Dorf (1990, pp. 1057 y ss.).

⁴³ Montrose distingue los dos sentidos del término *holding* o *ratio decidendi*, esto es, los dos niveles de discusión a los que hacemos referencia de la siguiente forma: "The expression *ratio decidendi* is used in two senses: 1) The rule for which a case is binding authority, and 2) the rule of law to be found in the actual opinion of the judge forming the basis of his decision" (1953, p. 319, citado en Cross y Harris, 1991, p. 72). En el mismo sentido, Simpson formula, aunque con menos precisión, esa distinción en los siguientes términos: "There are really two problems involved in the use of cases. The first is the problem of *defining* the *ratio decidendi*, that is to say defining what is meant by 'the ratio of a case'. [...] The second is the problem of *determining* the *ratio decidendi*." Más adelante concluye: "The most usual problem with precedents is not that of discovering what was decided in an earlier case, but in deciding whether a ruling in an earlier case ought or ought not to be applied in a slightly different situation which has arisen subsequently" (1961, pp. 159 y 171). La misma diferencia de los dos sentidos del término *holding* o *ratio decidendi* la hace Burton: "Holding is commonly used in either of the two senses. A broad holding is much like a common law rule, which states its factual part in general terms. To minimize confusion, let us call this 'a ruling'. A narrow

que sea aplicable a otro litigio similar implica dotar de cierta generalidad a los hechos que dieron origen a la disputa. La distinción entre *holding* y *dictum*, como veremos, tendrá que ver con el grado de generalidad con el que se formule regla que establece el precedente.

Existe un gran espectro de posibles generalizaciones de la regla o *holding*, por ello se estima que el valor de precedente de una sentencia es indeterminado hasta que no se resuelve una serie de casos posteriores. Como señala Stone: "en un caso aislado nunca existe una sola *ratio decidendi*, sino una serie de *rationes decidendi* que compiten entre sí para gobernar situaciones fácticas futuras" (1959, p. 608). Conocer cuán amplias son las posibilidades de elección y cuáles son las consecuencias de cada una de éstas son cuestiones básicas para entender el significado del *stare decisis* (Oliphant, 1927, p. 73).

D. La regla vinculante de un precedente constitucional

I. Planteamiento del problema: el carácter indeterminado del ámbito normativo de un precedente

El valor normativo del precedente depende de cómo se plasme en la práctica judicial el principio rector del sistema de *case law*: los casos semejantes deben ser tratados igualmente. La aplicación o no de un precedente dependerá, entre otros factores, de las similitudes y diferencias fácticas que existen entre el caso a resolver y el caso del que emanó el precedente. El juez, una vez que valora esas semejanzas y diferencias, puede decidir: 1) aplicar (*apply*) la regla del precedente, ello cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares; 2) seguir (*follow*) la regla del precedente, cuando a pesar de que existen diferencias relevantes entre

holding is more case-specific [...] it summarizes the important case-specific facts in the precedent case and states the legal consequences then attached to those facts" (1995, p. 37).

los dos casos, a juicio del tribunal éstas no justifican un trato jurídico distinto y, por tanto, extiende, a través del razonamiento analógico, la regla del precedente al nuevo supuesto; o 3) distinguir (*distinguish*) la regla del precedente, esto es, no aplicarla en el asunto que resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato jurídico distinto.⁴⁴

El contraste entre casos es lo que finalmente va definiendo los contornos normativos de un precedente. Sin embargo, para comprender por qué los juristas estadounidenses insisten en que el valor normativo de un precedente es indeterminado hasta que no se aplique, extienda o distinga en litigios posteriores, es preciso analizar los problemas que existen en la determinación de la regla que establece un precedente y en la formulación del juicio de igualdad entre los casos que se contrastan.

1. La selección de "hechos relevantes" y "hechos irrelevantes" de la sentencia con valor de precedente

Un precedente establece una solución normativa para cierto supuesto de hecho. Por consiguiente, lo primero que hay que determinar para conocer el valor normativo de un precedente en la resolución de casos análogos o similares son los *hechos* que condicionan su aplicación. A diferencia del razonamiento jurídico que se basa en normas escritas, en las que el juez parte de un supuesto de hecho expreso que, como tal, es abstracto y general, el razonamiento jurídico con base en precedentes, en cambio, debe comenzar construyendo a partir de lo concreto (la decisión judicial) un supuesto normativo abstracto.⁴⁵

⁴⁴ Cfr. Cross y Harris (1991 p. 27).

⁴⁵ F. Schauer lo expresa en los siguientes términos: "What distinguishes reasoning from precedent from reasoning from rule, is the necessity in the precedential reasoning of constructing the generalization/factual predicate that already exists in the case of a rule. As we have seen, the factual predicate of a rule, a generalization necessarily encompassing a multiplicity of events, is part of the rule's canonical form. But where there is only a previous decision and no rule-formulation, the source of the factual

"Cada precedente [señala Oliphant] se encuentra en el centro de un gran estadio. El ángulo y la distancia desde la cual sea observado depende del asiento que elijamos" (1928, p. 73). ¿Qué consecuencias tiene elegir una u otra posición? El nivel de generalidad y abstracción de la regla que establece un precedente será distinto y, por lo tanto, también lo serán sus futuras aplicaciones. El hecho de que los tribunales posteriores tengan la libertad de elegir la posición desde la cual determinar el nivel de generalidad de la regla del precedente —"escoger su asiento", diría Oliphant— es lo que impide que exista una sola *ratio decidendi* o *holding* en una decisión judicial y un único método para determinarla. A fin de cuentas, el valor normativo de un precedente no se puede conocer *a priori* de sus futuras aplicaciones.

El tribunal que establece el precedente determina el marco de posibilidades dentro del cual deben llevarse a cabo las elecciones de los jueces posteriores. Sin duda, como sostiene Summers, el ámbito de discrecionalidad que tiene el juez posterior para elegir el nivel de generalidad de la regla del precedente que le vincula está en función de tres factores: 1) la amplitud de la cuestión que resuelve la sentencia con valor de precedente, 2) la profundidad o extensión del razonamiento que justifica la sentencia (*rationale*), y 3) lo "generalizables" que sean los hechos que dieron origen a la disputa de la que emanó el precedente (1997, 386-387). Tomando en cuenta estos límites, el tribunal posterior debe configurar el supuesto de hecho de la regla que le vincula, lo cual presenta varias dificultades.

En primer término, y toda vez que es un dato incuestionable que ningún litigio va a ser idéntico a otro en todo respecto, el valor normativo de las decisiones judiciales exige seleccionar los hechos relevantes de los irrelevantes de la sentencia con fuerza de precedente. Esta es una cuestión que le corresponde al juez posterior. El análisis de la opinión del propio

predicate is obscure, and consequently the manner in which the previous decision constrains becomes problematic" (1992, p. 183). En el mismo sentido, véase Simpson (1961, pp. 156-159).

tribunal que estableció el precedente es el punto de partida para que el juez posterior elabore el supuesto de hecho (*factual predicate* o *factual pattern*) de la decisión con valor de precedente. Las opiniones judiciales siempre contienen un análisis de hechos; todo tribunal enfatiza las cuestiones fácticas que estima preponderantes en su decisión.⁴⁶ En este sentido, el tribunal que establece el precedente marca las pautas para que el juez posterior seleccione los hechos esenciales de los contingentes. Sin embargo, y esto es lo importante, la existencia de espacios abiertos para la interpretación jurídica del tribunal posterior es inevitable.⁴⁷ Por tanto, es posible que dos jueces mantengan posiciones diferentes acerca de cuál es el supuesto de hecho de la misma sentencia con valor de precedente.⁴⁸

⁴⁶ Al respecto Tribe y Dorf sostienen: "Typical judicial opinions distinguish between *essential* and *non-essential* facts, and that by paying attention to such distinctions, judges trained in the method of the common law can generalize from prior cases without merely imposing their own values" (1990, p. 1059).

⁴⁷ Al respect, las palabras de Carter son muy ilustrativas: "No judicial opinion in a prior case can require that a judge sift the facts of the present case one way or another. She is always free to do this herself. A judge writing her opinion can influence a future use of a precedent she creates by refusing to report or consider some potentially important facts revealed in the trial transcript. But once reported them, precedent users can use the facts in their own way. They can call a fact critical that a prior judge reported but deemed irrelevant. They can make a legal molehill out of what a prior judge called a mountain. Thus the precedent judge, the precedent user, retains the freedom to choose the example from which the legal conclusion follows" (1994, p. 36). Esta dificultad para seleccionar los hechos relevantes de los irrelevantes es lo que le lleva a Kress a sostener: "The precedential techniques must be restricted to ensure that only relevant facts appear in the rules generated or that rules are defensible or justified. In effect, a theory of which facts are relevant would be a theory of common law adjudication" (1989, pp. 300-301).

⁴⁸ Posner pone el siguiente ejemplo. El primer tribunal (el que crea el precedente) decide que es un derecho constitucional de libertad el poder utilizar métodos anticonceptivos y estima la inconstitucionalidad de la ley que proscribía el uso de anticonceptivos entre parejas adultas. El tribunal posterior se enfrenta a un asunto similar, pero esta vez tiene que ver con una menor de edad. El primer tribunal pudo haber establecido expresamente en su opinión que la edad del usuario del producto no era relevante para su decisión. El juez posterior, en principio, debería aplicar, sin más, el precedente. Sin embargo, en la práctica judicial norteamericana también puede suceder que el tribunal posterior opte por una interpretación "minimalista" de la sentencia con valor de precedente y estimar que es simple *dictum* la referencia que hace el tribunal anterior respecto de la irrelevancia de la edad del usuario de los anticonceptivos. Como veremos, de acuerdo con el "minimalismo" el tribunal no puede decidir más que la cuestión específica que plantea el asunto concreto, por tanto, la regla del precedente sólo ha de regir para parejas adultas, pues la parte demandante del asunto del que emanó el precedente era una pareja adulta. En otros términos, el hecho de que se trate de una pareja adulta es parte integrante del supuesto normativo de la regla del precedente. También puede suceder que el primer tribunal no haya mencionado nada respecto de la edad del usuario de anticonceptivos. En este caso, el tribunal posterior tiene al menos dos alternativas. En primer término, puede estimar que, aunque el precedente no mencione nada respecto de la edad del usuario del

2. La elección del nivel de generalidad de los "hechos relevantes" de la sentencia con valor de precedente

El segundo problema que existe en la determinación del supuesto de hecho de la regla que establece un precedente es que, una vez seleccionados los hechos irrelevantes y los relevantes, es necesario determinar el nivel de generalidad al que deben ser interpretados estos últimos. Como señala Schauer, la decisión judicial con valor de precedente no establece ninguna categorización abstracta de los hechos, ya que la sentencia está resolviendo una cuestión concreta (1992, p. 183). Dicha categorización de hechos, que no es otra cosa que elaborar el supuesto normativo de la regla vinculante, la lleva a cabo el juez posterior. Existen diversas formas de generalizar la regla que establece un precedente. Como lo demuestra la práctica judicial, cada uno de los hechos que condicionan la aplicación de un precedente puede ser interpretado por el juez posterior desde distintos niveles de generalidad; cada uno de estos niveles daría lugar a una regla distinta.⁴⁹

producto, ese es un hecho irrelevante y, por consiguiente, aplique sin más el precedente. En segundo término, también puede estimar que el supuesto de hecho del precedente es diferente de aquél que plantea el nuevo litigio, el primero se refiere a parejas adultas y el nuevo asunto a un menor de edad, lo cual le permite elaborar una distinción y crear una regla distinta para el caso que resuelve. En cualquier caso, evidentemente, el juez posterior tiene que razonar exhaustivamente dicho trato igual o distinto entre menores y adultos. Sin embargo, lo que queremos resaltar por ahora es que los hechos relevantes o esenciales del caso que establece el precedente no quedan predeterminados por completo por el tribunal que lo estableció y que el juez posterior, cuando tiene enfrente un asunto similar, también desempeña un papel importante en esta cuestión (1985, pp. 253-254).

⁴⁹ Stone ejemplifica esta cuestión a partir de un caso concreto. Más tarde, otros autores han tomado ese mismo ejemplo para ilustrar este problema. En el conocido caso inglés de *Donoghue v. Stevenson* (1932, A.C. 532) la señora Donoghue reclama el pago de daños y perjuicios a la compañía Stevenson, productora de cervezas de jengibre, ya que al tomar en un bar una de esas cervezas —embazada en una botella opaca— encuentra un gusano. Ella comprueba en el juicio que ese hecho le produce un *shock* nervioso y una gastroenteritis. La compañía argumenta que no tiene el deber jurídico de pagar daños y perjuicios a la demandante, ya que no existe ningún contrato celebrado entre ellos. Sin embargo, la House of Lords estima que dicha empresa tenía la obligación jurídica de preparar y embotellar con el debido cuidado la cerveza que producía, y como incumplió con tal obligación era responsable civilmente por los daños que le había causado dicho descuido a la señora Donoghue. Stone sostiene que cada uno de los hechos que condicionan la aplicación del precedente puede ser interpretados, por el tribunal posterior, en distintos niveles de generalidad. Por ejemplo, el hecho de que se trate de un productor de cervezas significa que el supuesto normativo de la regla o *holding*

También en este caso el propio lenguaje utilizado por el tribunal que estableció el precedente puede dar idea de cuál es el nivel de abstracción en el que deben ser interpretados los hechos. Sin embargo, el tribunal posterior siempre puede elegir un nivel distinto.⁵⁰ Así, aunque del razonamiento de la sentencia con valor de precedente se pueda concluir que el tribunal pretendió establecer una regla abstracta y general y que, por tanto, los hechos que dieron origen a la disputa deben ser interpretados bajo categorías igualmente abstractas, el tribunal posterior siempre puede optar por lo que se denomina un método minimalista en la determinación de la regla que establece el precedente. Como veremos, dicho método parte de la premisa de que el tribunal anterior sólo está legitimado para crear el derecho indispensable para resolver el caso que tiene enfrente y, por tanto, a pesar de que dicho tribunal haya intentado establecer una regla abstracta que abarque una clase completa de asuntos, el tribunal posterior, de acuerdo con las premisas del minimalismo, considerará que cualquier pronunciamiento de la sentencia con valor de precedente más genérico que los hechos objeto de la litis será *dictum*. El supuesto de hecho del precedente queda, por consiguiente, circunscrito a los hechos que dieron origen a la disputa interpretados éstos en forma concreta. El mismo argumento opera en forma inversa: el tribunal anterior puede intentar establecer una regla muy concreta, pero el tribunal posterior puede determinar dicha regla en forma genérica.⁵¹

se refiere a productores de cerveza, a productores de bebidas, a productores de comida, a productores de bienes o a productores en general (servicios y bienes). El hecho de que el agente del daño haya sido un gusano significa que el supuesto normativo de la regla se refiere a gusanos, a animales descompuestos, a sustancias orgánicas dañinas o a cualquier tipo de material tóxico orgánico e inorgánico. El hecho de que la botella de cerveza fuese opaca significa que el supuesto normativo se refiere a botellas opacas, a recipientes oscuros o a cualquier producto embazado. En fin, lo que intenta demostrar Stone es que cada uno de los hechos puede ser interpretado en distintos niveles de generalidad y que, por tanto, en una decisión no existe una sola *ratio decidendi*, sino varias posibles *rationes decidendi* que compiten entre sí para gobernar futuras situaciones fácticas (1959, pp. 602-607). Sobre esta cuestión, también se pueden ver Schauer (1992, pp. 181-85) y Auerbach (1991, pp. 563-570).

⁵⁰ Auerbach expresa esta idea en los siguientes términos: "There is no reason why the deciding court should feel constrained by the level of generality adventitiously chosen by the precedent court when the adjudicative facts of the precedent case enable the deciding court to read the rule of the precedent at various levels of generality" (1991, p. 564).

⁵¹ Al respecto, Sunstein sostiene: "More generally, courts deciding cases will have only limited authority over the subsequent reach of their opinions. A court that is determined to be maximalist

Es importante entender que la distinción *holding-dicta*, en este contexto, no tiene que ver con aquellos pronunciamientos del tribunal que crea el precedente que aborda una cuestión conexas a la disputa,⁵² sino con el nivel de generalidad con el tribunal posterior determina la regla que le vincula. En efecto, si dicho tribunal quiere limitar el ámbito normativo del precedente, entonces estimará que es simple *dictum* cualquier intento, por parte del tribunal anterior, de establecer una regla que abarque una categoría amplia de asuntos. En otros términos, se considera como *dictum* cualquier pronunciamiento que no esté estrechamente vinculado con las circunstancias fácticas que *concretamente* dieron origen a la disputa de la que emanó la regla vinculante.⁵³ Como veremos más adelante, a través de esta distinción entre *holding* y *dicta* es que las reglas que establecen los precedentes cambian y redefinen su ámbito normativo en el proceso mismo de su aplicación.

Ahora bien, una vez definido el supuesto de hecho de la sentencia con valor de precedente, el tribunal posterior debe decidir si la regla debe ser aplicada, extendida o distinguida en el caso que resuelve. Como analizaremos a continuación, según cuál sea el método que el juez utilice para determinar la regla que establece el precedente, las operaciones de aplicar, extender o distinguir dicha regla adquieren significados distintos. En otras palabras, las diversas técnicas que existen para definir la regla de una decisión previa se sustentan en distintas concepciones de lo que significa la propia noción de "precedente vinculante" y, por tanto, la forma en que una decisión previa limita al juez posterior y le obliga a aplicar, extender o distinguir la regla del precedente será igualmente distinta.

may fill its opinion with broad pronouncements, but those pronouncements may subsequently appear as 'dicta' and be disregarded by future courts. The converse phenomenon is also familiar. A court write a self-consciously minimalist opinion, but subsequent courts may take the case to stand for a broad principle that covers many other cases as well" (1996b, p. 27).

⁵² Estos pronunciamientos en forma de *dicta* en los que el tribunal sugiere cómo resolvería una cuestión jurídica conexas a la disputa también se conocen como "*asides*", esto es, cuestiones "a parte" o "a un lado".

⁵³ Sobre esta distinción entre las dos formas de entender el término *dicta* véase, por todos, Dorf (1994, pp. 2000-2009).

Además, el término de comparación para determinar igualdades y diferencias entre el precedente y el caso a resolver nunca es fijo ni preestablecido; cada juez lo construye a partir de su propia experiencia y de las analogías y distinciones que cada una de las partes argumenta entre su caso y las decisiones previas que vinculan al juez.

En suma, los precedentes no establecen reglas axiomáticas que se puedan aplicar deductivamente. Existen distintas formas para determinar la regla que establece el precedente y el tribunal posterior siempre cuenta con un margen de libertad para elegir el método y la forma para hacerlo. Ello dota al *case law* de un dinamismo muy particular: las reglas cambian, se redefinen y se transforman en el proceso mismo de su aplicación. Para comprender este dinamismo del *case law* es preciso analizar las distintas técnicas que existen en la práctica judicial estadounidense para determinar la regla que establece un precedente, así como lo que nos dice cada una de ellas acerca del carácter vinculante de las decisiones judiciales previas.

E. Las dos caras de la doctrina del precedente: maximalistas vs. minimalistas

I. Las dos formas opuestas de concebir el poder normador de los tribunales

Según Llewellyn, en Estados Unidos coexisten dos doctrinas del precedente, o lo que es lo mismo, la doctrina del precedente tiene dos caras: la "minimalista" y la "maximalista".⁵⁴ Bajo los presupuestos de la primera,

⁵⁴ En realidad Llewellyn no las denomina "posición minimalista" y "posición maximalista", él utiliza los términos de "*maximum value*" y "*minimum value*" (1991, pp. 74-76). Las expresiones de maximalismo y minimalismo las hemos tomado de Sunstein (1996b, pp. 6 y ss.). Lo relevante no son los términos empleados, sino la idea que expresan: en el centro del debate sobre la doctrina del precedente se encuentran dos formas de concebir el poder normador de los tribunales y una constante tensión entre lo abstracto y lo concreto. En el debate académico norteamericano existen diversas aproximaciones y términos para referirse a este problema (por ejemplo, la discusión entre reglas y estándares, entre *by-product model* y *enrichment model*, entre *result-stare decisis* y *rationale-stare decisis*,

el *holding* de un precedente debe ser establecido en forma concreta, esto es, con un ámbito normativo limitado en forma estricta por las circunstancias fácticas del caso resuelto. En cambio, bajo los presupuestos de la doctrina "maximalista" la regla o *holding* debe ser abstracta y general, de tal forma que abarque una clase completa de asuntos; el caso resuelto sólo representa una de las múltiples posibles individualizaciones de dicha regla. Como siempre sucede con el derecho estadounidense, ambas posturas coexisten en la práctica judicial y en el debate académico

Cabe destacar que la opción entre minimalismo o maximalismo está presente tanto en el tribunal que establece el precedente, como en el que lo aplica a un caso posterior. Sin embargo, dichas opciones no siempre coinciden, esto es, el tribunal anterior puede optar por un estilo de decisión maximalista, pero el tribunal posterior puede decidir determinar la regla del precedente en forma minimalista y viceversa. Ello se analizará con profundidad más adelante.

Ahora bien, ¿cuáles son esos presupuestos que sustentan una posición maximalista o una minimalista? ¿Cuáles son las motivaciones que llevan a un juez o a un jurista a defender una u otra concepción? Detrás del debate entre maximalistas y minimalistas se encuentra, en último término, el problema de los límites y la legitimidad del poder para crear derecho que tienen los órganos jurisdiccionales. Si bien en un sistema de *common law* nadie discute que los tribunales con jurisdicción de apelación tienen facultad para establecer normas generales a través de sus sentencias, el alcance de ese poder normador y sus implicaciones sí son cuestiones que suscitan profundas y apasionadas polémicas entre jueces y académicos.

Para los minimalistas la creación de derecho por parte de los jueces es un "mal necesario". Toda vez que la realidad siempre es más compleja

entre *rule-bound justice* y *casuistry*, etc.) Sin embargo, a efecto de ordenar este amplio debate, es preciso uniformar, en la medida de lo posible, los términos. Por ello, en este trabajo se analizarán bajo las categorías de "maximalismo" y "minimalismo" las dos formas de concebir el poder normador de los tribunales y los múltiples problemas y consecuencias que se derivan de cada una de ellas.

que el mundo de las normas, se requiere que los jueces "completen" eso que el legislador no pudo prever ni regular. Sin embargo, ese poder normador debe ejercerse lo mínimo indispensable: los jueces sólo pueden crear el derecho necesario para resolver la disputa que tienen enfrente. Los defensores de esta postura conciben el poder normador de los jueces a través de lo que Eisenberg denomina el *by product model*: la función principal de los tribunales es la de resolver disputas y solamente como un derivado de esa función es que pueden crear normas generales (1988 pp. 6-7).⁵⁵ El valor de precedente de una sentencia, por tanto, está delimitado por el caso concreto, esto es, por los hechos objeto de la litis y el resultado alcanzado en la sentencia. Cualquier otra situación fáctica no relacionada directamente con el caso es simple *dictum*.

En cambio, si se considera que el establecimiento de reglas generales por parte de los tribunales es una cuestión valiosa y deseable en sí misma, nos movemos a los terrenos de los maximalistas, quienes, según Eisenberg, conciben el poder para crear derecho de los tribunales a través de lo que denomina *enrichment model* (1988, pp. 5-7). Desde esta perspectiva, los tribunales, en cuanto creadores de derecho, vienen a cumplir algunas funciones que el legislador no puede desempeñar.⁵⁶ Por tanto, sus sentencias no sólo buscan proteger los intereses subjetivos de las partes en conflicto, sino que a la vez, y sobre todo, buscan establecer pautas abstractas

⁵⁵ Al respecto, Schauer sostiene: "Judicial lawmaking under the by product model is largely interstitial, a necessary evil occasioned by richness and fluidity of human experience. Life is more creative than law, and instances arise in which courts-having been entrusted with the task of dispute resolution must make law in order to resolve the dispute that come their providence" (1989, p. 457).

⁵⁶ Las palabras de Eisenberg a este respecto describen perfectamente esta posición: "Our society has an enormous demand for legal rules that private actors can live, plan and settle by. The capacity of a legislature to generate legal rules is limited, and much of that capacity is allocated to the production of rules concerning governmental matters, such as spending, taxes and administration; rules that are regarded as beyond the court's competence, such as the definition of crimes; and rules that are best administered by bureaucratic machinery, such as the principles for setting the rates charged by regulated industries. Furthermore, our legislatures are normally not staffed in a manner that would enable them to perform comprehensively the function of establishing law to govern action in the private sector. Finally, in many areas the flexible form of a judicial rule is preferable to the canonical form of a legislative rule. Accordingly, it is socially desirable that courts should act to enrich the supply of legal rules that govern social conduct" (1988, p. 6).

y generales de conducta para que los agentes sociales y los potenciales litigantes organicen su vida en sociedad y su estrategia en el litigio. La regla que establece el precedente, por tanto, no estará delimitada por el caso concreto. Los hechos objeto de la litis, desde esta perspectiva, serán considerados en una forma lo suficientemente abstracta como para que el precedente abarque una generalidad de situaciones fácticas. El caso concreto solamente servirá para ilustrar una de las posibles aplicaciones de esa regla.⁵⁷

Así, a partir de la tensión entre las dos funciones que realizan los tribunales —resolver disputas y proveer reglas— se han trazado las dos caras de la doctrina del precedente a las que se refiere Llewellyn. Según cómo se pondere una función en relación con la otra, el tribunal que establece el precedente optará por resolver el asunto de modo abstracto (maximalismo) o enfocándose en las particularidades fácticas de éste (minimalismo), y el tribunal posterior determinará la regla o *holding* de acuerdo con un método minimalista o uno maximalista.⁵⁸ Lo relevante, en todo caso, es que la elección entre maximalismo o minimalismo del tribunal anterior y el posterior no siempre coinciden.

A continuación analizaremos cuál es el prototipo de un método minimalista y de uno maximalista en la determinación de la regla del precedente. Sin embargo, es preciso tomar en consideración que entre estos dos extremos opuestos existe un gran espectro de posiciones intermedias

⁵⁷ En palabras de Llewellyn: "What looms large is the rule to be laid down—a general proposition. The facts seem relevant only in highly abstracted form, and only to build the general setting of the rule. The facts of the case in hand, be they admitted or contested, seem interesting chiefly as illustrating one of the thousand possible 'applications' of 'the rule'" (1991, pp. 32-33).

⁵⁸ Esto es, si se considera que la función más importante que desempeñan los tribunales es la de resolver disputas, el tribunal que establece el precedente se centrará en las particularidades fácticas del asunto que resuelve y el tribunal posterior determinará el *holding* en forma concreta ("minimalistamente"). En cambio, si se estima que la función de proveer normas generales por parte de los tribunales es una función valiosa en sí misma y que la resolución de la disputa concreta, sin desaparecer por completo de la mente del juzgador, no es el principal objetivo de la sentencia de un tribunal con jurisdicción de apelación, entonces el tribunal que establece el precedente buscará resolver el asunto de forma abstracta y el juez posterior determinará la regla en forma "maximalista".

que se inclinan hacia uno u otro lado. También hay que tomar en cuenta que a pesar de que los trabajos que vamos a analizar se han escrito para el ámbito de los precedentes del *common law*, el debate entre maximalistas y minimalistas es propio de la doctrina del precedente en general con independencia del tipo de decisión judicial de que se trate. No obstante, en el último gran apartado de este capítulo analizaremos de forma más específica los problemas que existen en el ámbito de los precedentes constitucionales con relación a la elección entre maximalismo y minimalismo.

II. El método del profesor Goodhart para determinar el *holding* de una decisión judicial como prototipo de la posición "minimalista"

Para Goodhart, el *holding* o *ratio decidendi*⁵⁹ de una decisión judicial es el principio jurídico que de acuerdo con los "hechos materiales" explica el resultado de la decisión judicial (1930, p. 169). Esta definición parte de dos premisas fundamentales. En primer término, que no todas las circunstancias fácticas que rodean a un litigio son tomadas en cuenta por el juez al momento de dictar su sentencia, sólo algunas de ellas, que denomina "hechos materiales" (el resto serán "hechos inmateriales"),⁶⁰ y, en segundo término, que esos hechos materiales son interpretados por el juez posterior en términos concretos, ya que el tribunal que establece el precedente sólo está legitimado para crear el derecho indispensable para dar solución a la controversia planteada.

Ahora bien, de acuerdo con el método que propone este autor, existen dos fases para determinar el *holding* de un precedente. La primera de

⁵⁹ Cabe recordar que, como ya se mencionó, la regla que establece un precedente en Inglaterra se designa generalmente con el término *ratio decidendi*, mientras que en Estados Unidos es mucho más frecuente que utilice el término *holding*. Para efectos prácticos, ambas palabras se refieren exactamente a lo mismo. Goodhart, como es un profesor inglés, utiliza el término *ratio decidendi*.

⁶⁰ De ahí que Goodhart sostenga: "It is by his choice of the material facts that the judge creates law. A congeries of facts is presented to him; he chooses those which he considers material and rejects those which are immaterial, and then bases his conclusion upon the material ones. To ignore his choice is to miss the whole point of the case" (1930, p. 169).

ellas consiste en seleccionar los hechos materiales. Para ello se requiere analizar cuidadosamente la totalidad de la sentencia. Primero hay que establecer el universo de hechos del caso. Es importante hacerlo con base en lo que el juez expresa en su opinión y no a partir de los argumentos de las partes (Goodhart, 1930, pp. 169-170). Una vez determinados hechos en general, se requiere clasificarlos en materiales e inmateriales. Esta labor es mucho más complicada que la primera, ya que los jueces no siempre establecen con suficiente claridad cuáles son los hechos relevantes para su decisión.⁶¹

Sin embargo, Goodhart propone algunas reglas que a su juicio deben servir como parámetro formal para guiar la labor del interprete: 1) los hechos de persona, tiempo, lugar, cantidad y clase son hechos inmateriales, salvo que el propio tribunal los trate como materiales; 2) todos los hechos que el tribunal explícita o implícitamente trata como inmateriales deben considerarse como tales; 3) todos los hechos que explícitamente trate como materiales deben ser materiales, y 4) si el tribunal no distingue entre hechos materiales e inmateriales, todos han de considerarse materiales, salvo aquellos a los que se refiere la primera regla.⁶²

Una vez que se han establecido los hechos materiales, la segunda fase para determinar el *holding* o *ratio decidendi* consiste en analizar la conclusión o resultado de la sentencia y extraer así la regla de decisión. Goodhart describe este proceso en los siguientes términos:

La regla de decisión tiene que encontrarse en la conclusión a la que llegó el juez con base en los hechos materiales y con exclusión de los hechos inmateriales. Si en un caso el tribunal determina que los hechos A, B y C existen. Si dicho tribunal, además, considera

⁶¹ "This is far more difficult than the first step, for the judge may fail to label his facts. [...] Too often the cautious judge will include in this opinion facts which are not essential to his judgment, leaving it for future generations to determine whether or not these facts constitute part of the *ratio decidendi*" (Goodhart, 1930, p. 173).

⁶² Goodhart analiza cada una de estas reglas a partir de casos concretos (1930, pp. 174-179).

que el hecho A es inmaterial, y con base en los hechos B y C alcanza la conclusión X. ¿Cuál es la *ratio decidendi* del caso? Existen dos reglas: 1) en cualquier caso futuro en donde existan los hechos A, B y C el tribunal debe alcanzar el resultado X y, 2) en cualquier caso futuro en donde existan los hechos B y C el tribunal debe alcanzar el resultado X. En este segundo caso la ausencia del hecho A no afecta el resultado, ya que A fue considerado como un hecho inmaterial (Goodhart, 1930, p. 179).

Ahora bien, si en un caso posterior el tribunal vinculado al precedente se encuentra con los hechos B, C y Z y estima que el hecho Z es inmaterial, entonces debe aplicar la regla del precedente. Pero si, por el contrario, considera que el hecho Z es material, entonces la regla del precedente no le vincula y debe decidir si la extiende o la distingue. La extensión de la regla significa que ante los hechos B, C y Z también se debe alcanzar el resultado X; en cambio, si aplica la técnica de la distinción, entonces el resultado deberá ser Y (Goodhart, 1930, p. 180).

Goodhart reconoce la posibilidad de que los jueces hagan a un lado la autoridad de los precedentes con pretexto de que existe un hecho material no contenido en la *ratio decidendi* o *holding* del precedente que les vincula. En último término, señala el autor, la argumentación de la sentencia es lo que permite justificar la legitimidad de cualquier distinción de un precedente. Pero, además, según el profesor inglés, "es claro que los tribunales ingleses no han intentado burlarse de este modo de la autoridad de los precedentes" (Goodhart, 1930, p. 181).

Cabe observar que para Goodhart el *holding* no se encuentra en las razones que fundamentan la decisión del juez. Tales razones, señala, "nunca constituyen la parte vinculante de un precedente".⁶³ La motivación de la

⁶³ "The first rule for discovering the *ratio decidendi* of a case is that it must not be sought in the reasons on which the judge has based his decision" (Goodhart, 1930, p. 164). Inclusive, admite que "a case may be a precedent, involving an important principle of law, although the court has given judgment without delivering an opinion" (Goodhart, 1930, p. 165).

sentencia sólo sirve de guía para determinar qué hechos fueron considerados materiales y cuáles inmateriales, y en esto radica su importancia (Goodhart, 1930, p. 175). El *holding* se encuentra necesariamente en lo que el tribunal *hizo* (resultado) en respuesta a determinados hechos, por tanto, lo que la Corte *dijo* (opinión) nunca es la regla de decisión.⁶⁴

Por otra parte, la generalidad de la regla de decisión, para Goodhart, depende de la cantidad de hechos materiales de la sentencia: "cuanto menor sea el número de hechos materiales, mayor será el ámbito normativo de la regla" (Goodhart, 1930, p. 178); sin embargo, destaca que es necesario que los jueces eviten al máximo las reglas amplias y ambiguas, a efecto de salvaguardar la certeza y seguridad jurídicas.⁶⁵ Además, de acuerdo con esta teoría, cualquier conclusión a la que llegue el tribunal con base en hechos meramente hipotéticos, esto es, no probados durante el juicio, siempre ha de considerarse *dictum* (Goodhart, 1930, p. 179).

III. El método del profesor Schauer para determinar el *holding* de una decisión judicial como prototipo de la posición "maximalista"

Para Schauer (1992, p. 183) la actividad jurisdiccional debe llevarse a cabo a partir de reglas externas y preexistentes a la disputa (*rule-based decisionmaking*). Ello significa, por tanto, que el juez debe contar con un enunciado normativo que comprenda los hechos que la disputa plantea. Sin embargo, en el caso de las decisiones judiciales con valor de precedente, el juez posterior no tiene una norma expresa, abstracta y general, sino una sentencia que resuelve una controversia concreta. Ello hace que,

⁶⁴ Analiza una serie de casos en los que, según él, las razones que expresó el tribunal en su sentencia mostraron ser erróneas o equivocadas en decisiones posteriores, pero que ello no afectó el valor normativo de la *ratio decidendi* o *holding* (Goodhart, 1930, pp. 162-63).

⁶⁵ "If the opinion does not distinguish between material and immaterial facts then all the facts set forth in the opinion must be considered material with the exception of those that on their face are immaterial. This is a presumption against wide principles of law and the smaller the number of material facts in a case the wider the principle will be" (Goodhart, 1930, p. 178).

según el autor, sea especialmente problemático definir los límites sustantivos que la vinculación al precedente impone al juzgador.

Así, de acuerdo con Schauer, lo primero que tiene que hacer el juez posterior es extraer de la decisión judicial vinculante un supuesto normativo abstracto y general. Considera que la teoría minimalista no resuelve este problema y que, por tanto, disuelve los límites sustantivos que el principio de *stare decisis* le imponen al juez posterior. Según dicha teoría, salvo que se trate de casos con los mismos hechos materiales, el juez posterior puede decidir extender o distinguir la regla según el criterio que utilice para valorar las igualdades y diferencias fácticas entre el caso del que emanó el precedente y el nuevo asunto que resuelve. Toda vez que la denominada "*rule of relevance*", esto es, el criterio para decidir cuáles son las igualdades y diferencias jurídicamente relevantes no le viene dado al juez, sino que él mismo lo construye al momento de resolver una nueva disputa, los límites que se derivan de una decisión previa se difuminan. El juez, desde la perspectiva minimalista, nunca construye un supuesto normativo, abstracto y general, sino que tal supuesto lo elabora en el proceso mismo de determinar las igualdades y diferencias fácticas entre los casos que se contrastan. Lo cual rompe con la concepción de que los jueces deciden a partir de normas generales, abstractas y preexistentes (1992, pp. 183-84).

Para Schauer el *holding* de una decisión judicial no sólo rige los hechos que concretamente dieron origen a la disputa, como sostienen los minimalistas. Por el contrario, Schauer asume, aunque no lo dice expresamente, que los tribunales, al momento de decidir un caso, intentan establecer una regla general que abarque una clase completa de asuntos, lo cual les obliga a trascender los límites del caso concreto y resolver la controversia de modo más abstracto.

Por ello considera que la forma en que el tribunal que establece el precedente "describe", a lo largo de su opinión, los hechos objeto de la controversia es lo que determina el nivel de generalidad del *holding*. Dicha

descripción, según Schauer, es en realidad una "generalización", es decir, una manera de elaborar una categorización abstracta de las particularidades fácticas que dieron origen a la disputa.⁶⁶

Desde esta perspectiva, el tribunal posterior, al momento de definir el *holding* del precedente que le vincula, tendrá que analizar la opinión del tribunal anterior y establecer, a partir del razonamiento de la misma, el supuesto normativo de la regla vinculante. Ello significa que el juez vinculado al precedente cuenta con una regla abstracta y general que si bien no está formulada expresamente, sí está predeterminada por el tribunal anterior. Para Schauer, el tribunal que crea el precedente decide, a través del *rationale* de su sentencia, el nivel de generalidad conforme al cual deben ser interpretados los hechos que dieron origen a la disputa, y el juez posterior tiene que estarse a lo decidido por dicho tribunal (1992, p. 186).⁶⁷

Una vez que el juez posterior construye el supuesto normativo formulado en la sentencia con valor de precedente, tiene que aplicar la regla, a través de procesos deductivos, en todo asunto que entre dentro de su ámbito normativo (*rule-based decisionmaking*). Si el caso concreto no está comprendido por dicho ámbito, entonces, según Schauer, "el precedente no es precedente para ese asunto" (1992, p. 187, nota 27). En estos casos, el juez podrá, si decide que ello es consistente con el principio de igualdad, extender la regla a través del razonamiento analógico, para que también abarque el nuevo supuesto.

⁶⁶ Textualmente lo expresa en los siguientes términos: "[A] common view of legal precedent considers the precedent to consist not only of the previous events and a decision, but also of the precedent court's *description* of those facts. Once the description of the facts becomes part of what the precedent is, then it turns out that an argument from precedent is quite similar to an argument from rule. The description of the precedent facts is in reality a generalization, and as a result this articulated description constitutes the factual predicate for a rule" (1992, p. 185).

⁶⁷ En este sentido, para Schauer, al contrario que para Goodhart, lo que el juez *dijo* en su sentencia (opinión) es tan relevante o más que lo que *hizo* (resultado), ya que el *holding* no se puede conocer sin analizar el *rationale* de la sentencia y así determinar el supuesto normativo o *factual predicate* de la regla vinculante. Para Goodhart, como vimos, ese *factual predicate* viene dado por los hechos materiales que dieron origen a la disputa.

Ahora bien, para Schauer, *distinguir* un precedente es elaborar una excepción a la regla, es decir, no aplicarla a pesar de que el asunto entra dentro de su ámbito normativo. En este sentido, la técnica de la distinción es una forma de "modificar" la regla, de reducir su ámbito normativo, en el proceso mismo de su aplicación, lo cual, según el autor, equivale a "revocar" el precedente vinculante.⁶⁸

La posibilidad que tienen los tribunales de elaborar distinciones rompe, de algún modo, con la idea de que la actividad jurisdiccional se lleva a cabo a partir de reglas generales establecidas con antelación a la disputa. De ahí que el asunto de cuándo y bajo qué circunstancia puede el tribunal posterior utilizar la técnica de la distinción sea de central importancia para el maximalismo. Schauer resuelve esta cuestión a través de lo que denomina "*presumptive positivism*". Esto es, los jueces deben actuar bajo la "presunción" de que la regla del precedente es indisponible y, por tanto, debe ser aplicada a todo asunto que entre en su ámbito normativo. Sin embargo, en casos de extrema injusticia, es decir, cuando la aplicación de la regla ocasione un resultado absurdo y choque abiertamente con los valores sociales, entonces el juez puede hacer a un lado esa presunción a favor de la regla y elaborar una distinción. En este sentido, la técnica de la distinción es una forma de atemperar la fuerza vinculante de las decisiones judiciales a partir de consideraciones extranormativas. Dicha técnica sirve para ajustar el contenido de la regla del precedente a los estándares éticos, económicos y políticos de la sociedad y ello, según Schauer, sólo debe ocurrir en situaciones extremas. De otra forma se resquebrajaría por completo la premisa de que los jueces operan bajo un sistema de normas preexistentes e indisponibles.⁶⁹

⁶⁸ "The commonplace distinction between *distinguishing* a precedent and *overruling* it tracks the distinction between modifying a rule at the moment of application and replacing it. If the instant case lies outside the factual predicate of the rule constructed from the precedent case, then the precedent case is not precedent for the instant case. But if the instant case lies within the factual predicate of the rule constructed, yet is distinguished from the precedent case because of differences between the instant and precedent case not reflected in the previous understanding of what the precedent case was a precedent for, then what is described as distinguishing is exactly like modifying a rule at the moment of application, an so substituting a new rule for the old one" (1992, p. 187).

⁶⁹ Su teoría sobre "*presumptive positivism*" la explica en los siguientes términos: "Presumptive positivism is a way of describing the interplay between a pedigreed subset of rules and the full (and

IV. El concepto de precedente vinculante a la luz del maximalismo y del minimalismo

En el centro del debate entre minimalistas y maximalistas se encuentra la tensión entre dos formas de concebir el papel de los tribunales en cuanto órganos de producción normativa. ¿Deben los tribunales con jurisdicción de apelación desarrollar el derecho caso-por-caso, o bien es preferible que establezcan reglas abstractas y generales que comprendan con antelación una clase de posibles litigios futuros? Se trata, por consiguiente, del debate entre lo que Sunstein denomina *rule-bound justice* vs. *casuistry* (1996, pp. 10-12). Esta polémica entre los dos tipos de modelos jurisdiccionales que el maximalismo y el minimalismo proponen ha sido una constante en el debate judicial y académico norteamericanos. Existen jueces y profesores que defienden una y otra forma de concebir la creación judicial de derecho. En el Tribunal Supremo, en concreto, existen *justices* a favor y en contra de cada una de estas posiciones.⁷⁰ Analicemos, pues, en qué consiste esta discusión y cuáles son los límites sustantivos que el concepto de precedente vinculante le impone al juez posterior de acuerdo con cada uno de estos modelos jurisdiccionales.

non-pedigreeable) normative universe, such that the former is treated by certain decision maker as presumptively controlling in the not-necessarily-epistemic sense of presumptive. As a result, these decision-makers override a rule within the pedigreed subset not when they believe that the rule has produced and erroneous or suboptimal result in the case, no matter how well grounded that belief, but instead when, and only when, the reasons for overriding are perceived by the decision-maker to be particularly strong" (1992, p. 204).

⁷⁰ El denominado modelo de *rule-bound justice* o maximalismo ha sido defendido por *justices* como Hugo Black (miembro del Tribunal de 1937 a 1971) y Antonin Scalia (quién desde 1986 forma parte de ese máximo tribunal). La otra concepción —*casuistry* o minimalismo— la defendieron en su momento los *justices* Felix Frankfurter (1939-1962) y John Marshall Harlan (1955-1971). A lo largo de este apartado haremos referencia a los principales juristas americanos que suscriben una u otra concepción. Sin embargo, desde ahora cabe destacar que, sin duda, uno de los más elocuentes defensores de la casuística judicial (minimalismo) es Sunstein, particularmente su obra *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996b); asimismo, el ensayo que ya es un clásico del minimalismo es el de Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949). Por otra parte, en nuestra opinión, Schauer (1992) es uno de los más importantes defensores del *rule-bound justice* (maximalismo). Asimismo, el ensayo del *justice* Scalia, "The rule of law as a law of rules" (1989, pp. 1175 y ss.), es una referencia obligada con relación al maximalismo.

1. Los minimalistas

Para los minimalistas los tribunales federales no tienen competencia para establecer reglas abstractas y generales que comprendan con antelación una clase de posibles litigios; el *case and controversy requirement* del artículo 3 constitucional les impide pronunciarse sobre cuestiones abstractas o hipotéticas. Se trata, a fin de cuentas, de un problema de legitimidad: los jueces no deben usurpar facultades que, de acuerdo con el principio de división de poderes, les corresponden a los órganos democráticamente legitimados para legislar. Por consiguiente, los tribunales sólo deben crear derecho en forma intersticial y a la luz de las circunstancias fácticas que plantea el caso que tienen enfrente.⁷¹

En este sentido, como ya antes se puso de manifiesto, el minimalismo presupone que existe una estrecha relación entre los hechos objeto de la litis y el resultado alcanzado. Por consiguiente, la determinación del supuesto de hecho o *factual pattern* de la sentencia con valor de precedente debe hacerse tomando en cuenta la singularidad del caso resuelto, lo cual significa, en primer término, que deben considerarse como materiales la gran mayoría de los hechos que dieron origen a la disputa, salvo aquellos que por su propia naturaleza son inmateriales (persona, lugar, tiempo, cantidad y clase) y, en segundo término, que los hechos materiales deben ser interpretados por el juez posterior en forma concreta evitando las categorías abstractas y generales.⁷²

⁷¹ Dorf analiza los argumentos y los contra-argumentos en torno al *case and controversy requirement* del artículo III de la Constitución y la elección de un modelo minimalista como paradigma de la dinámica de precedentes (1994, pp. 2000-2005).

⁷² Como ya señalamos, el primer problema que existe para determinar la regla que establece el precedente es el de definir el supuesto de hecho que condiciona su aplicación, lo cual entraña a su vez dos problemas: 1) la selección entre hechos relevantes e irrelevantes y 2) el decidir el nivel de generalidad al que deben ser interpretados los hechos relevantes (cfr. apartado "I. Planteamiento del problema: el carácter indeterminado del ámbito normativo de un precedente" de este capítulo). Ambos problemas pueden ser resueltos de formas distintas, esto es, bajo los presupuestos del minimalismo o del maximalismo. El minimalismo, por consiguiente, sólo defiende uno de los modos en los que se puede determinar el valor normativo de un precedente. La premisa central del minimalismo es que el supuesto de hecho de la sentencia con valor de precedente debe estar delimitado estrictamente por las circunstancias fácticas del caso resuelto, ya que los tribunales sólo deben crear

La denominada "casuística" (*casuistry*) propugna por un estilo de decisión en el cual los tribunales crean derecho en el proceso mismo de su aplicación y a través de una metodología de *caso-por-caso*. La regla del precedente se confecciona *para el caso concreto*. El tribunal, al resolver la disputa, debe poner atención a los detalles singulares de la controversia y evitar cualquier pronunciamiento más genérico.⁷³

Esta atención hacia las particularidades del caso es una de las notas que caracteriza al minimalismo. De acuerdo con el método prototípico del *common law*, el derecho de creación judicial se desarrolla gradualmente; cada controversia jurídica, con sus propias singularidades, plantea una nueva situación fáctica que los tribunales deben resolver.⁷⁴ Cada tribunal debe crear la regla de decisión para el caso que resuelve, pero debe hacerlo en concordancia y armonía con las decisiones previas en esa materia. Para ello utiliza fundamentalmente las técnicas del razonamiento analógico.

De acuerdo con Sunstein (1996b, p. 3) el razonamiento analógico funciona a través de cinco pasos: 1) el caso A (el precedente o *source case*) tiene un patrón de hechos X, Y, Z; 2) el caso B (la nueva disputa o *target case*) tiene un patrón de hechos X, Y, M; 3) el caso A es tratado jurídicamente de una forma determinada; 4) en el proceso de comparar los casos A y B y sus interrelaciones el juez posterior extrae un principio que le explica por qué el caso A es tratado de esa forma, y 5) el juez decide aplicar el mismo principio del caso A al caso B por las características comunes que tienen ambos casos, o bien decide elaborar una distinción

el derecho indispensable para resolver el caso que tienen enfrente. Sin embargo, mientras en Estados Unidos coexistan las dos caras de la doctrina del precedente —maximalista y minimalista— lo más que se puede sostener es que el minimalismo sólo describe una de las formas en la que opera la dinámica del sistema de precedentes.

⁷³ En palabras de Sunstein: "(Casuistry) places a high premium on *law-making at the point of application* thorough case-by-case decision, narrowly tailored to the particulars of individual circumstances. On this view, judges should stay close to the details of the controversy before them and avoid broader ruling altogether" (1996b, p. 11).

⁷⁴ Al respecto, Meyer afirma: "The common law, by keeping the focus on the context, sees that the statement of any rule is always tied to the point to which we are attending" (1994, p. 464).

entre los casos A y B, pues estima que sus diferencias exigen un trato jurídico distinto.⁷⁵

Esta forma de comprender el razonamiento analógico —como veremos, entiende de forma distinta el maximalismo— hace que la técnica del precedente sea una forma de configurar reglas generales a partir de la resolución de una serie de casos concretos, de ahí el nombre de *casuistry*. Se puede decir que cada nuevo asunto contribuye, en alguna medida, a la configuración del supuesto de hecho de la norma. En otros términos, el ámbito normativo de la regla con valor de precedente sólo se conoce y se va construyendo a partir de las analogías y distinciones con casos subsiguientes.⁷⁶

Para los minimalistas únicamente en casos verdaderamente idénticos la regla del precedente se aplicará a través de procesos deductivos. Este tipo de asuntos se denominan "cases that are on all fours" o "cases to the point". La nota que los caracteriza es que las circunstancias fácticas son tan similares a aquellas de la sentencia con valor de precedente que sería prácticamente imposible que el tribunal posterior realizara algún tipo de distinción (Sunstein, 1996b, p. 71). Sin embargo, los casos *to the point* son del todo poco frecuentes, ya que, por un lado, la identidad absoluta entre dos litigios no existe, por tanto, un caso *to the point* depende de la selección entre hechos materiales e inmateriales que realice el juez posterior y, por otro, los asuntos verdaderamente similares al supuesto de hecho de un precedente no llegan a los tribunales con jurisdicción de apelación y, en caso de hacerlo, la decisión no se publicaría en los *law reports*.⁷⁷

⁷⁵ Este proceso característico del razonamiento analógico también lo abordan otros juristas americanos defensores del minimalismo. Al respecto se pueden ver Levi (1949, pp. 1-8); Burton (1995, pp. 24-41) y Carter (1994, pp. 32-44).

⁷⁶ Al respecto, las palabras de Levi son muy ilustrativas: "The scope of a rule of law, and therefore its meaning, depends upon a determination of what facts will be considered similar to those present when the rule was first announced. The finding of similarity or difference is the key step in the legal process. [...] Thus it cannot be said that the legal process is the application of known rules to diverse facts. Yet it is a system of rules; the rules are discovered in the process of determining similarity or difference" (1949, pp. 2-3).

⁷⁷ Posner sostiene que los casos "*to the point*" ni siquiera llegarán a un tribunal de primera instancia, y si lo hacen, lo más probable es que se resuelvan en la fase de *pre-trial*. Textualmente afirma: "Cases

Por ello, para los juristas y jueces que defienden la "casuística" la aplicación de un precedente se rige fundamentalmente por las técnicas del razonamiento analógico y ésta es una característica que diferencia al *case law* del derecho escrito. Mientras los preceptos legales se deben aplicar a través de procesos deductivos, ya que el supuesto normativo es expreso, abstracto y general, la regla del precedente, en cambio, se construye en el proceso mismo en que va a ser aplicada a un caso subsecuente y a través de comparar las situaciones fácticas del caso que establece el precedente y del nuevo asunto a resolver. Desde esta perspectiva, los precedentes no constituyen reglas generales preestablecidas de las cuales se pueda deducir la solución de casos concretos; la regla surge y se define en el proceso mismo de su aplicación a un nuevo caso. Solamente a través del contraste entre dos casos distintos es que se puede configurar una regla que permita justificar el resultado en ambos litigios. Según los minimalistas, el juez posterior, en ese proceso de determinar las similitudes y diferencias entre el caso que resuelve y el que establece el precedente, podrá descubrir e identificar las razones que sustentan la decisión con valor de precedente y configurar una regla que permita justificar por qué el precedente se aplica o distingue en una disputa posterior. El razonamiento jurídico es fundamentalmente de carácter inductivo, pues intenta establecer, partiendo del caso concreto, una regla general que comprenda la solución de una nueva disputa.⁷⁸

identical in all conceivably relevant respects to a string of previous cases are likely to be settled out the court (or never to arise in the first place)" (1990, p. 89).

⁷⁸ En este aspecto coinciden todos los juristas que defienden el minimalismo. Por citar algunos: "Common law reasoning does not deduce results from previously established rules. Instead, it analogizes from one set of facts to another" (Meyer, 1994, p. 425); "The common law does not work from pre-established truths of universal and inflexible validity to conclusion derived from them deductively. Its method is inductive, and it draws its generalizations from particulars" (Cardozo, 1921, p. 23); "The basic pattern of legal reasoning is reasoning by example. It is reasoning from case to case. [...] Rules arise out of a process which, while comparing fact situations, creates the rule and then applies them" (Levi, 1949, pp. 1 y 4); "Analogical reasoning is the key to legal casuistry. [...] With analogy, we do not have a decision by rules, because no rule is specified in advance of the process of analogical thinking. The governing legal rule emerges from comparison of cases, and it is applied only after it has been identified" (Sunstein, 1996b, p. 32); "Reasoning under the doctrine of precedent is mainly by analogy. [...] It is misleading to regard the judgment of importance as a logical function of common law rules. Reasoning by analogy would be analytically superfluous if there were previously stated rules that dictated the judgment of importance. Such a rule could simply be applied to the facts of

¿Qué significa para el minimalismo el concepto de precedente vinculante? ¿Cómo limita y norma un precedente las decisiones de los jueces posteriores? Para la teoría minimalista la autoridad de un precedente impone dos tipos de límites a los tribunales vinculados al mismo. En primer término, como ya más atrás se ha puesto de manifiesto, para el minimalismo la única posibilidad de distinguir un precedente es cuando el juez posterior se encuentra ante un caso con un patrón de hechos materiales diferente de aquel del que emanó la regla de decisión, esto es, cuando no se trata de un caso *to the point*. Si bien es cierto que, como destacamos, los casos *to the point* no se presentan con frecuencia ante un tribunal con jurisdicción de apelación, el minimalismo busca establecer lo que se podría denominar un "núcleo duro" (o valor mínimo) de la autoridad de un precedente: el juez está obligado a aplicar un precedente en todos aquellos casos con los mismos hechos materiales que aquél del que emanó la regla de decisión.⁷⁹

Sin embargo, el límite más importante para el juez posterior no viene dado por ese núcleo duro o valor mínimo de un precedente, sino por la fuerza imperativa del principio de igualdad. El *stare decisis* obliga al juez

a new case. There would be no need to search out the precedents or analyze the facts of the precedents to identify similarities and differences between the precedents and the problem case" (Burton, 1995, p. 36-37); "I call this judicial freedom to choose the governing precedent by selectively sifting the facts *fact freedom*. Our inability to predict with total accuracy how a judge will use her fact freedom is the major source of uncertainty in law. Thus we cannot say that 'the law' applies known or given rules to diverse factual situations because we don't know the applicable rules until the judges uses her fact freedom to choose the precedent" (Carter, 1994, p. 36).

⁷⁹ Ya destacamos que la selección de hechos materiales e inmateriales no es una cuestión que esté exenta de juicios de valor y de espacios abiertos a la interpretación del juez posterior. En este sentido, la categoría de *cases to the point* no es, ni mucho menos, clara y evidente. De ahí que Sunstein sostenga que no es del todo claro cuándo un precedente sirve como regla y cuándo se utiliza de forma analógica ("Often is hard to distinguish precedent as rules from precedents as analogies"). Sin embargo, el autor concluye que un precedente sirve como regla cuando se trata de asuntos verdaderamente similares, en el sentido de que no existe espacio para que el juez posterior realice algún tipo de distinción. En cambio, un precedente sirve como analogía cuando es plausible considerar que las diferencias entre los dos asuntos son relevantes (1996b, p. 71-72). Con independencia de esta cuestión, lo que queremos resaltar es que el minimalismo —a diferencia del maximalismo— busca delimitar el *valor mínimo* de un precedente, esto es, busca establecer un parámetro en donde distinguir el caso siguiente fuese desconocer la fuerza vinculante más elemental de un precedente. De ahí que Llewellyn señale que el método minimalista nos permite conocer el "valor mínimo" (*minimum value*) de un precedente (1991, p. 75). En el mismo sentido, véase Shapiro (1987, p. 732).

posterior a ser consistente con las decisiones previas que le vinculan. Consistencia —sostiene Lyons (1985, p. 506)— significa la aplicación de los mismos estándares de decisión en los que no quepa elaborar una distinción justificada (*distinction on principled grounds*). El "trato igual a los iguales", en último término, debe dar lugar a que una serie de decisiones judiciales sobre una misma materia queden entrelazadas por un principio común que las unifica y que explica o justifica el resultado alcanzado en todas ellas.⁸⁰ Como señala Dawson, "las decisiones individuales, *caso-por-caso*, no configuran un sistema de *case law*, al menos que las razones que sustentan tales decisiones sean descubiertas y sistematizadas" (1993, p. xv). La elaboración de la doctrina judicial vinculante requiere que las decisiones judiciales sobre una misma cuestión jurídica puedan ser organizadas de modo coherente. Cualquier tribunal, sea que extienda o distinga la regla del precedente, tiene que poder insertar su decisión en la obra colectiva del *case law*, y ello sólo puede suceder si el juzgador es consistente con las decisiones previas que le vinculan. Esta consistencia con el principio de igualdad es, finalmente, el límite sustantivo más importante que el concepto de precedente vinculante le impone al juez posterior desde la óptica del minimalismo.

La labor de entrelazar una serie de decisiones judiciales —de forjar una cadena de precedentes— explica por qué una de las principales críticas que se le ha hecho a Goodhart es la poca importancia que el profesor inglés da a los razonamientos del juez en la determinación del valor

⁸⁰ "A requirement of principled consistency is a hallmark of analogical reasoning. [...] It follows that in producing the necessary consistency, some principle, harmonizing seemingly disparate outcomes, will be invoked to explain the cases. The principle must of course be more general than the outcomes for which it is designed" (Sunstein, 1996b, p. 67); "Given a mass of particulars, a congeries of judgments or related topics, the principle that unifies and rationalizes them has a tendency, and a legitimate one, to project and extend itself to new cases within the limits of its capacity to unify and rationalize. It has the primacy that comes from natural and orderly and logical succession" (Cardozo, 1921, p. 31); "Skillful judges and lawyers capture the reason and result of a series of opinions; that is, they view the cases as a coherent series, rather than as the disconnected and even contradictory pronouncement they may appear to be. Law, then is not the will of earlier judges, nor the words of the pages of their opinion. Law, from the standpoint of the common law judge, is the coherence, sense and significance of a set of human actions" (Meyer, 1994, p. 465).

normativo de un precedente. Según Cross y Harris (1991, p. 70.), para conocer la regla de un precedente y pronosticar sus futuras aplicaciones no basta con saber cuáles son los hechos materiales y el resultado alcanzado como sostiene Goodhart, se requiere, además, saber *por qué* determinados hechos fueron considerados como materiales. Para entender por qué un juez prestó atención a unos hechos y no a otros es preciso analizar las razones (*rationale*) que explican el resultado alcanzado.⁸¹ Sólo si el tribunal posterior comprende las razones que sustentan la sentencia con valor de precedente estará preparado para poder valorar las diferencias y similitudes entre el precedente y el nuevo asunto que resuelve.

El *rationale* de la decisión con valor de precedente juega un papel central para formular el juicio de igualdad que exige el contraste entre dos asuntos distintos. Las razones que motivan y justifican la decisión previa permiten al juez posterior configurar un criterio material para valorar las igualdades y diferencias entre los dos casos y decidir si extiende o distingue la regla del precedente. En este sentido, para razonar por medio de analogías es indispensable penetrar en las opiniones de los casos previos y determinar las consideraciones jurídicas, éticas, políticas y sociales que las respaldan; solo así el juez posterior podrá formular un criterio material de igualdad que justifique la analogía o distinción del asunto que resuelve con el precedente que le vincula.⁸² El razonamiento analógico

⁸¹ Cabe destacar que el método que propone Goodhart para determinar la *ratio decidendi* de un precedente dio lugar a una amplia discusión entre los juristas ingleses. Al respecto se pueden ver Montrose (1957, pp. 124 y ss. y 587 y ss.); Simpson (1957, pp. 413 y ss.; 1959, pp. 453 y ss.); Stone (1959, pp. 597 y ss.). El libro de Cross y Harris antes citado contiene una interesante reseña del debate inglés entorno a la determinación de la regla que establece un precedente (pp. 52-74). Cabe destacar que la discusión académica inglesa con relación a este tema es mucho menos amplia y variada que la americana. En Inglaterra, a diferencia de Estados Unidos, existe un acuerdo entre jueces y profesores de que la regla del precedente debe ser concreta, sus fronteras están delimitadas por las cuestiones que resuelve el tribunal anterior y por los hechos relevantes (materiales) del caso del que emanó el precedente. Sobre las diferencias entre Inglaterra y Estados Unidos en este respecto véase, por todos, Summers y Atiyah (1987, pp. 124-27).

⁸² Maltz ejemplifica este proceso con algunos casos en materia de responsabilidad civil de productores de bienes. Desde el siglo pasado la regla de *common law* era que cuando un consumidor sufría algún daño por un producto comprado a un intermediario, el fabricante del producto no era civilmente responsable por los daños que el producto hubiese causado al usuario final de dicho bien. A principios de este siglo diversos tribunales de los estados comenzaron a formular una excepción

parte de la premisa de que cualquier sentencia se sustenta en razones o principios que son más amplios y generales que el caso concreto para el cual fueron formulados.⁸³ Tales razones o principios sólo se conocen y descubren en el proceso de comparar el precedente con un caso posterior.⁸⁴ Sin embargo, y esto es lo importante, el *stare decisis* obliga al juez a hacer extensivas esas razones o principios subyacentes en las decisiones previas a otras situaciones fácticas siempre que, claro está, ello sea consistente con el principio de igualdad.

En suma, la metodología de caso-por-caso requiere que las decisiones forjen cadenas de precedentes, y ello no sería posible si el tribunal posterior sólo centra su atención en los hechos y el resultado como propone Goodhart. El dar peso o autoridad a las razones o *rationale* que justifican y soportan el *holding* es lo que permite, por un lado, dotar de contenido sustantivo a la noción de precedente vinculante y, por el otro, hacer que una serie de decisiones judiciales queden entrelazadas por un principio común que las unifica.⁸⁵

a esa regla: los daños causados por comida adulterada. El *rationale* de la sentencia del Tribunal Supremo de Nueva Jersey fue que las consecuencias de consumir productos comestibles deteriorados podrían resultar en extremo perjudicial para la salud humana y, por consiguiente, como cuestión de política pública, era preciso proteger al máximo al consumidor de comida. Ello requería hacer jurídicamente responsable a los fabricantes de productos comestibles (*Race v. Kunm*, 222 N.J. 410, 1918). Así las cosas, en el caso *Henningsen v. Bloomfield* (32 N.J. 358, 1960), dicho tribunal utiliza las razones o *rationale* de *Race* para extender la referida excepción a los automóviles defectuosos. El Tribunal lo expresó en los siguientes términos: "Un brebaje dañado puede ocasionar una grave enfermedad a la persona que lo consume (refiriéndose a *Henningsen*), así como un automóvil defectuoso tiene una gran potencialidad para perjudicar al conductor y sus ocupantes". Por consiguiente, el tribunal extendió la regla de *Race* y estimó que el fabricante de coches también debía ser responsable jurídicamente ante el consumidor final por defectos de fabricación (1988, pp. 379-380).

⁸³ "Any judgment about a particular case depends on the use of principles or reasons. Any principles or reasons are, by their very nature, broader than the case for which they are designed" (Sunstein, 1996b, p. 11).

⁸⁴ Las palabras de Sunstein son muy ilustrativas: "Some people think that analogical reasoning is really a form of deduction, but this is a mistake. To be sure, analogical reasoning cannot proceed without identification of a governing idea—a principle, a standard, or a rule—to account for the results of the source and target cases. This is the crucial step. But the governing idea is not given in advance and applied to the new case. Instead, analogical reasoning helps identify the governing idea and is indispensable to the identification; we do not know what the idea is until we have assessed the cases. Analogy and disanalogy are created or discovered through the process of comparing cases" (1996b, 65-66).

⁸⁵ El papel central que juega el *rationale* de la sentencia con valor de precedente en la configuración del juicio de igualdad entre el caso que resuelve el juez y el que establece el precedente ha hecho

Ahora bien, una de las características más importantes del minimalismo es la flexibilidad y dinamismo que aporta al *case law*. La casuística hace que el juez posterior cuente con un amplio margen de libertad para ajustar el contenido de la doctrina judicial a los cambios sociales, políticos y económicos. Esta dinámica del *case law* viene dada fundamentalmente por la ausencia de criterios fijos y preestablecidos para determinar las igualdades y diferencias entre los diversos asuntos. Cada tribunal, cuando tiene una nueva disputa enfrente, tiene que construir su propio criterio de igualdad para valorar la relevancia jurídica de cualquiera de las infinitas diferencias fácticas que pueden existir entre el precedente que le vincula y el caso que resuelve.⁸⁶ El trato igual a los iguales necesariamente conlleva un juicio de razón práctica que, como tal, depende del contexto social, político, moral y económico en el que se da la decisión judicial. En este sentido, el juicio de igualdad que realiza el juez posterior para extender o distinguir un precedente se sitúa en el ámbito del

que, en el debate académico norteamericano, un importante sector de la doctrina sostenga que ambas partes de la sentencia con valor de precedente —el *holding* y el *rationale*— tienen *fuera vinculante* en la resolución de futuras disputas. Así, por ejemplo, Tribe sostiene: "In characterizing its prior cases, the Court looks not only to what those cases held, but also to the essential reasons of those holdings. [...] Just as a mathematical proof attempts to preserve not only the proposition but also its proof, so judges should preserve not only the holding of a prior case but also its rationale" (1990, p. 1103). En el mismo sentido Monaghan afirma: "There seems to me no reason to exclude the underlying reasoning from the concept of the precedent. [...] There seems to be no advantage in absolutely divorcing the precedent-setting Court's reason for deciding from the precedent it has sought to establish, particularly when the reasoning necessarily helps frame the scope of the rule or standard" (1988, p. 765). Asimismo Dorf señala: "The reasons a court gives for decision constitute a critical part of the decision itself. [...] When a court discards the reasoning of a prior opinion as merely dictum, [...] it essentially relegates the prior decision to the position of an unjustifiable, arbitrary exercise of judicial power" (1994, pp. 2029-2030). Ésta es otra diferencia importante entre doctrina del precedente inglesa de la estadounidense; ya que, según Summers y Atiyah, para los ingleses la regla del precedente se independiza, por decirlo de algún modo, de las razones sustantivas que la sustentan, mientras que para los norteamericanos dichas razones sustantivas condicionan de alguna u otra forma la aplicación del precedente en casos subsiguientes (1987, 126-130).

⁸⁶ Al respecto Levi sostiene: "[T]he rules change from case to case and are remade with each case. Yet this change in the rules is the indispensable dynamic quality of law. It occurs because the scope of a rule of law, and therefore its meaning, depends upon a determination of what facts will be considered similar to those present when the rule was first announced. The finding of similarity or difference is the key step of the legal process. The determination of similarity or difference is the function of each judge. [...] Therefore it appears that the kind of reasoning involved in the legal process is one in which the classification changes as the classification is made. The rule changes as the rule is applied" (Levi, 1949, p. 2).

discurso argumentativo. Como señala Perelman, en este ámbito, "la lógica judicial se centra enteramente sobre la idea de adhesión y no sobre la idea de verdad" (1988, p. 229). El juez, por consiguiente, debe demostrar y persuadir al auditorio jurídico que las distinciones o analogías que formula respecto de los precedentes que le vinculan son razonables, equitativas y socialmente aceptables.

Si bien es cierto que, como destacamos, la fuerza imperativa del *stare decisis* le exige al juez ser consistente con las decisiones previas que le vinculan, también es verdad que existen varios modos posibles de lograr tal consistencia. No existen criterios definitivos para que el juez decida cuándo es justo o razonable dotar de relevancia jurídica a las diferencias fácticas que necesariamente existen entre dos casos. Más bien, dichos criterios cambian cuando el contexto social lo hace. En otros términos, los precedentes ajustan y transforman su contenido a través de las distintas formas o puntos de vista que tiene un juez para llevar a cabo el juicio de igualdad entre las circunstancias fácticas del asunto que resuelve y del que emana el precedente. De esta manera el *case law* se mantiene fiel al principio de *stare decisis* y, al mismo tiempo, abierto a incorporar las nuevas demandas de la sociedad y a ajustar su contenido en concordancia con el espíritu de cada época.⁸⁷

El modo como la doctrina judicial se adapta a los cambios sociales será un tema que abordaremos más adelante. Sin embargo, lo relevante por ahora es tener claro que la casuística, a través del razonamiento analógico, es un método idóneo para que los precedentes operen con la suficiente flexibilidad para hacer que el derecho se adapte, paulatinamente y sin rupturas bruscas, a las cambiantes demandas sociales.

⁸⁷ Sunstein, refiriéndose al carácter dinámico del razonamiento analógico que, según el minimalismo, rige la aplicación de los precedentes, sostiene: "There is nothing static to the analogical process; it leaves room for flexibility and indeed for an enormous amount of creativity. Much creativity in law comes from the ability to see novel analogies" (1996b, p. 100).

2. Los maximalistas

Para los maximalistas los tribunales son órganos legitimados para establecer normas generales. La regla del precedente, por tanto, no está circunscrita a las particularidades del caso concreto. Por el contrario, dicha regla es lo suficientemente abstracta y general como para abarcar una clase de asuntos, una generalidad de situaciones fácticas; el caso resuelto solamente sirve para ilustrar una de las posibles aplicaciones de esa regla.

Los juristas y jueces que defienden esta posición estiman que la función de los tribunales de proveer reglas generales es una función valiosa y necesaria en el sistema jurídico estadounidense. En este sentido, el poder normador de los jueces no interfiere con las atribuciones ni usurpa las facultades de los órganos democráticamente legitimados para legislar como sostienen los minimalistas. Los agentes sociales y los potenciales litigantes *necesitan* que los tribunales con jurisdicción de apelación establezcan reglas generales que les permitan planear con *certeza* su vida en sociedad o su estrategia jurídica en el litigio; el legislador por sí solo no puede hacerlo.⁸⁸

Según los maximalistas, el modelo jurisdiccional tradicional del *common law*, según el cual los tribunales son ante todo órganos para resolver disputas y la creación de reglas generales es un mero derivado de esa función, ha venido a ser sustituido por un nuevo modelo que permite diferenciar cualitativamente el papel que deben desempeñar los tribunales de primera instancia y los tribunales con jurisdicción de apelación. Mientras que los primeros son órganos para resolver disputas y administrar justicia en el caso concreto, los tribunales con jurisdicción de apelación, en cambio, tienen que preocuparse por establecer principios y reglas generales que guíen y uniformen la práctica judicial; el caso concreto y su correcta

⁸⁸ Véase, por todos, Eisenberg (1988, pp. 6-7).

solución no son, ni mucho menos, las cuestiones centrales en la mente del juzgador.⁸⁹

Las distintas reformas legislativas y la propia doctrina judicial han ido impulsando la transformación de dicho modelo jurisdiccional. En la medida en que la apelación se ha convertido en un proceso extraordinario y separado del juicio de primera instancia, y que el ejercicio de la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo se ha vuelto fundamentalmente de carácter discrecional, la función de los jueces de apelación ha dejado de responder a este esquema tradicional. La tarea de proveer reglas generales por parte de dichos tribunales ya no es un mero derivado de su función de resolver disputas, sino que ha pasado a convertirse en una función valiosa y necesaria en sí misma.⁹⁰

⁸⁹ Hay quien sostiene que la transformación del modelo jurisdiccional tradicional se ha dado fundamentalmente en el ámbito del derecho público, en concreto, en lo que Chayes denomina *public law litigation*. El autor sostiene que los pronunciamientos abstractos y generales de las sentencias de los tribunales federales son respuesta a un *nuevo tipo de litigios*. El modelo jurisdiccional tradicional, característico de los casos de *common law* y del derecho privado, ha sufrido una importante transformación en el ámbito del derecho público. En varios de los asuntos más importantes en materia constitucional el demandante, más que buscar la defensa de sus derechos individuales, viene a reclamar el contenido de una política pública que perjudica a una clase completa de personas en su misma situación. Ello ha obligado a los tribunales federales, en concreto a la Corte Suprema, a decidir de forma más abstracta y a partir de consideraciones de política pública. Sus sentencias, más que buscar resolver disputas entre dos sujetos, vienen a corregir y afectar prospectivamente el quehacer cotidiano del legislador y la administración pública. Desde esta perspectiva, es evidente que una decisión del Tribunal Supremo va a buscar establecer una regla abstracta y general que trasciende el interés subjetivo de las partes en conflicto (1982, pp. 4 y ss.). El ejemplo prototípico de *public law litigation* fueron los casos de segregación racial en las escuelas. Según destacan Farber, Eskridge y Frickey, la característica más sobresaliente de esos asuntos fue que se reclamaban "derechos de grupo" y no "derechos individuales". Lo explican en los siguientes términos: "Modern desegregation cases are structurally different [...] relief-stage lawsuits were litigating 'group rights' as much as (or more than) individual rights. This means more than the mere fact that lots of plaintiffs (a big group) were suing governmental units that represented lots of people (another group). Traditionally, rights have been thought to be an individual entitlement: The city violated my constitutional property rights by taking my land without compensation. I can sue the city and get an injunction protecting my rights here and now.' In desegregation cases rights come to look like a group entitlement: 'The school board is depriving my race of its rights of citizenship by segregating the school. We will all sue to vindicate our group rights. I may not benefit from the lawsuit (my children will go to segregated school), but I shall have contributed to the vindication of rights of people like me'" (1993, p. 1099).

⁹⁰ Esta tarea de proveer reglas generales que excedan los límites de la disputa en concreto significa, como sostiene Spann, revisar y modificar la doctrina constitucional relativa al *case and controversy requirement* del artículo III. Según el autor, dicho precepto constitucional se ha interpretado a la luz del modelo jurisdiccional tradicional o *dispute resolution model of adjudication*. Ello ha dado lugar a

Por otra parte, los maximalistas argumentan que el estilo de decisión que propone la "casuística" (*casuistry*) diluye los límites sustantivos que el principio de *stare decisis* impone a los tribunales. El hecho de que la teoría minimalista estime que la regla del precedente se confeccione para la resolución del caso concreto, permite que el juez posterior, en todos aquellos asuntos que no son *to the point*, haga a un lado la autoridad del precedente que le vincula, con el pretexto de que existe un hecho distinto en la nueva disputa. El minimalismo, a fin de cuentas, está más preocupado por la justicia del caso y la necesidad de que el *case law* se adapte a los cambios sociales que por la certeza en el derecho; por ello la regla del precedente es concreta y siempre circunscrita a las particularidades fácticas de cada litigio. El tribunal posterior, desde esta perspectiva, siempre cuenta con un amplio ámbito personal de discreción para hacer justicia en el nuevo asunto que resuelve. Dicho en otros términos, la vinculación al precedente, desde la perspectiva minimalista, opera con tal flexibilidad que permite que el *case law* ajuste su contenido a los requerimientos de justicia específicos de cada disputa y de esta forma responda cabalmente a las nuevas demandas sociales.⁹¹

que la existencia de una "controversia" signifique, entre otras cosas, que la parte que demanda deba tener un interés subjetivo que proteger y que haya sufrido un perjuicio concreto; tales requisitos se estiman condición necesaria para el ejercicio de la facultad jurisdiccional (*justiciability doctrines*). De acuerdo con Spann, dicha doctrina constitucional tiene que ser modificada en concordancia con el nuevo modelo jurisdiccional que explica mejor lo que está haciendo el Tribunal Supremo y que él denomina *expository model of adjudication*. Según dicho modelo, los tribunales con jurisdicción de apelación cumplen una función social más allá de la de resolver disputas, que es la de desarrollar el derecho a través de proveer reglas generales y abstractas (1983, pp. 585 y ss.). No obstante, esta revisión y modificación de la "*justiciability doctrine*" no es un asunto con el que todos coincidan. Así, por ejemplo, Brilmayer sostiene exactamente la posición opuesta: la protección de intereses subjetivos por parte de los tribunales, así como la existencia de un perjuicio concreto que tenga que ser resarcido, son cuestiones de fundamental importancia para que los tribunales desempeñen la función que les corresponde en el sistema de división de poderes, que no es otra que la de resolver disputas (1979, pp. 297 y ss.).

Esta discusión relativa a la denominada "*justiciability doctrine*" es otro aspecto en el que se manifiesta la tensión entre los dos modelos jurisdiccionales que el maximalismo y el minimalismo proponen. Por tanto, mientras en Estados Unidos existan estas "dos caras" de la doctrina del precedente, continuarán las discrepancias respecto de cuál ha de ser la interpretación correcta del *case and controversy requirement* del artículo III de la Constitución.

⁹¹ Esta flexibilidad y dinamismo con la que operan los precedentes desde la perspectiva minimalista es una cuestión en la que coinciden todos los autores, maximalistas y minimalistas. Sin embargo, la crítica de fondo que hacen los maximalistas al minimalismo es que el concepto de "precedente

Sin embargo, los maximalistas consideran que la tarea fundamental de los tribunales con jurisdicción de apelación debe ser la de garantizar certeza y predictibilidad en el derecho. Ello sólo se logra si se concibe que la regla del precedente se crea para regir una generalidad de potenciales litigios y no sólo para regular los asuntos *to the point*. Si bien es cierto que una regla general limita las posibilidades del juez posterior para "hacer justicia" en la nueva disputa, para dar la "respuesta perfecta" en el asunto que resuelve, también es verdad que este tipo de reglas genera una mayor seguridad jurídica y certidumbre en el derecho. A fin de cuentas, cuando un tribunal con jurisdicción de apelación establece un precedente con miras a comprender con antelación una pluralidad de casos, limita, en aras de la seguridad jurídica, los posibles fundamentos de decisiones judiciales posteriores. En virtud del principio de *stare decisis* vertical y del horizontal dicha limitación opera tanto para los tribunales inferiores vinculados al precedente, como para el propio tribunal que estableció la regla general. En este sentido, la generalidad y abstracción de las reglas jurídicas que integran el *case law* vienen a proteger la certidumbre sobre el material normativo y la consiguiente posibilidad de que los agentes sociales planeen su vida en sociedad y efectúen pronósticos sobre el resultado de un futuro litigio.⁹²

vinculante" queda vacío de contenido, esto es, se difuminan límites sustantivos que el principio de *stare decisis* impone al juez posterior. Ello, como ya analizamos, es una cuestión que simplemente rechazarían los defensores del minimalismo. Sobre las críticas de los maximalistas a los minimalistas se pueden ver Scalia (1989, 1176-1179); Schauer (1991, pp. 646 y ss.).

⁹² Scalia, quien es uno de los más importantes defensores del maximalismo, define la relación que existe entre la teoría maximalista y la seguridad jurídica en los siguientes términos: "Another obvious advantage of establishing as soon as possible a clear, general principle of decision: predictability. Even in simpler times uncertainty has been regarded as incompatible with the Rule of Law. [...] As laws have become more numerous, and as people have become increasingly ready to punish their adversaries in the courts, we can less and less afford protracted uncertainty regarding what the law may mean. Predictability [...] is a needful characteristic of any law worthy of the name. There are times when even a bad rule is better than no rule at all. I had always thought that the common law approach had at least one thing to be said for it: it was the course of judicial restraint, 'making' as little law as possible in order to decide the case at hand. I have come to doubt whether that is true. For when, in writing for the majority of the Court, I adopt a general rule, and say 'this is the basis of our decision', I not only constrain lower courts, I constrain myself as well. If next case should have such different facts that my political or policy preferences regarding the outcome are quite the opposite, I will be unable to indulge those preferences; I have committed myself to the governing principle" (1989, p. 1179). La relación que tiene el maximalismo con la certeza jurídica es un asunto

Los precedentes, desde la perspectiva maximalista, se aplican a través de procesos deductivos en todos aquellos asuntos que se encuentran dentro de su ámbito normativo. Para los maximalistas, a diferencia de los minimalistas, el juez posterior tiene que construir, a partir del razonamiento de la sentencia vinculante, una regla general y abstracta.⁹³ La argumentación de su decisión tiene que comenzar "enunciando" en forma categórica la regla vinculante y su opinión se centrará en explicar cómo se concretiza dicha regla en el caso concreto.⁹⁴ De ahí que el maximalismo se identifique con lo que Sunstein denomina *rule-bound justice*, esto es, con un modelo de función jurisdiccional que opera a partir de "reglas claras y abstractas establecidas con antelación a su aplicación" (1996b, p. 10).⁹⁵

Ahora bien, ¿qué significa para la teoría maximalista el concepto de precedente vinculante? ¿Qué límites impone al tribunal posterior el principio de *stare decisis*? Para resolver estas interrogantes es preciso analizar

en el que coinciden todos los autores, Schauer (1992, pp. 135-148); Powers (1976, pp. 28-33); Alexander (1989, pp. 25-28), entre otros. Por otra parte, es muy interesante la crítica que hace Sunstein al maximalismo, en concreto, a esta idea de que las reglas generales permiten anticipar el resultado de futuros litigios y que limitan las decisiones de los tribunales posteriores. El autor destaca dos argumentos: 1) los problemas propios de la interpretación judicial hacen que las reglas generales no puedan generar esa certeza jurídica de la que hablan los maximalistas y 2) la posibilidad de distinguir el precedente y elaborar excepciones a la regla general en el momento mismo de su aplicación menoscaba la idea de que la generalidad de la norma permite anticipar el resultado de cualquier litigio que entre dentro de su ámbito normativo (1996b, pp. 121-135).

⁹³ El problema central de esta aproximación es que los maximalistas asumen que el nivel de generalidad de la regla viene predeterminado por el *rationale* de la sentencia vinculante y que, por tanto, el juez posterior no puede elegir un nivel distinto. Sin embargo, como acertadamente sostiene Auerbach, la práctica judicial demuestra que los jueces posteriores tienen un margen de libertad para determinar el nivel de generalidad de la regla y no están obligados a interpretar los hechos que dieron origen a la decisión con valor de precedente bajo las mismas categorías que utilizó el tribunal anterior. Es decir, el tribunal posterior siempre puede elegir un nivel de generalidad distinto de aquél que eligió el tribunal que estableció el precedente vinculante. Por consiguiente, la regla vinculante no puede estar completamente predeterminada por el tribunal anterior como sostienen los maximalistas (1991, pp. 563-566).

⁹⁴ Para los maximalistas la regla del precedente la determina por completo el tribunal anterior, el juez posterior sólo la construye y formula expresamente a partir del análisis de la sentencia vinculante. De ahí que, al comienzo de su argumentación jurídica, el juez vinculado a un precedente inicie "enunciando" en forma categórica dicha regla. Al respecto véase, por todos, Alexander (1989, pp. 19-20).

⁹⁵ Sobre el modelo de "*rule-bound justice*" se pueden ver también Scalia (1989, pp. 1175 y ss.); Schauer (1992, pp. 229 y ss.); Sullivan (1992, pp. 63 y ss.); Alexander (1989, pp. 17-27).

qué significa para el maximalismo aplicar, distinguir y extender un precedente.

En primer término, la regla del precedente, como señalamos, debe *aplicarse* en todos aquellos asuntos que entran en su ámbito normativo. Los maximalistas consideran, de forma un tanto simplista, que en estos casos claramente gobernados por la regla la labor del juez posterior solamente será la de verificar que se materialicen los hechos que condicionan la aplicación del precedente (Sullivan, 1992, pp. 58-60).⁹⁶ Sin duda, como sostiene Sunstein, los maximalistas subestiman o minimizan el problema que entraña la interpretación de cualquier norma general.⁹⁷

No obstante, dejando a un lado este problema, el modelo de *rule-bound justice* intenta limitar los juicios de valor y el ámbito de discrecionalidad de los jueces posteriores. Si se asume, como lo hacen los maximalistas, que la regla del precedente es general y abstracta, entonces el juez vinculado a ésta no podrá dotar de relevancia jurídica a cualquiera de las diferencias fácticas que existen entre el asunto que resuelve y aquel del que emanó el precedente.⁹⁸ El principio de trato igualitario que caracteriza al sistema de precedentes queda garantizado a través de la generalidad de la regla: el supuesto de hecho abstracto de la regla determina la

⁹⁶ Scalia (1989, p. 1186) sostiene que la cuestión de determinar la existencia de hechos es propia de los tribunales inferiores; a la Corte Suprema y a los tribunales con jurisdicción de apelación les toca la tarea de establecer reglas generales. Además, afirma que si bien es cierto que pueden existir distintas interpretaciones de la regla general por parte de los tribunales inferiores, la Corte sólo debe intervenir para establecer los márgenes para que tal diversidad sea "razonable".

⁹⁷ "Rules cannot do what they are supposed to do, since substantive disagreement may break out at the moment of application. Rules are not quite what they appear to be. They do not settle all cases in advance. The inevitability of interpretation undermines the aspiration of rule-bound justice." (Sunstein, 1996b, p. 121).

⁹⁸ Como vimos, en el caso del minimalismo, salvo que se trate de un asunto *to the point*, el juez posterior puede decidir extender o distinguir la regla o *holding* según el criterio de igualdad que utilice. Se estima que las razones o *rationale* de la sentencia con valor de precedente son las que permiten al juez posterior construir ese criterio de igualdad. De ahí que la autoridad dé un precedente y sus futuras aplicaciones no puedan deslindarse del *rationale* o *background principle* que sustentan la decisión. Por ello se dice que el minimalismo permite al juez posterior tomar en cuenta todos los factores relevantes o la totalidad de las circunstancias y, además, que la fuerza vinculante de un precedente depende de las razones sustantivas que lo sustentan. Al respecto se pueden ver, entre otros, Schauer (1991, pp. 648-49); Sullivan (1992, pp. 60-62) y Powers (1976, pp. 28-30).

clase de sujetos y situaciones fácticas que están regulados por ella.⁹⁹ Así, los tribunales posteriores deben aplicar la regla en todos aquellos asuntos comprendidos por ésta.

Ello no significa que el razonamiento analógico no tenga lugar en el caso del maximalismo; sin embargo, para éste, a diferencia del minimalismo, el razonamiento analógico no se centra en el contraste de particularidades fácticas o patrones de hecho como mecanismo para construir la regla de decisión, sino en la comparación de supuestos de hecho abstractos como forma de colmar vacíos o lagunas jurídicas. Ello se explica ya que, como destacamos, desde la perspectiva maximalista los jueces operan a partir de normas generales y abstractas (*rule-bound justice*). Por consiguiente, cuando el juez se enfrenta a un caso no regulado por alguna regla tiene que colmar ese vacío jurídico y crear una regla general que comprenda ese supuesto no regulado. Para crear dicha regla el tribunal necesariamente tiene que tomar en cuenta las *doctrinal propositions*. Ello significa que si existe un precedente que resuelve una cuestión similar o análoga de aquella que el juez tiene enfrente, entonces tendrá que utilizar las técnicas del razonamiento analógico y extender el ámbito normativo de la regla del precedente al otro *supuesto normativo*. Evidentemente, ello, al igual que en el caso del minimalismo, lleva aparejado un juicio de igualdad que, como tal, debe tomar en cuenta las razones que sustentan a la regla para determinar si se justifica o no que dos supuestos normativos diferentes reciban el mismo trato jurídico. Esto es, el procedimiento lógico del razonamiento analógico es el mismo en el caso del minimalismo y en el del maximalismo, lo que cambia es el nivel de generalidad en el que se analizan y contrastan las circunstancias fácticas para determinar su relación de semejanza.¹⁰⁰

⁹⁹ Al respecto véase, por todos, Schauer (1992, pp. 135-137).

¹⁰⁰ Eisenberg explica qué es la analogía para el maximalismo en los siguientes términos: "One mode of reasoning by analogy is as follows: A precedent court announced the rule r, which in its terms covers matter X. The deciding court is now faced with a case that concerns matter Y. Matter Y does not fall within the ambit of rule r. Since matter X and Y are not identical, treating them differently might be consistent as a matter of formal logic. However, the deciding court determines that treating

No obstante, la diferencia más importante entre los minimalistas y los maximalistas con relación a la analogía como forma de extender la regla del precedente es que, mientras para el minimalismo, como ya hemos destacado, la consistencia con el principio de igualdad, a través de formular analogías y distinciones respecto de las diferencias fácticas que existen entre la decisión con valor de precedente y la nueva disputa, constituye el límite más importante que el *stare decisis* impone al juez posterior, para el maximalismo los asuntos que no entran en el ámbito normativo del precedente quedan fuera, por decirlo de algún modo, de la fuerza imperativa que en *stricto sensu* tiene un precedente. El principio rector del sistema de precedentes de dar un trato igual a los iguales, según los maximalistas, queda garantizado y tiene que ver fundamentalmente con la generalidad de la regla o *holding*. Aquello que los jueces decidan hacer con los asuntos que no entran en el ámbito normativo del *holding* no afecta propiamente la fuerza imperativa de las decisiones con valor de precedente.¹⁰¹

Por ello, el problema central que enfrenta la teoría maximalista para dotar de contenido sustantivo al concepto de "precedente vinculante"

matters X and Y differently would be inconsistent as a matter of adjudicative reasoning, because neither applicable social propositions nor deep doctrinal distinction justifies different treatment of the two cases. [...] The deciding court concludes that the rule r, which covers only matter X, should be deemed only a special case of rule R, which covers both matter X and Y. It therefore reformulates the announced rule by generalizing it and decides the case at hand accordingly" (1988, pp. 87-88). En el ámbito del derecho constitucional esta forma de analogía es muy común, ya que las amplias cláusulas de la Constitución sólo pueden tener significado si, por un lado, se concretizan en distintos escenarios y situaciones y, por el otro, si se elabora una cadena de precedentes que coherentemente vayan definiendo el sentido de los amplios preceptos que caracterizan a la Constitución. La analogía para el maximalismo implicaría la formulación de preguntas tales como ¿deben recibir la misma protección constitucional las mujeres que desean abortar de aquéllas que utilizan métodos anticonceptivos? ¿El derecho de libre expresión otorga la misma protección a la difusión y expresión de ideas políticas que al denominado "*comercial speech*"? Esta cuestión la analizaremos en el último capítulo. Por ahora, lo que queremos resaltar es que para el maximalismo la analogía significa extender la regla del precedente a un nuevo supuesto normativo (por ejemplo, uso de anticonceptivos-aborto). En cambio, para los minimalistas la analogía opera a través del contraste de patrones de hecho concretos.

¹⁰¹ No obstante, según Alexander, la extensión de una regla a través del razonamiento analógico desde la perspectiva maximalista presenta algunas dificultades cuando se trata de reglas que establecen condiciones excluyentes de "si y sólo si" ("*if and only if*"); en estos casos, de acuerdo con el autor, el ampliar el ámbito normativo de la regla a través del razonamiento analógico significaría, en términos maximalistas, la revocación de la regla (1989, pp. 24-25).

tiene que ver fundamentalmente con la posibilidad que tiene el juez posterior de distinguir la regla del precedente. Como señalamos, para el maximalismo, a diferencia del minimalismo, elaborar una distinción significa crear una excepción a la regla general a pesar de que el caso que se resuelve está comprendido por ésta.¹⁰² Ello, evidentemente, rompe con las premisas fundamentales en las que se sustenta la teoría maximalista, en concreto, con la idea de que los jueces deciden a partir de normas generales y preexistentes y que éstas son indisponibles para el juzgador.

No obstante, los defensores del maximalismo aceptan que en determinadas circunstancias es válido elaborar distinciones. Ello es así, pues, si bien es cierto que los valores que busca proteger el maximalismo son, ante todo, la certeza y predictibilidad jurídicas, también es verdad que la vinculación al precedente no puede excluir ni desaparecer la responsabilidad que tiene todo órgano jurisdiccional de construir decisiones justas, razonables y que respondan a las necesidades del medio político, social y económico en el que se dan tales decisiones. En este sentido, la técnica de la distinción es uno de los mecanismos que tiene el *case law* para ajustar su contenido y evitar su anquilosamiento.¹⁰³

La cuestión básica para el maximalismo es precisamente definir los límites que tiene el juez posterior para elaborar distinciones. Los defensores

¹⁰² Como ya analizamos en el apartado anterior, para el minimalismo la única posibilidad de distinguir un precedente es cuando el juez posterior se encuentra *ante un caso que no entra dentro del ámbito normativo de la regla del precedente*, es decir, cuando no se trata de un asunto *to the point*. Sin embargo, siendo tan limitado el número de potenciales asuntos que se pueden considerar "*to the point*", los límites sustantivos del *stare decisis* vienen dados fundamentalmente por el principio de igualdad: casos semejantes deben tener el mismo trato jurídico. Dentro de este contexto, el juez posterior centra su atención en el contraste del patrón de hechos o *factual pattern* del asunto del que emanó el precedente y la nueva disputa que tiene enfrente. El hacer uso de la técnica de la distinción, en este contexto, significa que el juez posterior decide dar un trato jurídico distinto a la nueva disputa, dada la relevancia jurídica que, según su criterio de igualdad, tienen uno o más de los hechos que constituyen el *factual pattern* del asunto que resuelve y que lo diferencian de aquél que comprende la sentencia con valor de precedente.

¹⁰³ Powers sostiene que los dos principales problemas que presenta el modelo maximalista son, por un lado, la dificultad que existe de adaptar la regla cuando está produciendo resultados incorrectos ("*mapping problem*") y, por el otro, el riesgo de que el *case law* se inmovilice ("*freezing problem*"). La técnica de la distinción puede ayudar a corregir estos problemas (1976, pp. 30-32).

de la teoría maximalista sostienen que los tribunales inferiores simplemente no deben elaborar distinciones; la fuerza imperativa del *stare decisis* vertical les obliga a aplicar la regla del precedente que comprende el supuesto de hecho del caso que resuelven. El tribunal que estableció el precedente, en cambio, tiene dos opciones: aplicar o revocar la regla. El hacer uso de la técnica de la distinción, según los maximalistas, significa revocar el precedente. Sin embargo, la certeza en el derecho exige que tal revocación sólo deba ocurrir en "casos extremos", en los cuales sea evidente que la regla del precedente ya no se adecua en lo absoluto a las demandas sociales del momento y que, por tanto, su aplicación conlleva una "verdadera injusticia". No obstante, el escenario ideal en un sistema de *case law*, de acuerdo con este grupo de jueces y académicos, es que una vez que un tribunal ha establecido una regla general y abstracta ésta sirva para limitar a todos los órganos jurisdiccionales vinculados a ella, incluyendo al propio tribunal que la estableció. Desde esta perspectiva, los precedentes deben operar casi con la misma rigidez que los preceptos legales. La fuerza vinculante de las decisiones previas no sería tal si cada tribunal decidiese aplicar los precedentes que le agradan y distinguir o revocar aquellos que no le permiten alcanzar el resultado deseado en la nueva disputa.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Alexander explica con claridad estas ideas. En su ensayo "Constrained by precedent" (1976) analiza las distintas formas de entender la fuerza vinculante de los precedentes en el sistema norteamericano. El autor describe tres tipos de aproximaciones o modelos, pero defiende el denominado "*rule model*"; éste parte de la premisa de que la regla del precedente debe ser abstracta y general ("Under the rule model, the precedent court has authority not only to decide the case before it but also to promulgate general rule binding on courts of subordinate and equal rank") (p. 17). Asimismo, sostiene que de acuerdo con el *rule model* los tribunales vinculados al precedente enfrentan una elección binaria: aplicar el precedente o revocarlo; la opción de modificar la regla del precedente, a través de la técnica de la distinción, en términos prácticos significa la revocación del precedente ("Under the rule model, the constrained court faces a binary choice: it can either follow the precedent rule in its canonical form or overrule it. All modifications of the rule [...] amount to overruling the precedent rule and replacing it with a new rule") (p. 19). Desde esta perspectiva, las reglas de los precedentes operan con la misma rigidez con la que operan los preceptos legales. ("The rule will operate like a statute and will, like a statute, have a canonical formulation") (p. 18). La teoría de Schauer acerca del denominado "*presumptive positivism*" coincide plenamente con este *rule model* (1992, pp. 181-206; 1991, 667-691). Asimismo, de la lectura del ensayo de Scalia (1989) se puede concluir que también él es partidario de esta posición.

Ahora bien, el hecho de que los jueces puedan hacer a un lado la autoridad del precedente cuando su aplicación conlleve una "verdadera injusticia" es, a fin de cuentas, reconocer que, por lo menos en alguna medida, la fuerza vinculante de las decisiones judiciales queda condicionada por factores externos a la norma.¹⁰⁵ Como hemos destacado en los capítulos anteriores, el movimiento del *case law* viene dado por la interacción que existe entre las normas generales y las *social propositions*. En el caso de la teoría maximalista, dicha interacción es lo que finalmente da lugar a modificar la regla general a través de la técnica de la distinción, ya que cualquier tipo de distinción está motivada fundamentalmente por el juicio de valor que efectúa el juez posterior respecto del contenido de la regla y su idoneidad, en términos sociales, económicos, éticos y políticos, para resolver la nueva disputa.

El sector más representativo e importante de los maximalistas estima que dichos factores extranormativos sólo deben afectar la fuerza vinculante de un precedente en "casos extremos". Para estos autores, como hemos destacado, la certeza y continuidad en el derecho debe pesar más que la necesidad de que el *case law* ajuste su contenido a los nuevos escenarios sociales. Sin embargo, el hecho de que las *social propositions* puedan afectar la fuerza vinculante de los precedentes es, en último término, reconocer que el *case law* es un cuerpo dinámico de reglas.¹⁰⁶

¹⁰⁵ El hecho de que la regla general pueda llegar a tener excepciones es una de las críticas más importantes que formula Sunstein al maximalismo y a la noción de "*rule-bound justice*". Textualmente sostiene: "If rules have exceptions in cases of palpable absurdity or injustice, the denial of an exception depends on a moral or political judgement to the effect that the particular result is non palpably absurd or unjust. We might call this *the problem of a single exception*. Once an exception is made, or would be made, a degree of casuistry becomes inevitable, a judges interpret rules by seeing whether the case at hand is different from or similar to the case in which an exception is made or would be made" (1996b, p. 126).

¹⁰⁶ Cabe destacar que existen autores que coinciden con el sector más representativo de los maximalistas en el hecho de que los precedentes establecen reglas generales, pero estiman que la interacción entre *social* y *doctrinal propositions* es, y debe ser, mucho más acentuada. Es decir, estos juristas consideran que la regla del precedente es más dinámica de lo que aceptan el común de los defensores del maximalismo. Así, por ejemplo, Eisenberg sostiene que la regla del precedente es abstracta y general, sin embargo, su fuerza normativa siempre está condicionada por las *social propositions*. Para este autor la regla del precedente debe ser distinguida en un caso posterior, si las denominadas *social propositions* que sustentan dicha regla exigen un trato jurídico distinto en el

F. El carácter dinámico de la regla del precedente

A modo de conclusión, se puede sostener que la elección entre decisiones maximalistas o minimalistas es uno de los mecanismos que existe en el sistema de precedentes para equilibrar y ponderar la tensión entre las dos fuerzas contrapuestas que marcan el ritmo del movimiento del *case law*: continuidad vs. cambio. El minimalismo significa dinamismo y flexibilidad en el desarrollo de la doctrina judicial vinculante (*casuistry*). El maximalismo, en cambio, es un mecanismo que intenta afianzar la *certeza y continuidad* en la dinámica del sistema de precedentes (*rule-bound justice*).

Ahora bien, las acentuadas diferencias que existen entre minimalistas y maximalistas respecto de lo que significa el carácter vinculante de un precedente nos indican que la fuerza normativa de las decisiones judiciales que integran el *case law* no se puede entender a partir categorías fijas y uniformes. Estas distintas respuestas y aproximaciones al mismo problema simplemente reflejan una realidad insoslayable de la práctica judicial estadounidense: la regla del precedente es esencialmente dinámica.¹⁰⁷

nuevo asunto que el tribunal tiene enfrente. La elaboración de este tipo de distinciones permite un desarrollo coherente de la doctrina judicial vinculante. Esta fuerza dialéctica que existe entre las normas y las *social propositions* hace que, según Eisenberg, el derecho de creación judicial sea por naturaleza incierto y dinámico. El hecho de que la aplicación o distinción de un precedente esté condicionada por factores sociales externos a la regla hace que la certeza jurídica sea una cuestión de grados y de momentos. En el *common law* existen reglas que son bastante certeras, otras que lo serán un poco menos y otras, en cambio, que serán completamente inciertas. Ello dependerá de la relación que exista entre esas reglas y las *social propositions*, lo cual puede variar de un periodo a otro, ya que la realidad social y las necesidades y valores de la comunidad son esencialmente dinámicos. La posición de Eisenberg no coincide con la mayoría de los defensores del maximalismo, aunque muy probablemente describa mejor lo que sucede en la práctica judicial estadounidense. Lo relevante en cualquier caso es que, sea que el precedente opere con mayor rigidez o con más flexibilidad, el sistema de precedentes se mantiene en permanente conexión con la realidad social, de tal forma que los valores económicos, políticos y éticos de la comunidad son los *inputs* que activan el dinamismo y mutabilidad de las reglas (1988, pp. 50-103).

¹⁰⁷ De ahí que Bennett sostenga: "What is the right amount of respect for a precedent is always a matter of degree and judgment" (1984, p. 484).

Este carácter dinámico de los precedentes se puede apreciar en el hecho de que las reglas jurídicas que conforman el *case law* se han ido adaptando, paulatinamente y sin rupturas bruscas, a los profundos cambios sociales, políticos y económicos que se han vivido en Estados Unidos en los últimos 200 años. Como se pregunta Stone "¿Cuál es la magia que existe en el sistema de *stare decisis* que permite transformar un símbolo de inmovilidad en un vehículo de cambio?" (1959, p. 597). Sin duda, como sostiene el autor, parte de esa "magia" se encuentra en la naturaleza misma de la regla que establece el precedente. El *holding* o *ratio decidendi* de una sentencia tiene la peculiaridad de irse transformando a partir de su reiterada aplicación. De ahí que los tribunales estadounidenses hayan podido resolver nuevos casos de manera correcta, sin desconocer la fuerza imperativa del *stare decisis* (Stone, 1959, pp. 597-99).

"Los precedentes [afirma Meyer] no tienen un significado estático" (1994, p. 469, nota 191). Las reglas cambian y se redefinen en los procesos de aplicación. Este dinamismo del *case law* viene dado, en parte, por el abanico de posibilidades que tienen los tribunales para determinar la forma en la que se vinculan a los precedentes y el modo como dictan sus sentencias. Por un lado, el tribunal posterior ha de elegir entre un método minimalista o uno maximalista para definir la regla del precedente que le vincula.¹⁰⁸ Por otra parte, también el propio tribunal que crea el precedente debe optar entre un estilo de decisión acorde con los presupuestos de cualquiera de los dos modelos jurisdiccionales: *casuistry* o *rule-bound justice*. De esta forma, la elección que llevan a cabo los jueces entre reglas

¹⁰⁸ En otros términos, en las futuras aplicaciones de un precedente siempre está presente, en mayor o menor medida, el problema de cuál ha de ser el grado de generalidad de la regla o *holding*. En este sentido, el establecimiento del *holding* por parte del tribunal posterior siempre es un proceso constructivo que, como tal, no está exento de juicios de valor. Al respecto Sunstein sostiene: "The subsequent court's characterization of any 'holding' in a past case is a constructive act, not a simple matter of finding something. Holdings are not given in advance. At the same time, one cannot characterize any holding absolutely any way at all, and the constraints on characterization are enough to undergird the enterprise of analogy" (1996b, p. 71). Por otra parte, como ya hemos puesto de manifiesto, la elección entre minimalismo o maximalismo implica una concepción diferente de lo que significa estar vinculado a una decisión judicial previa, por tanto, las operaciones de aplicar, distinguir o extender la regla también adquieren significados distintos.

generales o particulares, entre *casuistry* o *rule-bound justice*, entre certeza jurídica o justicia concreta, va transformando el contenido de las reglas.

Así, por ejemplo, lo que en un momento dado los tribunales definieron como una regla abstracta y general al estilo maximalista, en otro momento y en un nuevo contexto social, la misma regla puede ser determinada de forma concreta, esto es, desde la perspectiva del minimalismo.¹⁰⁹ Lo mismo puede suceder en sentido inverso: una regla concreta y delimitada por las circunstancias fácticas del caso del que emanó puede ser interpretada, en otro momento, a partir de las premisas del maximalismo y transformarse, por consiguiente, en una regla abstracta y general que comprenda una clase completa de asuntos.¹¹⁰ En suma, las reglas o *holdings* van ampliando y reduciendo su ámbito normativo a lo largo del tiempo, sin que ello signifique desconocer la fuerza imperativa del *stare decisis*.¹¹¹

En este sentido, los precedentes no crean reglas axiomáticas y preexistentes a la disputa en la que se aplican, sino que las reglas surgen y se definen a través del proceso de aplicación en sucesivos litigios. El tribunal posterior es el que tiene que elegir el nivel de generalidad y abstracción

¹⁰⁹ Eisenberg analiza esta posibilidad de reducir el ámbito normativo de un precedente a través de las técnicas del minimalismo. Para el autor, como ya destacamos, la teoría maximalista es más descriptiva de lo que acontece en la práctica judicial estadounidense. Sin embargo, reconoce que en ocasiones los tribunales determinan el *holding* del precedente de acuerdo con los presupuestos de la teoría minimalista. Ello sucede cuando, por ejemplo, el juez desea modificar o revocar la regla que le vincula. Sin embargo, para no revocar expresamente dicha regla, limita su ámbito normativo. Ello lo logra haciendo una categorización muy concreta de las situaciones fácticas del caso del que emanó el precedente. La regla del precedente al estilo minimalista sólo rige un número muy limitado de casos, lo que posibilita su no aplicación para el nuevo asunto que tiene enfrente a través de la técnica de la distinción (1988, pp. 56-61). Dorf estudia una serie de sentencias del Tribunal Supremo en las que, precisamente, el tribunal usa esta técnica de argumentación jurídica para reducir la fuerza vinculante de sus propios precedentes. El autor critica este tipo de argumentación y sostiene que es mejor la revocación expresa y clara de los precedentes (1994, pp. 2009-2024).

¹¹⁰ Véase, por todos, Sunstein (2016a, pp. 26-28).

¹¹¹ Las palabras de Sunstein al respecto son muy ilustrativas: "Stare decisis has dimensions of both breath and strength. A legal system will move in the direction of minimalism if previous (maximalist) decisions will be abandoned when they seem plainly wrong. But it will also move in that direction if subsequent courts have flexibility to disregard justificatory language as 'dicta' or to recharacterize previous holdings. A Supreme Court that is reluctant to overrule past decisions can accomplish much of the same thing through creative reinterpretation. Because courts have the power to recharacterize past decisions, they can also turn originally minimalist decisions into maximalist decisions" (2016a, p. 26).

de la regla del precedente —configurar el supuesto normativo—, mientras que el tribunal anterior es el que determina el marco de posibilidades dentro del cual deben llevarse a cabo las elecciones de los jueces vinculados a su decisión. En otros términos, las reglas jurídicas que integran el *case law*, como señala Posner, son una "creación conjunta" del tribunal que establece el precedente y el que lo aplica a un caso posterior (1985, p. 249).¹¹²

De ahí que una decisión judicial por sí sola no crea una regla explícita e incontrovertible; se requiere, necesariamente, que los tribunales posteriores, a partir de una serie de sentencias sobre la misma cuestión, perfilen y delimiten el contenido y ámbito normativo de la regla que establece el precedente constitucional. Ello, como veremos en el último capítulo, constituye el proceso de elaboración de la doctrina judicial vinculante.

Sin embargo, a pesar de este carácter indeterminado del valor normativo de las decisiones judiciales, intentar anticipar su potencial impacto en futuros litigios constituye parte del entrenamiento básico de cualquier jurista de la tradición del *common law*. Como ya destacamos, el "arte de la predicción de la conducta de los jueces", a partir del análisis de las decisiones judiciales pasadas, es la base del estudio del derecho desde una perspectiva dinámica. Por ello, el estudio de los precedentes constitucionales necesariamente implica examinar las sentencias del Tribunal Supremo e intentar pronosticar su posible valor normativo. Ello lo haremos en el siguiente apartado de este capítulo.

¹¹² Cabe recordar que, como fue analizado en el apartado "I. Planteamiento del problema: el carácter indeterminado del ámbito normativo de un precedente" de este capítulo, para que el tribunal posterior configure el supuesto normativo de la regla del precedente tiene que, en primer término, seleccionar los hechos relevantes de los irrelevantes de la sentencia con valor de precedente y, en segundo, determinar el nivel de generalidad al que deben ser interpretados los hechos relevantes. Como se puso de manifiesto, en ambos procesos, el tribunal anterior —el que dictó la sentencia con valor de precedente— marca las pautas para que el tribunal posterior defina el supuesto normativo. Sin embargo, siempre existen espacios abiertos para la interpretación judicial del juez posterior, por lo que es posible que dos jueces mantengan posiciones diferentes acerca de cuál es el supuesto de hecho de la misma sentencia con valor de precedente. Por ello, cabe sostener que las reglas de los precedentes se crean y definen a partir de la interacción que existe entre el tribunal que las crea y el que las aplica.

G. Maximalismo y minimalismo en el ámbito de los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo

¿Cómo pronosticar o predecir el valor normativo de un precedente constitucional en futuros litigios? Para responder a esta interrogante, es preciso tener claro que, como se ha puesto de manifiesto, una de las características más importantes del *case law* es que el ámbito normativo y el significado de un precedente se establecen a través de un proceso en el que intervienen tanto el tribunal que establece el precedente, como el que lo aplica a un caso posterior.¹¹³

No obstante, en este apartado analizaremos las características de las decisiones constitucionales del Tribunal Supremo que delimitan el marco de posibilidades que tienen los tribunales posteriores para determinar la regla del precedente y que, por tanto, nos pueden ayudar a anticipar o pronosticar su fuerza normativa en otros litigios. Ello, a partir del estudio de tres cuestiones fundamentales.¹¹⁴

En primer término, estudiaremos cómo la elección que haga el Tribunal Supremo respecto de un estilo de decisión maximalista o minimalista (*rule-bound justice* o *casuistry*) delimita el abanico de posibilidades que tienen los tribunales posteriores para establecer la regla del precedente. Como veremos, cada estilo de decisión marca distintos tipos de directrices a los tribunales inferiores y traza diferentes caminos en los que puede evolucionar la doctrina constitucional vinculante.

¹¹³ Al respecto Posner señala: "It is elementary, but sometimes overlooked, that precedent is the joint creation of the court that decides the case which is later recognized as a precedent and the courts that interpret the case in the later case. No part of the first opinion will be neatly labeled 'precedent'; the precedent will be declared, and its scope delineated, in the later cases that rely on the opinion" (1985, p. 249).

¹¹⁴ Sin embargo, desde ahora hay que tomar en cuenta que cualquier pronóstico está sujeto a errores y excepciones. Es decir, en el ámbito de la predicción todo es una cuestión de probabilidad, ya que nunca pueden existir certezas absolutas. De lo único que podemos tener certeza es de que la regla del precedente es dinámica, que amplía y reduce su ámbito normativo a lo largo del tiempo y que, por tanto, para intentar pronosticar estos cambios en el *case law* es preciso analizar aquellos factores normativos y extranormativos que impulsan o frenan el movimiento de las reglas.

En segundo término, también nos sirve para predecir la fuerza normativa de las decisiones constitucionales analizar la opción que lleve a cabo el propio tribunal entre establecer el *holding*¹¹⁵ en forma de regla o en forma de estándar. Como se analizará, una regla puede ser aplicada a un caso siguiente bajo los presupuestos de la metodología que propone el modelo de *rule-bound justice*, mientras que los estándares casi siempre dan lugar a que la doctrina judicial evolucione a partir de la metodología de la casuística.

Finalmente, el tercer elemento que nos puede indicar la posible fuerza normativa de un precedente constitucional es el nivel de consenso que exista en el Tribunal Supremo cuando emite su sentencia. Sin duda, el tribunal posterior, con independencia de cuál haya sido el estilo de decisión del Tribunal Supremo (maximalista o minimalista, regla o estándar), es probable que opte por definir el *holding* del precedente que le vincula en forma minimalista si percibe que los *justices* del máximo tribunal no se logran poner de acuerdo respecto de la cuestión constitucional a resolver. El prototipo de precedentes minimalistas, como veremos, lo constituyen las denominadas *plurality decisions*.

I. Predicciones acerca de la fuerza normativa de los precedentes constitucionales a partir de la elección del Tribunal Supremo entre una decisión minimalista o una maximalista

En las decisiones en materia constitucional del Tribunal Supremo siempre está presente la tensión entre lo abstracto y lo concreto. Por un lado, como hemos destacado, el denominado *case and controversy requirement* del artículo 3 de la Constitución limita el ejercicio de la función jurisdiccional a la resolución de disputas concretas. Por lo que, el tribunal, en

¹¹⁵ Cabe destacar que el término *holding*, en este contexto, se refiere a la respuesta que da el tribunal respecto de la cuestión jurídica que el caso plantea, es decir, la regla que decide el caso. Como ya se ha analizado, el término también puede hacer referencia a la regla por la que el caso se considera vinculante, lo cual sólo se puede conocer cuando el tribunal posterior resuelve un nuevo litigio análogo.

principio, no debe decidir cuestiones que excedan el interés particular de la controversia planteada, esto es, no debe pronunciarse sobre cuestiones abstractas.

Por otro lado, como también ya señalamos, el hecho de que la Corte Suprema generalmente ejerza su jurisdicción de apelación de modo discrecional y que, además, casi siempre sea una tercera instancia de revisión, permite suponer que el papel que está llamado a desempeñar el máximo intérprete de la Constitución y del derecho federal tiene que ver más con la denominada función institucional, esto es, con la tarea de proveer reglas generales, que con la simple fiscalización de los errores cometidos por los tribunales inferiores. En otros términos, la posición del Tribunal Supremo en el sistema de impartición de justicia estadounidense le obliga a trascender el interés subjetivo de las partes en conflicto y resolver cuestiones abstractas.¹¹⁶

¿Cómo encontrar un acomodo lógico entre estos dos principios contrapuestos? ¿Cómo resuelve el tribunal la tensión entre lo abstracto y lo concreto? En realidad, el Tribunal Supremo no ha intentado resolver de modo definitivo esta tensión. Más bien, la dialéctica entre estos dos principios en contradicción le permite ajustar su papel de órgano supremo de control constitucional a la complejidad y características particulares que cada controversia presenta. La posibilidad que tiene el Tribunal Supremo de elegir entre una decisión minimalista o una maximalista es, sin duda, una herramienta fundamental para que la labor de los jueces de la constitucionalidad logre tener un equilibrio correcto con el proceso político y los órganos que lo protagonizan. Así, la tensión entre lo abstracto y lo concreto, entre ser un tribunal que resuelve controversias o uno que resuelve cuestiones abstractas, le da a la Corte Suprema un margen

¹¹⁶ De hecho, como veremos en el último capítulo, la política que sigue el Tribunal Supremo para conceder o no el *certiorari* frecuentemente está motivada en la importancia nacional que tenga la cuestión constitucional que plantea el caso. Ello sólo viene a robustecer la idea de que la Corte, más que resolver un caso, resuelve cuestiones que trascienden el interés subjetivo de las partes en conflicto. Al respecto véase, por todos, Stren, Gressman y Shapiro (1996, pp. 188 y ss.).

importante de maniobra para elegir el modo de abordar el problema que se le presenta y optar por la solución que mejor responda al contexto social, político y económico que rodea a la controversia constitucional planteada.¹¹⁷

En este sentido, en la práctica del Tribunal Supremo podemos encontrar decisiones constitucionales maximalistas y minimalistas. En las primeras, como ya se ha señalado, el Tribunal Supremo resuelve la cuestión de derecho de modo abstracto y general, esto es, sin atender de forma detallada a las particularidades fácticas que rodean al caso. Este estilo de decisión responde a los presupuestos del modelo jurisdiccional de *rule-bound justice*: la Corte, a través de sus sentencias, busca establecer reglas generales que abarquen una clase completa de asuntos; el caso resuelto sólo sirve para ilustrar una de las posibles concretizaciones de la regla.¹¹⁸

¹¹⁷ Una de las formas —en términos prácticos— a través de las cuales el Tribunal Supremo opta por un estilo de decisión minimalista o maximalista es por medio de la interpretación del mencionado *case and controversy requirement* del artículo III constitucional. Como ya destacamos, de la interpretación de tal precepto se han derivado una serie de requisitos procesales que condicionan el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Tribunal Supremo, los cuales se conocen como *principles of justiciability*. El modo como se definan esos principios permite a la Corte decidir en forma abstracta, resolver una disputa, o bien abstenerse de decidir.

¹¹⁸ *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973) y *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483, 1954) son prototipos de decisiones maximalistas. En ambas sentencias la Corte decidió de forma abstracta la cuestión constitucional, sin atender a las circunstancias fácticas particulares del caso. Por lo que toca a *Roe*, como es sabido, el Tribunal Supremo derivó del denominado "derecho constitucional de privacidad" el derecho de las mujeres a abortar, sin límites sustantivos importantes, dentro de los primeros tres meses de gestación. A pesar de que *Roe* era una mujer soltera, que argumentaba que su embarazo había sido producto de una violación y que comprobó que no tenía medios económicos suficientes para mantener a su futuro hijo, la Corte decidió en forma abstracta el asunto del aborto, sin hacer énfasis en esas circunstancias fácticas concretas que rodeaban al caso. Además, en su sentencia pronunció las principales cuestiones jurídicas que rodean la cuestión del aborto. Por ello, la sentencia de *Roe v. Wade* es una decisión maximalista. Lo mismo puede decirse de la decisión de *Brown v. Board of Education*; el Tribunal Supremo buscó establecer una regla general en materia de segregación racial en las escuelas públicas que sustituyera la doctrina de "separados pero iguales" que se había gestado a partir de la sentencia de *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537, 1896). Para ello, la Corte abordó el problema desde una perspectiva abstracta e intentó resolver en una sola sentencia la cuestión de la segregación racial, al punto que, como ya destacamos, el Tribunal Supremo resolvió a través de sentencias *per curiam* los asuntos posteriores que trataban el problema de segregación en otros ámbitos (baños públicos, playas, autobuses, hospitales, etc.). El fundamento jurídico de esas decisiones posteriores fue precisamente la sentencia de *Brown*. En tales sentencias, la Corte simplemente se limitó a citar su precedente sin elaborar una argumentación exhaustiva, lo cual indica el nivel de generalidad que caracterizó a la regla establecida en *Brown*.

Por su parte, las decisiones minimalistas se caracterizan por el hecho de que el tribunal se limita a decidir lo mínimo indispensable para dar una solución a la disputa que tiene enfrente y deja, por consiguiente, muchas preguntas abiertas para que futuras decisiones las respondan. Logra esto enfocando su atención en las particularidades fácticas del caso, o bien eligiendo un aspecto concreto y delimitado del problema planteado. En ambos casos, lo que busca la Corte es evitar dar una respuesta completa y general a la cuestión constitucional que resuelve.¹¹⁹

¹¹⁹ La opinión separada del *justice* Powell en el caso de *Regents of the University of California v. Bakke* (438 U.S. 265, 1978) es un buen ejemplo de perspectiva minimalista sustentada en el análisis de las circunstancias fácticas del caso. En este caso se cuestionaba la constitucionalidad de los programas de "acción afirmativa" de las universidades públicas. Bakke era un estudiante blanco cuya solicitud a la Facultad de Medicina de la Universidad de California en Davis fue rechazada. Bakke argumentó que el programa de acción afirmativa de dicha universidad, por el cual se reservaban 16 de los 100 espacios de la Facultad de Medicina a estudiantes de grupos raciales minoritarios (negros, chicanos, asiáticos y indios americanos), violaba el principio de igualdad constitucional y el título VI de la Civil Rights Act of 1964, que prohíben cualquier trato distinto por razón de raza. Cuatro *justices* (Burger, Stewart, Rehnquist y Stevens) estimaron que los programas de acción afirmativa violaban el referido título VI y no abordaron propiamente el asunto de su constitucionalidad. Otros cuatro *justices* (Brennan, White, Marshall y Blackmun) estimaron que los programas de acción afirmativa eran constitucionales, pues permitían resolver los efectos concretos y tangibles que la discriminación racial del pasado continuaba teniendo en el presente. En cambio, el *justice* Powell emitió una opinión separada en la que se concentró en el análisis de las características particulares del programa de acción afirmativa de la Universidad de California y en las razones concretas que justificaban dicho programa. Para Powell la justificación más importante del programa era la de garantizar la diversidad racial en la universidad, no porque tal diversidad fuese un fin en sí mismo, sino porque contribuía de forma sustantiva a la misión educativa de la universidad. Sin embargo, a pesar de que tal fin era legítimo, en opinión de Powell el programa de la Universidad de California, en los términos en que estaba establecido, no permitía alcanzar ese fin, ya que en vez de tratar la raza como un "plus" para ser admitido, establecía un sistema demasiado rígido. Por ello, concluye que el programa es inconstitucional. Lo relevante para nosotros es destacar la naturaleza minimalista de la opinión de Powell, ya que se enfoca en el análisis del programa de acción afirmativa de la Universidad de California y no intenta resolver de forma abstracta y general la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los programas de acción afirmativa en general. De esta forma, la opinión de Powell deja muchas preguntas abiertas y por responder en futuras decisiones, ya que, según se desprende de la misma, no todos los programas de acción afirmativa serán inconstitucionales, sólo algunos de ellos, lo que hace que, caso-por-caso, los tribunales posteriores tengan que ir determinando esta cuestión. Por otra parte, la decisión del Tribunal Supremo en el asunto de *Hampton v. Mow Sun Wong* (426 U.S. 88, 1976) constituye un buen prototipo de decisión minimalista que elige un aspecto concreto y muy definido del problema planteado y evita así dar una respuesta completa a la cuestión constitucional que el caso plantea. Este asunto cuestiona la constitucionalidad del reglamento de la Civil Service Commission, según el cual los extranjeros con residencia en Estados Unidos no podían aspirar a ninguna posición en el servicio civil estadounidense. Los demandantes son cinco residentes chinos, quienes argumentan que el referido reglamento viola el principio de igualdad establecido en la Decimocuarta Enmienda. El gobierno estadounidense argumenta que existen intereses nacionales que justifican este trato distinto entre residentes y ciudadanos. La Corte no entra al análisis de

Ahora bien, para entender por qué la elección que lleve a cabo el Tribunal Supremo entre una decisión maximalista o una minimalista nos puede ayudar a predecir el impacto de su sentencia en futuros litigios es preciso analizar los juicios de valor implícitos en dicha elección. Sunstein, en su brillante ensayo "Leaving things undecided" (1996a), proporciona las pautas para hacerlo.

Antes que nada, cabe destacar que la elección entre maximalismo y minimalismo está motivada fundamentalmente por cuestiones de carácter extranormativo, esto tiene que ver con el contexto político, económico y social que rodea a cualquier controversia jurídica. Sunstein clasifica estos factores en dos grandes categorías: 1) cuestiones estratégicas y pragmáticas y 2) cuestiones de índole política que afectan directamente el proceso de deliberación democrática (1996a, pp. 6-8).

En cuanto a las cuestiones estratégicas o pragmáticas que debe valorar el Tribunal Supremo para optar por un estilo de decisión, Sunstein resalta, sobre todo, el costo de alcanzar una decisión y el costo social de una mala sentencia. Ambas cuestiones están íntimamente relacionadas. Así, según el autor, el minimalismo generalmente tiene sentido cuando la Corte está abordando una cuestión que presenta una especial complejidad, bien sea porque se enfrenta a la falta de información sobre el tema y existe un cambio constante e impredecible de las circunstancias fácticas (por ejemplo, el área de las telecomunicaciones o el Internet),¹²⁰ o

tales intereses, ni tampoco aborda la cuestión del principio de igualdad. Más bien, se limita a elegir una cuestión muy concreta del asunto planteado: la facultad que tiene la Civil Service Commission para emitir un reglamento de esa naturaleza. El Tribunal Supremo concluye que el reglamento es inconstitucional, pues dicha Comisión no tiene facultades para regular asuntos en materia de residentes; ello, según el Tribunal, es facultad exclusiva del presidente y del Congreso. *Hampton* es una sentencia minimalista, ya que se limita decir lo indispensable para resolver el asunto concreto y deja para futuras decisiones la cuestión constitucional de fondo, que es la de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del trato distinto entre residentes y ciudadanos en cuanto a su posibilidad de trabajar en el servicio civil estadounidense.

¹²⁰ Por ejemplo, en el caso *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc v. FCC* (116 S. Ct. 2374, 1996), el Tribunal Supremo analizó la cuestión constitucionalidad de la ley que autorizaba a los operadores televisión por cable excluir programación "indecente" del espectro de transmisión y recepción de la señal transmitida. Sunstein aplaude la decisión minimalista, y explica por

bien porque existe cierta incertidumbre moral legalmente relevante (por ejemplo, el denominado "derecho a morir" o eutanasia) (1996a, pp. 16-19).

En términos prácticos, en este tipo de asuntos es difícil que los propios miembros del tribunal logren ponerse de acuerdo respecto del sentido y contenido de la sentencia (costos de alcanzar la decisión)¹²¹ y, además, es probable que una regla al estilo maximalista sea demasiado genérica como para responder cabalmente a la complejidad fáctica o moral del asunto (costos de una mala decisión).¹²²

Por ello, Sunstein (1996a, pp. 15-18) estima que, en estos asuntos altamente complejos, por lo general, es mejor que el tribunal se limite a resolver lo mínimo y permita que la casuística judicial vaya resolviendo, a través de un proceso de ensayo y error, las distintas aristas del problema. Según el autor, el minimalismo, en estos casos, reduce tanto los costos de alcanzar la decisión (es más sencillo lograr acuerdos entre los miembros del tribunal), como los costos de una mala sentencia (a través de la casuística se puede ir ajustando el contenido de la regla y resolviendo los distintos problemas que la cuestión constitucional presenta).

qué en un área como las telecomunicaciones, sujeta a cambios tecnológicos constantes y vertiginosos, fue un error intentar establecer una regla abstracta y general (1996a, pp. 31-32).

¹²¹ Sunstein define "los costos de una decisión" en los siguientes términos: "Decision costs are the costs of reaching judgement. [...] In the legal setting, decision costs are faced by both litigants and courts. If, for example, a judge in a case involving the 'right to die' attempted to generate a rule that would cover all imaginable situations in which that right might exist, it is likely that the case would take very long time to decide. Perhaps this cost would be prohibitive. The high costs might arise from a sheer lack of information, or because of the pressures faced by a multi-member court consisting of people who are unsure or in disagreement about a range of subjects. Such court may have a great deal of difficulty in reaching closure on broad rules" (1996a, pp. 16-17).

¹²² Sunstein explica este tipo de costos en los siguientes términos: "Error costs are the costs of mistaken judgements as they affect the social and legal system as a whole. It is possible, for example, that any decision involving the application of the First Amendment to new communication technologies, including Internet, should be narrow, because a broad decision rendered at this time would be likely to go wrong. A more evolutionary approach, involving the accretion of case-by-case judgment, could produce fewer mistakes on balance, because each decision would be appropriately informed by an understanding of particular facts" (1996a, p. 18).

En sentido inverso, el maximalismo será una buena alternativa cuando, por un lado, exista un mayor consenso entre los miembros del tribunal respecto de la solución a la cuestión constitucional a resolver y, por el otro, la necesidad de certeza y predictibilidad jurídicas sean extremadamente importantes, de tal modo que sea preferible que el tribunal establezca una regla general imperfecta, a intentar generar, a través de la metodología de caso-por-caso, un marco normativo ideal. Se puede sostener que en estos casos el costo de alcanzar una decisión no es muy alto y que, además, el minimalismo aumentaría los costos de una mala sentencia, pues dejaría en manos de los tribunales inferiores el desarrollo de la doctrina en una área en donde se requiere una mayor certeza jurídica.¹²³

Por otra parte, el Tribunal Supremo, además de evaluar estas cuestiones estratégicas para optar por una decisión minimalista o una maximalista, también tiene que tomar en cuenta algunas cuestiones de índole política. Sin duda, la elección que lleve a cabo el Tribunal Supremo entre establecer reglas abstractas o concretas está en íntima relación con el papel que dicho tribunal desempeña en el complejo equilibrio de poderes que caracteriza a un Estado constitucional. Una sentencia minimalista es una forma de transferir y obligar a los actores políticos a resolver la cuestión. El minimalismo, sostiene Sunstein, es "democracy-forcing", ya que cuando el Tribunal Supremo se limita a decidir lo mínimo, deja un espacio amplio para que, a través del debate político y la deliberación democrática, se encuentren soluciones a la cuestión constitucional controvertida.¹²⁴

¹²³ Sunstein explica las ventajas de una decisión maximalistas en los siguientes términos: "The argument for a broad and deep solution becomes stronger if diverse judges have considerable confidence in the merits of the solution, if the solution can reduce the costly uncertainty for other branches, future courts, and litigants (and hence decision costs would otherwise be high), or if advance planning is important." (Ibid., p. 30). En otra parte de su ensayo afirma: "On the other hand, a broad rule, even if over-inclusive or under-inclusive, may be better than a narrow judgement, because lower courts and subsequent cases would generate an even higher rate of error. [...] Perhaps a refusal to issue rules now would seem 'wise' or 'prudent' but leave subsequent judgments to district courts whose decisions cannot be entirely trusted. Perhaps the maximalist Court can later change the rules if the rules turn out to be wrong. In this light it would be foolish to suggest that minimalism is generally a good strategy, or that minimalism is generally a blunder" (1996a, p. 18).

¹²⁴ "Minimalism can be democracy-forcing, not only in the sense that it leaves issues open for democratic deliberation, but also and more fundamentally in the sense that it promotes reason-giving

En este sentido, el Tribunal Supremo debe optar por una decisión minimalista sobre todo en aquellos asuntos que presentan cuestiones altamente conflictivas y que están en el centro del debate político. Tal sería el caso, por ejemplo, de las leyes que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo, el asunto del aborto o el derecho a recibir asistencia médica para morir. La nota más relevante de este tipo de asuntos es que la sociedad se encuentra polarizada. Por tanto, una decisión maximalista puede impedir que el propio sistema de deliberación democrática logre alcanzar el consenso social y político mínimo que se requiere para establecer soluciones socialmente aceptables. De ahí que cuando el Tribunal Supremo se enfrenta a asuntos tan polémicos le convenga optar por una sentencia minimalista o, inclusive, optar por no decidir la cuestión denegando el *certiorari* o estimando que el asunto no es "justiciable".¹²⁵ Ello, además de fortalecer e impulsar el proceso democrático, evitaría poner en riesgo la propia legitimidad social del tribunal.¹²⁶

and ensures that certain important decisions are made by democratically accountable actors. [...] Courts are minimalist in the sense that they leave open the most fundamental and difficult constitutional questions; they also attempt to promote democratic accountability and democratic deliberation. I am suggesting a form of minimalism that is self consciously connected with the liberal principle of legitimacy" (Sunstein, 1996a, pp. 7-8).

¹²⁵ Para Sunstein, tanto la denegación del *certiorari*, como el estimar que el caso no cumple con todos los requisitos para ser "justiciable", es un modo de minimalismo, en el sentido de que, en ambos casos, la cuestión queda abierta para que el debate político la resuelva y el tribunal reduce los costos de una mala sentencia. Textualmente sostiene: "Of course a denial of *certiorari* reduces decision costs for the Court. It may reduce error costs as well, if the Court is not in a good position to produce a judgment about which it has confidence, or if the Court thinks that additional discussion, in lower courts and nonjudicial arenas, is likely to be productive. Thus the denial of *certiorari* can be seen as a form of minimalism and evaluated by reference to the criteria I have previously discussed. Of course principles of justiciability-mootness, ripeness, reviewability, standing-can be understood as a way to minimize the judicial presence in American public life. It may be tempting to see these principles as rooted in positive law and as allowing no room for discretionary judgment about when courts properly intervene. But realistically speaking, justiciability doctrines are used prudentially and in response to the considerations of the sort I am discussing here. Thus, for example, a judgment that a complex issue is not ripe for decision may minimize the risk of error and preserve room for continuing democratic deliberation about the issue. It should not be surprising to find some pressure to find otherwise breadline cases 'not ripe' or 'moot' precisely because of the cost associated with deciding the substantive question" (1996a, pp. 51-52).

¹²⁶ Al respecto, las palabras de Sunstein son muy ilustrativas: "The case for minimalism is especially strong if the area involves a highly contentious question that is currently receiving sustained democratic attention. In such areas, courts should be aware that even if they rely on their deepest convictions, they may make mistakes. [...] Of course the Court's resolution may be right, in the sense that the Court identifies the just result. But democratic self-government is one of the rights to which people

Sin embargo, el minimalismo no siempre es la mejor opción en términos del proceso democrático. Existen determinadas cuestiones en las cuales el sistema político no funciona correctamente y excluye o dificulta la protección de determinados valores que se consideran condición del propio orden democrático. Una de las funciones más importantes de los jueces de la constitucionalidad debe ser la de garantizar que la regla de la mayoría, propia del debate parlamentario, no se convierta en una tiranía para las minorías. Esto es, el Tribunal Supremo tiene que corregir los defectos del sistema representativo, garantizando la eficacia de determinados valores sustantivos propios de una democracia, así como el acceso equitativo de las minorías al proceso de deliberación democrática.¹²⁷ De ahí que Sunstein (1996a, pp. 29-31) sostenga que cuando el proceso democrático no funciona correctamente, el argumento a favor del minimalismo

are entitled, and unless the democratic process is not functioning well, judicial foreclosure may represent not a vindication of rights but a controversial choice of one right over another. And even if the Court's resolution is right, things may go badly wrong. The Court may not produce social reform even when it seeks to do so. It may instead activate forces of opposition and demobilize the political actors that it favors. It may produce an intense social backlash, in the process of delegitimizing both the Court and the cause it favors. More modestly, it may hinder social deliberation, learning, compromise, and moral evolution over time. A cautious course-refusal to hear the case, invalidation on narrow grounds, democracy-forcing ruling-will not impair this deliberative process and should improve it" (1996a, pp. 32-33).

¹²⁷ Como es sabido, Ely es el más importante expositor del papel que debe desempeñar la justicia constitucional en corregir la discriminación política en contra de las minorías. Ely (1980) defiende la idea de Constitución como una cuestión de procedimientos y estructuras que caracterizan a todo gobierno democrático, más que como un conjunto de valores sustantivos específicos. La tarea del Tribunal Supremo, desde esta perspectiva, será la de mantener en orden los mecanismos y procedimientos que aseguran que el proceso de deliberación democrática permanezca abierto para todos y que los que deciden tomen en cuenta a todos los afectados por su decisión. Algunas de las más importantes decisiones de la era del Tribunal Warren se pueden comprender bajo este paradigma. Sin embargo, desde la perspectiva de Sunstein, la corrección de los errores del sistema representativo no sólo tiene que ver con cuestiones de procedimientos —como asegura Ely— sino también con la ineficacia de determinados valores sustantivos fundamentales para el correcto funcionamiento de una democracia. Al respecto, sostiene: "Notwithstanding the democracy-forcing consequences of forms of minimalism discussed below, the question remains whether increased democratic capacity is always desirable. The dispute issue may be ill suited to democratic choice, either because it should be off-limits to politics or because deliberation is not functioning well. [...] This phenomenon may be especially true with constitutional issues relating to punitive damages, commercial advertising, and homosexual rights; in all these context, powerful groups may be producing unreasonable legislation or blocking desirable change. And if we are concerned only by substance-about getting things right-minimalism may be a mistake; it is possible that participants in democratic process will merely stumble their way toward the rule that courts could have adopted long ago, or in some instance never arriving at the correct rule at all" (1996a, pp. 29-30).

se debilita. En estos casos es mejor una decisión maximalista que subsane los errores del sistema representativo y renueve los consensos fundamentales que sostienen a la Constitución.¹²⁸

En suma, la elección que lleva a cabo el Tribunal Supremo entre una decisión maximalista o uno minimalista está motivada por cuestiones extra-normativas y contextuales de cada controversia. Conocer los factores que implícitamente se esconden detrás de esta elección constituye el punto de partida para intentar pronosticar el valor normativo de la regla del precedente en futuros litigios.

A través de sentencias minimalistas, como señalamos, la Corte Suprema busca evitar resolver la cuestión constitucional de forma completa para que, por un lado, los tribunales inferiores vayan resolviéndola caso-por-caso (*casuistry*) y, por el otro, los actores políticos, por medio del proceso de deliberación democrática, logren alcanzar soluciones socialmente aceptables. En este sentido, la opción por una decisión minimalista indica que el Tribunal Supremo no está preparado para dar una respuesta definitiva a la controversia constitucional y que, por tanto, prefiere que la cuestión permanezca abierta al debate político y jurídico. El minimalismo parte de la premisa de que cualquier regla general y abstracta es prematura y que puede tener un impacto negativo si se aplica sin tomar en cuenta las circunstancias individuales de cada controversia. Por ello, los precedentes minimalistas siempre dejan un espacio de discrecionalidad amplio para que el tribunal posterior valore el impacto de la regla y decida si la aplica o distingue en el nuevo asunto que resuelve.¹²⁹

¹²⁸ Es importante advertir que no se puede establecer un esquema rígido en donde el minimalismo signifique delegar al sistema de deliberación democrática la cuestión y el maximalismo sea siempre un mecanismo para corregir los defectos de tal sistema. Sin duda, las decisiones maximalistas que desestiman la inconstitucionalidad de alguna ley son las que mayores efectos tienen sobre el sistema democrático, en el sentido que el Tribunal, de forma amplia, valida las acciones de los órganos políticos y se abstiene de interferir en el proceso democrático. Al respecto es muy interesante el análisis que realiza Sunstein respecto de todos los posibles escenarios, maximalistas y minimalistas, con relación a esta cuestión (1996a, pp. 40-43).

¹²⁹ La doctrina constitucional con relación al derecho de los extranjeros que residen legalmente en Estados Unidos a trabajar en el sector público (*public employment rights of aliens*) constituye un buen

En este sentido, es predecible que una decisión constitucional minimalista opere con flexibilidad y dinamismo en la resolución de casos análogos o similares. Las decisiones judiciales posteriores, caso-por-caso y a la luz de las circunstancias fácticas de cada litigio, pondrán a prueba la idoneidad de la regla del precedente y la irán redefiniendo y adaptando (*casuistry*). Así, el valor normativo de un precedente minimalista es bastante más incierto e indeterminado que el de uno maximalista. Sólo se puede esperar tener estabilidad y certidumbre en la doctrina constitucional si, a través de un conjunto de decisiones sobre las distintas aristas del

ejemplo de cómo opera la dinámica de los precedentes minimalistas. En el asunto *Sugarman v. Dougall* (413 U.S. 634, 1973) el tribunal estimó la inconstitucionalidad de la ley de Nueva York que excluía a los residentes legales de la posibilidad de presentar exámenes de oposición para acceder a *cualquier tipo* de posición en el sector público. El Tribunal Supremo estimó que dicha ley era demasiado genérica; el excluir a los residentes legales, de forma amplia y sin distinciones respecto del tipo de empleo, violaba el principio de igualdad de la Decimocuarta Enmienda. Según la Corte, la preferencia de ciudadanos estadounidenses respecto de los residentes extranjeros sólo se justifica en aquellos puestos de elección popular, en trabajos "no electivos" pero que implican formulación, ejecución o revisión de políticas públicas o en cualquier empleo que tenga que ver con el "corazón del gobierno representativo" (p. 647). *Suggarman* es una decisión minimalista en dos sentidos: en primer término, porque la Corte no establece una regla general que impida al Congreso o a las legislaturas estatales aprobar cualquier ley que limite el derecho al trabajo en es sector público de los residentes extranjeros, por el contrario, la Corte establece un estándar lo suficientemente amplio como para que, a través del debate legislativo, se establezcan distinciones entre ciudadanos y residentes en este respecto. En segundo término, y sobre todo, *Suggarman* abre las puertas para que a través de la caústica judicial, y a la luz de las circunstancias fácticas de cada litigio, se valore si el caso concreto entra o no dentro del amplio estándar que definió el Tribunal. En este sentido, la decisión de la Corte dio lugar a que la doctrina constitucional se desarrollara a partir de los presupuestos metodológicos de la "*casuistry*". Así, en *Foly v. Connelie* (435 U.S. 291, 1978), el Tribunal Supremo desestimó la inconstitucionalidad de la ley de Nueva York que limitaba a los ciudadanos estadounidenses la posibilidad de acceder a la posición de policía del estado. Después, en *Cabell v. Chavez-Salido* (454 U.S. 432, 1981) la Corte estableció que la ley de California que requería que fuesen ciudadanos aquellas personas que desempeñaban el cargo de "oficial de paz" (*peace officer*) no violaba el principio de igualdad constitucional. En ambos asuntos señaló que eran trabajos que entraban dentro del estándar establecido en *Suggarman*, pues ambos tipos de empleo entrañan "funciones de ejecución de políticas públicas". En cambio, en *Nyquist v. Maucllet* (432 U.S. 1, 1977) desestimó la inconstitucionalidad de la ley de Nueva York que limitaba a los ciudadanos la solicitud de ayuda financiera para realizar estudios universitarios. La Corte expresamente señala que la referida ley no entra dentro del estándar establecido en *Suggarman* ("Although an alien may be barred from full involvement in the political arena, he may play a role, perhaps a leadership, in other areas of import to the community. The state surely is not harmed by providing resident aliens the same educational opportunity it offers to others" [p. 12]). En el mismo sentido, el Tribunal, en el asunto *In re Griffiths* (413 U.S. 717, 1972), desestimó la inconstitucionalidad de la ley de Connecticut que impedía que los residentes que eran abogados presentaran el examen público que los autorizaba a litigar en los tribunales del estado. Según el Tribunal los abogados litigantes no son empleados públicos y, aunque desempeñan una función importante en la ejecución de la ley, no pueden entrar dentro del estándar de *Suggarman*.

problema, se logran alcanzar soluciones adecuadas y socialmente aceptables, lo cual depende fundamentalmente de la solidez argumentativa de los jueces y su capacidad de resolver correctamente asuntos complejos y polarizados como los que caracterizan a este tipo de sentencias.¹³⁰

En cambio, a través de sentencias maximalistas, la Corte Suprema busca reducir el ámbito de discrecionalidad de los jueces inferiores y propiciar así una mayor certeza jurídica a los actores sociales, a los otros poderes y a los potenciales litigantes (*rule-bound justice*). Además, en muchos casos, el maximalismo cierra las puertas al debate político y corrige las irregularidades o fallas del propio sistema democrático. Es de esperar, por tanto, que una decisión maximalista, en virtud del principio de *stare decisis* vertical y horizontal, sea aplicada a una clase completa de asuntos y que, además, la regla sea extendida a otros supuestos normativos análogos.¹³¹ La doctrina constitucional adquiere estabilidad si las decisiones judiciales posteriores aplican y extienden consistentemente la regla abstracta y general que establece una decisión maximalista.¹³²

¹³⁰ La flexibilidad y el dinamismo que caracteriza a la *casuistry* explica que sea el prototipo de metodología que defendieron los juristas pragmático-instrumentales. Pound definió el método de *common law* en los siguientes términos: "The common law technique is based on a conception of law as experience developed by reason and reason tested and developed by experience. It is a technique of finding the grounds of decision in recorded judicial experience, making for stability by requiring adherence to decisions of the same question in the past, but allowing growth and change by the freedom of choice from competing analogies of equal authority when new questions arise or the old ones take on new forms" (1941b, p. 5). Dado el sello indeleble que dejó la teoría pragmática-instrumental en Estados Unidos, no es de sorprender que muchos juristas contemporáneos consideren que la *casuística* es el método idóneo para el desarrollo de la doctrina constitucional vinculante. Al respecto, entre otros, Sullivan (1992, pp. 24 y ss.) y Meyer (1994, pp. 424 y ss.).

¹³¹ Como ya señalamos, el maximalismo busca que la regla del precedente se aplique a través de procesos deductivos en todos aquellos casos que entran dentro del ámbito normativo del *holding*. Pero, además, busca que la regla del precedente sea extendida en forma consistente a asuntos análogos. Un precedente maximalista, en un escenario ideal, debe dar lugar que el desarrollo de la doctrina constitucional se lleve a cabo a partir de lo que Eisenberg denomina el "modelo lineal": la regla (abstracta y general) se aplica y extiende en una serie de casos posteriores. Ello sucederá, como lo señala dicho autor, cuando la regla esté en concordancia con las *social propositions*. En otros términos, cuánto mejor responda la regla a las demandas sociales del momento, a la armonización de los valores en conflicto, a los estándares éticos de la comunidad, a las directrices de las políticas públicas, mayor será su grado de autoridad y estabilidad en la resolución de controversias posteriores. Sobre esta cuestión profundizaremos más adelante (1988, pp. 64-67).

¹³² La doctrina del Tribunal Supremo en materia de igualdad racial sin duda constituye el prototipo "ideal" de la dinámica de los precedentes maximalistas. La decisión que marca del desarrollo de la

Ahora bien, estos dos modelos de desarrollo de la doctrina constitucional que caracterizan al minimalismo y al maximalismo no siempre operan

doctrina es precisamente el conocido caso de *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 433, 1954), el cual, como es sabido, establece que la segregación racial en las escuelas públicas viola el principio de igualdad de la Decimocuarta Enmienda. Con esta sentencia se comienza a gestar la nueva doctrina constitucional en materia de igualdad de razas que sustituiría a la de "separados pero iguales" (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 1896). Existen algunas decisiones previas a *Brown* que comienzan a anunciar dicho cambio de la doctrina. En concreto, en *Sweatt v. Painter* (339 U.S. 629, 1949), la Corte estimó que era violatorio del principio de igualdad constitucional el hecho de que en las facultades de Derecho "para blancos" y "para negros" de la Universidad del Estado de Texas existiesen diferencias tan importantes en cuanto infraestructura, número de profesores, bibliotecas, alumnos admitidos en la barra de abogados, etc. La Corte concluye que ello significa que negros y blancos no están teniendo las mismas oportunidades educativas y que el gobierno del estado de Texas está discriminado a los estudiantes negros. Sin embargo, en *Brown* el Tribunal cambia de perspectiva. Ya no intenta analizar los factores tangibles del sistema educativo que hacían que los negros y blancos no fueran *de facto* "iguales". Esta vez aborda propiamente la cuestión constitucional de si el sistema de la segregación racial en las escuelas era, en sí mismo, violatorio del principio de igualdad de la Constitución. Y concluye que "en el área de la educación pública la doctrina de "separados pero iguales" ya no tiene lugar. La separación de las instituciones educativas es inherentemente inequitativa" (p. 495). Con esta sentencia se inicia una verdadera revolución jurídica en cuestiones de igualdad racial. El desarrollo de la doctrina constitucional en esta materia operó a partir del denominado "modelo lineal", es decir, la regla general de *Brown* fue aplicada y extendida consistentemente en distintos ámbitos: baños públicos y playas (350 U.S. 877, 1955), campos de golf y parques (358 U.S. 54, 1958), autobuses públicos (352 U.S. 903, 1956), auditorios municipales (375 U.S. 395, 1964), entre otros. Por otra parte, la doctrina generada a partir de *Brown* atrajo al tribunal un importante número de asuntos que planteaban otros aspectos del problema de la discriminación racial. En concreto, llegaron casos que cuestionaban la constitucionalidad de leyes que, a pesar de tratar con las mismas cargas a negros y a blancos, buscaban hostigar a una minoría racial. Así, en *Anderson v. Martin* (375 U.S. 399, 1964), la Corte estima la inconstitucionalidad de una ley de Luisiana que requería que los candidatos políticos indicaran su raza en las boletas electorales. También en el caso *McLaughlin v. Florida* (379 U.S. 184, 1964) establece la inconstitucionalidad de la ley de Florida que prohibía que parejas interraciales no casadas vivieran juntos. En el mismo sentido, en *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), la Corte declara inconstitucional la ley del estado de Virginia que penalizaba a quien contraía matrimonio con una persona de una raza distinta. La característica común entre estos casos fue que se trataba de leyes que no establecían un trato distinto entre negros y blancos, pero reflejaban una clara intención racista y discriminatoria. Según el Tribunal, el principio de igualdad de la Decimocuarta Enmienda busca eliminar cualquier forma de discriminación racial por parte del Estado. En este sentido, los casos antes señalados son una continuación de la doctrina de *Brown*, aunque por tratarse de asuntos que plantaban un problema distinto de aquellos propios del sistema de segregación racial, el precedente de *Brown* no constituyó el fundamento jurídico de estas decisiones. Sin embargo, a partir de esta serie de sentencias, que van desde los casos relativos a la segregación racial hasta las leyes que esconden intenciones discriminatorias, la Corte dejó claramente establecido que cualquier ley que utilice la raza como criterio de clasificación o que propicie o aliente alguna forma de segregación racial debe estar sujeta a la más estricta revisión constitucional (*strict scrutiny*). Lo cual significa que para que una ley "apruebe el *test* de la constitucionalidad" el gobierno debe demostrar que existe un interés legítimo en tal legislación y que además los medios elegidos para alcanzarlo son los adecuados. En la práctica, el denominado *strict scrutiny* funciona casi como una presunción en contra de la constitucionalidad de la ley. Cabe destacar que las sentencias antes señaladas son fundamentalmente maximalistas y que la doctrina constitucional se desarrolló en forma consistente y en concordancia con los presupuestos del modelo jurisdiccional de *rule-bound justice*.

con tal precisión. Como ya lo analizamos, el tribunal posterior es quien elabora el supuesto de hecho y determina el nivel de generalidad de la regla del precedente. La práctica judicial estadounidense demuestra que, a través de la distinción *holding-dicta*, los tribunales posteriores amplían o reducen el ámbito normativo de las reglas. Así, por una parte, existen decisiones minimalistas sobre las que los tribunales posteriores determinan la regla del precedente en forma abstracta y general, de tal modo que la *casuistry* se transforma en *rule-bound justice*¹³³ y, por la otra, también hay decisiones maximalistas que, aun cuando al Corte haya buscado establecer una regla abstracta y general, en litigios posteriores dicha regla ve reducido su ámbito normativo, a través de las técnicas de argumentación características del minimalismo.¹³⁴

Por tanto, no basta con que el Tribunal Supremo haya optado por una sentencia minimalista o una maximalista para pronosticar el impacto de su decisión en otros litigios. Se requiere, además, intentar descifrar los

¹³³ En este sentido, Sunstein afirma: "Because courts have the power to recharacterize past decisions, they can turn originally minimalist decisions into maximalist decisions. *Reed v. Reed*, for example, invalidated a law on grounds of sex discrimination in a minimalist opinion, but subsequent courts have recharacterized this case as embodying a broad principle. The Court has begun to transform *Shaw v. Hunt* in similar way, broadening this narrowly written decision" (1996a, pp. 26-27). Por su parte, Posner sostiene que es frecuente que los tribunales inferiores determinen las reglas de los precedentes del Tribunal Supremo en forma amplia, esto es, maximalistamente, y que, en cambio, tiendan a interpretar en forma minimalista los precedentes de otras jurisdicciones. En otros términos, el transformar decisiones minimalistas en reglas abstractas y generales es una cuestión que se presenta con más frecuencia en el ámbito del *stare decisis* vertical (1985, p. 252).

¹³⁴ Al respecto, Sunstein afirma: "Courts that attempt to be maximalist may be quite surprised by the conduct of subsequent courts, which characterize their language as 'dicta'. Thus if subsequent courts have a great deal of discretion to recharacterize holdings, they can effectively turn any prior decision into a minimalist opinion" (1996a, p. 26). Dado este ámbito de discrecionalidad del juez posterior para que, a través de la distinción *holding-dicta*, amplíe o reduzca el ámbito normativo de la regla del precedente, Llewellyn recomienda a todo estudiante de derecho analizar las decisiones judiciales desde las perspectivas minimalista y maximalista al mismo tiempo, de tal forma que puedan comenzar a imaginar y predecir los distintos escenarios posibles en los que puede desembocar un litigio. Lo explica en los siguientes términos: "Applying this two-faced doctrine of precedent to your work in a case class you get, it seems to me, some such result as this: You read each case from the angle of its *maximum* value as a precedent. [...] Contrariwise, you will also read each case for its *minimum* value as a precedent, to set against the maximum. The first question is, how much can this case fairly be made to stand for by a later court to whom the precedent is welcome? [...] The second question is, how much is there in this case that cannot be got around, even by a later court that wishes to avoid it? [...] But always and always, you will bear in mind that each precedent has not one value, but two, and that the two are wide apart" (1991, pp. 75-76).

factores que pueden hacer que las decisiones constitucionales no se comporten conforme a los patrones que caracterizan cada uno de estos estilos de decisión: *maximalismo-rule-bound justice* y *minimalismo-casuistry*.

Cabe destacar que esta posibilidad de transformar, a través de la distinción *holdign-dicta*, el ámbito normativo de la regla del precedente guarda una estrecha relación con la naturaleza dinámica que caracteriza al *case law*. Las reglas constitucionales deben mantenerse abiertas a incorporar las cambiantes demandas sociales, por lo que los precedentes no pueden permanecer estáticos. El *case law* se mueve y se transforma al ritmo del devenir social.¹³⁵

Ello explica que sea precisamente en el ámbito de las decisiones maximalistas en el que con mayor frecuencia se observa una transformación en el patrón de comportamiento que caracteriza a este estilo de decisión. A diferencia del minimalismo, en el cual por naturaleza la regla del precedente opera con flexibilidad para adaptarse a las diferentes circunstancias fácticas, el maximalismo busca establecer reglas generales que comprendan con antelación una clase completa de asuntos y que limiten los juicios de valor y la discrecionalidad de los jueces posteriores. Este carácter menos flexible de las decisiones maximalistas propicia que, en determinadas circunstancias, la dinámica del sistema de precedentes rompa con el modelo que establece el *rule-bound justice* y ajuste el contenido de la regla, *caso-por-caso*, a las nuevas demandas sociales.¹³⁶

¹³⁵ Sobre el carácter dinámico del *case law* constitucional, Douglas (1949, pp. 735 y ss.).

¹³⁶ Cabe destacar que cuando una decisión minimalista es interpretada por el tribunal posterior en forma maximalista, sólo indica que dicha regla era adecuada y aceptable para resolver la cuestión constitucional controvertida, lo cual, a fin de cuentas, es el fin básico de cualquier sentencia con valor de precedente. Como señalamos, la premisa que descansa detrás de una decisión minimalista es que la Corte estima que existe un importante riesgo de decidir erróneamente la cuestión y, como una forma de prevenir tal impacto negativo de su precedente, opta por mantener abierto a la discusión el problema constitucional que el asunto plantea. El escenario ideal para el minimalismo es que, a través de una serie de sentencias sobre los distintos aspectos de una cuestión, surja una regla o principio general que resuelva la cuestión y que le dé estabilidad a la doctrina. Por ello, si el tribunal posterior estima que la regla del precedente minimalista es adecuada para dar esa solución aceptable a la cuestión constitucional y, por tanto, extrae una regla más amplia y general que la que originalmente pretendió establecer el tribunal anterior, ello, en último término, no altera de forma

La distinción *holging-dicta* le permite al tribunal posterior redefinir la regla que establece una decisión maximalista y, haciendo uso de las técnicas de argumentación que caracterizan al minimalismo, reducir su ámbito normativo.¹³⁷ Para ello, el tribunal posterior determinará la regla del precedente a partir de premisas minimalistas. Como ya señalamos, el minimalismo tiene la peculiaridad de centrar su atención en las particularidades fácticas de los casos que se contrastan. De ahí que cuando el tribunal posterior desea reducir el ámbito normativo de una regla maximalista que le vincula, centrará su atención en el patrón de hechos del asunto del que emanó el precedente y del que está resolviendo y, con base en cualquier hecho distinto, elaborará una distinción.¹³⁸ Además, dicho

significativa el desarrollo de la doctrina vinculante. De ahí que, el problema de la transformación de la regla del precedente a partir de la distinción *holding-dicta* se centre en el ámbito de las decisiones maximalistas. Por otra parte, es importante tomar en cuenta que la generalización de las reglas que se derivan de precedentes minimalistas por parte del tribunal posterior está fuertemente condicionada por lo que Maltz denomina el "*breadth component*" de la sentencia con valor de precedente. El autor lo explica a través de la decisión del Tribunal Supremo en el asunto de *Plyler v. Doe* (437 U.S. 202, 1982). Este caso planteaba la inconstitucionalidad de una ley del estado de Texas que prohibía a los hijos de residentes extranjeros indocumentados estudiar en alguna escuela pública gratuita. El Tribunal estimó la inconstitucionalidad de la ley y justificó su sentencia a partir de dos premisas básicas: 1) que se trataba de un grupo de sujetos notoriamente desprotegidos y vulnerables (menores de edad de padres indocumentados) y 2) que se trataba de un derecho muy importante (educación pública gratuita). Estos dos elementos, según el autor, conforman el denominado *breadth component*, lo que significa que para que la regla sea generalizable a un caso posterior tendrán que concurrir esos dos factores y, por tratarse de elementos poco comunes, el número potencial de casos regidos por el precedente será bastante limitado. Obviamente, si se llegase a presentar un caso idéntico (*to the point*), no cabe duda de que la regla tendría que ser aplicada. Pero lo relevante es saber qué tan generalizable puede ser la regla, esto es, hasta qué punto puede gobernar otras situaciones fácticas distintas del derecho a la educación de los menores de edad. Así, la generalidad de la regla del precedente queda condicionada, en alguna medida, por aquellos factores que delimitan la clase de sujetos a los que se puede aplicar. Esto es, el tribunal que establece el precedente restringe el margen de posibilidades que tienen los tribunales posteriores para determinar el nivel de generalidad de la regla del precedente, y en el caso de las decisiones minimalistas tales márgenes son bastante estrechos (1988, pp. 376-78).

¹³⁷ La transformación de una regla maximalista, como vimos en el apartado anterior, también puede suceder a través de la técnica de la distinción al "estilo maximalista", es decir, por medio de la elaboración de excepciones a la regla general. Sin embargo, como ya más atrás se puso de manifiesto, los maximalistas establecen límites muy estrictos respecto de cuándo se puede hacer este tipo de excepciones. En cambio, recurrir a las técnicas de argumentación minimalista para reducir el ámbito normativo de la regla del precedente maximalista es una práctica bastante común y una cuestión que todos los juristas observan en la dinámica del sistema de precedentes estadounidense, aunque, evidentemente, no todos ellos están de acuerdo con que los jueces actúen de esa manera.

¹³⁸ Las decisiones del Tribunal Supremo con relación al ejercicio del derecho constitucional de libre expresión en los centros comerciales privados, nos pueden servir para ilustrar esta transformación

tribunal estimará que los pronunciamientos abstractos y generales de la sentencia que le vincula son simple *dicta*, ya que, según las premisas del minimalismo, el tribunal anterior sólo puede crear el derecho indispensable para resolver la disputa que tienen enfrente.¹³⁹

La posibilidad de transformar una regla maximalista, a partir de esta técnica argumentativa, siempre está potencialmente presente en la dinámica de los precedentes constitucionales. Por ello, si se quiere elaborar algún tipo de predicción acerca del valor normativo de una decisión constitucional maximalista, es preciso determinar aquellos factores que pueden impulsar esta transformación.

Sin duda, el hecho de que la opción del Tribunal Supremo por una decisión maximalista sea una opción equivocada es uno de los factores que

de una regla a través de las técnicas del minimalismo. En *Food Employees v. Logan Plaza* (391 U.S. 308, 1968) el Tribunal sostuvo que el derecho constitucional de libre expresión protegía las manifestaciones públicas, en un centro comercial, de los miembros de un sindicato. El Tribunal argumentó que un centro comercial sirve como un "bloque de negocios de la comunidad" (p. 316) y que, además, "las personas tienen acceso libre y abierto a tales centros" (p. 317). Por lo que, según la Corte, el derecho de libre expresión de los sindicalistas había de prevalecer frente al derecho de propiedad privada establecido en las enmiendas Quinta y Decimocuarta. Los tribunales inferiores interpretaron la regla de *Food Employees* de forma amplia considerando que cualquier tipo de manifestación pacífica en un centro comercial estaba protegida por el derecho de libre expresión, dado el carácter "público" de dichos centros. Sin embargo, cuatro años después, el Tribunal Supremo, en el caso *Llyod Corp v. Tanner* (407 U.S. 551, 1972), decidió que los activistas antiguerra (*antiwar activists*) no estaban protegidos por el derecho constitucional de libre expresión cuando se manifestaban en un centro comercial. En este asunto la Corte estimó que prevalecía el derecho de propiedad. Para justificar su decisión elaboró una distinción respecto de la sentencia de *Food Employees v. Logan Plaza* bajo las técnicas de argumentación minimalista, esto es, a partir del contraste del patrón de hechos de los dos casos. En concreto, el Tribunal dijo que *Food Employees v. Logan Plaza* se refería a sindicatos y derechos laborales, mientras que *Llyod Corp v. Tanner* se refería a asuntos políticos. La actividad de un centro comercial, según el Tribunal, está más cercana a las cuestiones laborales que a las políticas, lo que justifica el trato distinto entre sindicalistas y activistas antiguerra. Dicho en otros términos, el ámbito normativo de la regla *Food Employees v. Logan Plaza* quedó delimitado por las circunstancias fácticas del tal asunto, lo cual le permitió al Tribunal elaborar una nueva regla para decidir *Llyod Corp v. Tanner*. El hecho de que la Corte utilizara una perspectiva minimalista para definir la regla del precedente que le vinculaba fue un claro indicador de que se estaba gestando un cambio en la doctrina y que, finalmente, el precedente de *Food Employees v. Logan Plaza* estaba perdiendo autoridad. De hecho, años después, el propio Tribunal, en el asunto de *Hudgens v. NLRB* (424 U.S. 507, 1976), reconoció *Food Employees v. Logan* había sido tácitamente revocado por *Llyod Corp v. Tanner*.

¹³⁹ Al respecto véase, por todos, Dorf (1994, pp. 2006-2009).

más puede afectar la estabilidad de un precedente. Esto es, cuando la complejidad social y moral que encierra la cuestión constitucional controvertida hacen que cualquier regla general y abstracta al estilo maximalista sea prematura e inapropiada para resolver cabalmente las distintas aristas del problema, es de esperar que el precedente constitucional sea revisado y transformado a partir de decisiones posteriores.

La sentencia del aborto, en el caso de *Roe v. Wade*,¹⁴⁰ constituye el prototipo de esta clase de precedentes. En este asunto se le plantea al Tribunal Supremo la inconstitucionalidad de la ley de Texas que penalizaba el intentar o llevar a cabo un aborto, salvo que se tratara de casos en los que estuviese en riesgo la vida de la madre.¹⁴¹ El tribunal, como señalamos, optó por una decisión maximalista para resolver la cuestión. Para algunos juristas, dicha opción estuvo equivocada. Así, según Grinsburg, la Corte debió estimar la inconstitucionalidad de la referida ley simplemente por regular la cuestión del aborto de forma "extrema", esto es, sin establecer distinciones que tomasen en cuenta las diferencias existentes entre las mujeres que desean interrumpir su embarazo (por ejemplo, aborto por violación, por cuestiones de salud mental, por falta de medios económicos, etc.).¹⁴² En el mismo sentido, Sunstein considera que el tribunal debió estimar la inconstitucionalidad de la ley con el argumento de que Roe sostenía que su embarazo había sido producto de una violación y que

¹⁴⁰ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁴¹ En palabras del Tribunal, argumentaba lo siguiente: "Roe alleged that she was unmarried and pregnant; that she wished to terminate her pregnancy by an abortion 'performed by a competent, licensed physician, under safe, clinical conditions'; that she was unable to get a 'legal' abortion in Texas because her life did not appear to be threatened by the continuation of her pregnancy; and that she could not afford to travel to another jurisdiction in order to secure a legal abortion under safe conditions. She claimed that the Texas statutes were unconstitutionally vague and that they abridged her right of personal privacy, protected by the First, Fourth, Fifth, Ninth and Fourteenth Amendments. By an amendment to her complaint Roe purported to sue 'on behalf of herself and all other women' similarly situated" (410 U.S. 113, 1973, p. 152).

¹⁴² "What would have happened if the Court had stopped there, rightly declaring unconstitutional the most extreme brand of law in the nation, and had not gone on, as the Court did in *Roe*, to fashion a regime that displaced virtually every state law then in force. [...] A less encompassing *Roe*, one that merely struck down the extreme Texas law and went no further on that day [...] might have served to reduce rather than to fuel controversy" (Grinsburg, 1992, p. 1199).

la legislación de Texas era "extrema" al no autorizar el aborto en esos casos.¹⁴³

Ambas alternativas hubiesen significado una decisión minimalista en el sentido de que, por una parte, hubiesen dejado a la legislatura del estado la responsabilidad de flexibilizar las leyes en esta materia e incorporar, paulatinamente y con base en consensos democráticos, los distintos supuestos en los que el aborto debería estar permitido. Por otra parte, cualquiera de las dos soluciones hubiese hecho que los tribunales inferiores, caso-por-caso, decidiesen si la regla constitucional debía extenderse o distinguirse en otras circunstancias fácticas distintas de aquéllas que rodeaban el caso de Roe.

Sin embargo, el Tribunal Supremo optó por decidir en una sola sentencia las principales cuestiones jurídicas que encierra el asunto del aborto. En términos prácticos, la decisión de *Roe* sentó un marco jurídico nacional en esta materia y limitó en forma importante el ámbito de libertad de las legislaturas locales para decidir cómo regularla. En forma esquemática, el *holding* de *Roe* estableció lo que se ha denominado el "sistema de trimestres", esto es, determinó que las formas en que el Estado puede intervenir para regular el aborto, así como los límites que puede imponer al ejercicio de ese derecho, están en función del tiempo de gestación. Así, durante el primer trimestre de gestación, la decisión y realización de un aborto queda en manos de la mujer embarazada y su médico, el Estado no puede intervenir durante este periodo. Durante el segundo trimestre, cualquier forma de intervención del Estado debe estar encaminada exclusivamente a proteger y garantizar la vida y salud de la madre. Finalmente, en el último trimestre, cuando el "feto es viable", el Estado, si así lo decide,

¹⁴³ "In *Roe v. Wade*, the Court addressed for the first time whether a constitutional right of 'privacy' protected the decision to have an abortion. An inspection of the pleadings in *Roe*, however, reveals a potentially important aspect of the case: Roe alleged that she had been raped. [...] A minimalist court would have said more simply that the state may not forbid a woman from having an abortion in a case of rape. Such a decision would have left the constitutional status of the abortion right to be determined by lower courts and democratic judgement" (1996a, pp. 49-50).

puede prohibir y penalizar el aborto, salvo que, a juicio de un médico, se encuentre en peligro la vida o salud de la madre.¹⁴⁴

La decisión de *Roe* forzó la revisión de prácticamente todas las leyes de los estados en esta materia. Varias legislaturas estatales buscaron limitar el derecho al aborto, a través de diversos mecanismos que respetaban la autoridad del precedente en cuestión, pero hacían costoso y complicado el ejercicio del derecho. Por un lado, se establecieron determinados requisitos procesales para que una mujer pudiese tener un aborto (por ejemplo, que el esposo dé su autorización por escrito, que la mujer deba oír la información del grupo provida antes de someterse a un aborto, o que tenga que esperar al menos 24 horas desde que acude a alguna clínica para tener un aborto hasta que el médico lo lleva a cabo). Por otra parte, también se intentó limitar ese derecho a través de la restricción o eliminación de los fondos públicos para las instituciones de salud públicas o privadas que llevasen a cabo abortos.¹⁴⁵

¹⁴⁴ 410 U.S. 113, pp. 147-166. La sentencia de *Roe v. Wade* es particularmente extensa. En ésta, la Corte aborda, entre otras cuestiones, la historia legislativa del aborto, desde los griegos, el derecho inglés, el derecho colonial, hasta la legislación contemporánea. Con ello, intenta argumentar que las mujeres tenían más derechos antes que ahora y que las leyes antiaborto son producto de la sociedad Victoriana de fines del siglo pasado. También analiza el debate con relación al aborto en el ámbito de la medicina, en concreto, sintetiza la postura de la American Public Health Association. La cuestión constitucional la aborda desde el denominado "derecho a la privacidad", el cual, según el Tribunal, está comprendido tanto por el concepto de libertad al que hace referencia la Decimocuarta Enmienda, como por la noción de "derechos constitucionales no escritos" (*unwritten constitutional rights*) de la Novena Enmienda. Según la Corte, el derecho a la privacidad comprende la decisión de cualquier mujer de terminar con su embarazo, sin embargo, tal derecho no es absoluto. El hilo conductor de la argumentación de la sentencia, por tanto, es el de establecer el correcto equilibrio entre el derecho a la privacidad de las mujeres y el interés legítimo que puede tener el Estado en proteger la potencial vida de un feto. El factor "viabilidad" del feto es el elemento que inclina la balanza a uno u otro lado: cuanto menos viable sea el producto mayor libertad tiene la mujer para decidir terminar con su embarazo y viceversa.

¹⁴⁵ Al respecto Uslaner y Weber señalan: "The *Roe* and *Doe* decisions did not produce a consensus supporting the new 'law of the land'. Instead, they provoked more activity by both supporters and opponents of abortion. A constitutional amendment prohibiting abortions has been proposed, but has not made much progress. The *Roe* and *Doe* decisions did force virtually all states to reconsider their abortion policies. With outright prohibition of abortions no longer a feasible alternative, the legislatures had to choose among a more limited range of options. The rather complex set of statutes that emerge from these restrictions has defied easy classifications. We are still working on scaling procedures to reduce this complexity so that generalizations can be made across the states. Once abortions could not be banned outright, the center of debate changes. Many abortions for poor

Como era de suponer, los distintos grupos civiles, a favor y en contra del aborto, no esperaron para cuestionar la constitucionalidad de las nuevas leyes y, en el caso del grupo provida, reclamar, una y otra vez, la revocación de *Roe v. Wade*.

Han transcurrido varias décadas desde que el Tribunal decidió *Roe* y la cuestión del aborto dista mucho de estar resuelta. La doctrina constitucional en esta materia ha sido zigzagueante e inestable. La Corte, en algunas decisiones, ha seguido claramente el *holding* de *Roe*, en otras, en cambio, ha reducido su ámbito normativo y transformado su precedente.¹⁴⁶ A partir

women were funded by Medicare and Medicaid programs; abortions opponents sought to cut off such funding, and several states have taken steps in that direction" (1979, p. 1785).

¹⁴⁶ La trayectoria de la doctrina constitucional en materia de aborto se puede resumir en forma esquemática en los siguientes términos. Inmediatamente después de la decisión de *Roe*, el Tribunal Supremo, en el asunto *Doe v. Bolton* (410 U.S. 179, 1973), estima la inconstitucionalidad de la ley de Georgia que penaliza el aborto salvo que se tratase de casos en los que estuviese en riesgos en la vida o salud de la madre, el feto pudiese nacer con defectos serios o el embarazo fuese producto de una violación. Con base en estos dos precedentes (*Roe* y *Doe*) la Corte Suprema comienza a controlar la constitucionalidad de varias leyes que limitaban el derecho a abortar. Así, por ejemplo, en *Planned Parenthood v. Danforth* (428 U.S. 52, 1976) estima la inconstitucionalidad de la ley de Missouri que establecía el requisito de que el marido o, en su caso, los padres de una menor, diesen por escrito su consentimiento para que el médico pudiese llevar a cabo el aborto. En *Colautti v. Franklin* (439 U.S. 379, 1979), quizá una de las sentencias que más lejos llevan el *holding* de *Roe*, el Tribunal estima la inconstitucionalidad de la ley de Pennsylvania que establecía que el médico determinara la "viabilidad" del feto antes de practicar un aborto durante el segundo trimestre de gestación, ya que, según el Tribunal, dicha ley era vaga y no quedaba claro cuánta evidencia se necesitaba para determinar dicha viabilidad. Después de esta serie de sentencias, en las que la Corte parecía estar dispuesta a erradicar cualquier tipo de límite al derecho a abortar durante los tres primeros meses de gestación y a admitir muy pocos límites durante el segundo trimestre, se comienza a percibir un actitud menos radical y más zigzagueante. Así, en *Maher v. Roe* (432 U.S. 464, 1977) y en *Harris v. McRae* (448 U.S. 297, 1980), el Tribunal considera que aunque el gobierno del estado financie los partos de mujeres pobres, no por ello tiene la obligación de dar fondos públicos para que las mujeres sin recursos económicos puedan tener un aborto; el argumento central de las sentencias es que el gobierno no está creando, a través de tal negativa, ningún tipo de barrera o límite para que esas mujeres aborten dentro de los tres primeros meses de gestación. Asimismo, a pesar del precedente establecido en *Danforth*, el Tribunal Supremo, en el caso *Planned Parenthood Association v. Aschcroft* (462 U.S. 476, 1983), reconsideró la constitucionalidad de la intervención del Estado en el caso de las menores y decidió que no violaba el derecho de privacidad el hecho que cualquier menor de edad, antes de tener un aborto, contase con la autorización de sus padres o de un juez. En el mismo sentido, en *H.L. v. Matheson* (450 U.S. 398, 1981), se desestimó la inconstitucionalidad de la ley establecía que los padres de la menor de edad fuesen notificados antes de que se le practicara un aborto. Las críticas y cuestionamientos a la doctrina de *Roe* se intensificaron cuando los *Justices* Burger y Powell fueron sustituidos por Scalia y Kennedy. En *Webster v. Reproductive Health Services* (492 U.S. 490, 1989) el Tribunal Rehnquist replantea y transforma el *holding* de *Roe*. Por una parte, dicha sentencia desestima la inconstitucionalidad de la ley de Missouri que establecía que a partir

de los cambios en la integración del Tribunal Supremo durante la década de 1980, algunos juristas pronosticaban la revocación *Roe*.¹⁴⁷ Sin embargo, como quedó claramente establecido en *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania vs. Casey*, dicha revocación no es una opción para el Tribunal.¹⁴⁸ Las razones son claras: el debate político y social con relación al aborto está tan polarizado y dividido que hace que no le convenga a la Corte, en términos de su legitimidad social, darle la razón a una de las partes. Revocar el precedente, en términos prácticos, significaría tomar una postura a favor del grupo "provida" y de un sector importante del partido Republicano.¹⁴⁹ De ahí que lo razonable sea esperar que

de la vigésima semana de gestación, si cualquier mujer quería tener un aborto, se requería que el médico determinara que el feto no era viable, en caso de serlo, no podía llevarse a cabo dicho aborto. Con ello, la Corte revocó implícitamente el *holding* de *Roe* que establecía que durante el segundo trimestre de gestación el Estado sólo podía intervenir para proteger la salud de la madre y que era a partir del tercer trimestre cuando la cuestión de viabilidad del feto podía justificar límites al derecho de abortar de las mujeres. Expresamente el Tribunal reconoció que el sistema de trimestres establecido en *Roe* era extraordinariamente rígido y que no había funcionado en la práctica. Además, señala que *Webster* se puede distinguir de *Roe* "*on its facts*", esto es, a partir del patrón de hechos de los dos asuntos; según el Tribunal, *Roe* se trataba de una ley que penalizaba toda forma de aborto, mientras que *Webster* tenía que ver con una la ley que había tomado como punto de partida el concepto de viabilidad para decidir cuándo el Estado estaba legitimado para proteger la vida potencial de un feto. Asimismo, en *Webster* el Tribunal reclasifica la cuestión del aborto, y estima que no es un "derecho fundamental", sino una "libertad inherente a la cláusula del debido proceso legal". Finalmente, en este asunto la Corte Suprema desestima la inconstitucionalidad de los preceptos de la ley de Missouri que prohibían que se practicara, en las instituciones de salud públicas, cualquier tipo de aborto, salvo el denominado "aborto terapéutico" (riesgos en la vida de la madre). Con esta sentencia se reduce en forma importante el ámbito normativo de la regla de *Roe*. En esta misma tesitura, la decisión de *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey* (505 U.S. 833, 1992) vuelve a limitar el precedente de *Roe* a partir del concepto de viabilidad, señalando claramente que el *holding* "esencial" de *Roe* es que existe el derecho abortar sin intervención del Estado siempre que el feto no sea viable y que el esquema de trimestres de esa sentencia no constituía parte del *holding*.

¹⁴⁷ Según pronosticaban W. Dellinger y G. Sperling, la sustitución de Burger y Powell por Scalia y Kennedy traería consigo la revocación de *Roe v. Wade* (1989, pp. 83 y ss.).

¹⁴⁸ 505 U.S. 833 (1992). Como señalamos, en *Casey* la Corte limita la regla establecida en *Roe* y estima que no constituye parte del *holding* de ese precedente el sistema de trimestres. Lo relevante, por ahora, es destacar que a pesar de que el propio *Solicitor General* y el asistente del *Attorney General* solicitan al Tribunal que revoque la decisión de *Roe v. Wade*, la Corte expresamente rechaza esa posibilidad. Al hacerlo, argumenta, por un lado, el respeto que merece para el Tribunal el principio de *stare decisis* y, por el otro, la legitimidad social que necesita el Tribunal para continuar ejerciendo su función de máximo intérprete de la Constitución y del derecho federal. La Corte claramente percibe que la revocación de *Roe* afectaría negativamente dicha legitimidad y, por tanto, la debilitaría (pp. 865-67).

¹⁴⁹ Sin duda, en decisión de *Casey* el Tribunal expresa con claridad este dilema: "Our analysis would not be complete, however, without explaining why overruling *Roe*'s central holding would not

mientras no se logren establecer consensos sociales y políticos en esta materia, la doctrina constitucional continúe siendo incierta e inestable.

Ahora bien, la azarosa trayectoria de la doctrina constitucional en materia del aborto nos permite apreciar la importancia de que la elección entre una decisión maximalista o una minimalista esté bien justificada. Sin lugar a dudas, la naturaleza de la cuestión del aborto hacía del maximalismo una opción equivocada y riesgosa. Por una parte, de acuerdo con las encuestas recabadas por Uslaner y Weber, antes de la decisión de *Roe* la sociedad estadounidense se encontraba muy dividida con relación al problema de la despenalización del aborto, y después de dicha sentencia los grupos sociales se polarizaron aún más (1979, pp. 1774-1781). Además, y quizá el factor más importante, cuando el tribunal decidió *Roe v. Wade* el asunto del aborto se encontraba en el centro del debate político. A diferencia de lo que ocurrió en el caso de *Brown*, en el cual el proceso político parecía inflexible y torpe para poder terminar con la segregación racial, en la cuestión del aborto, en cambio, varias legislaturas estatales, desde finales de la década de 1960, estaban respondiendo a las presiones del movimiento feminista y comenzaban a incorporar algunas excepciones a la penalización del aborto.¹⁵⁰

reach an unjustifiable result under principles of stare decisis, but would seriously weaken the Court's capacity to exercise power and to function as the Supreme Court of a Nation dedicated to the rule of law. To understand why this would be so, it is necessary to understand the source of this Court's authority, the conditions necessary for its preservation, and its relationship to the country's understanding of itself as a constitutional Republic. [...] As Americans of each succeeding generation are rightly told, the Court cannot buy support for its decisions by spending money, and, except to a minor degree, it cannot independently coerce obedience to its decrees. The Court's power lies, rather, in its legitimacy, a product of substance and perception that shows itself in the people's acceptance of the Judiciary as fit to determine what the Nation's law means, and declare what it demands. [...] The Court must take care to speak and act in ways that allow people to accept its decision on the terms the Court claims for them, as grounded truly in the principled choices that the Court obliged to make. Thus, the Court's legitimacy depends on making legally principled decisions under circumstances in which their principled character is sufficiently plausible to be accepted by the Nation. [...] A decision to overrule *Roe's* essential holding under this circumstances would address error, if error there was, at the cost of both profound and unnecessary damage to the Court's legitimacy, and to the Nation's commitment to the rule of law. It is therefore imperative to adhere to the essence of *Roe's* original decision, and we do so today" (505 U.S. 833, 1992, pp. 865-869).

¹⁵⁰ Según Ely, la diferencia entre *Brown*, y otras sentencias importantes del Tribunal Warren, y *Roe* es que mientras en el caso de la segregación racial se trataba de corregir los defectos del sistema

Con la sentencia de *Roe vs. Wade* el Tribunal Supremo irrumpió en el proceso político. La opción por una decisión maximalista impidió que el sistema de deliberación democrática continuase construyendo los consensos sociales indispensables para regular una cuestión tan polémica como el aborto. Con ello, la estabilidad y autoridad de dicho precedente quedó seriamente vulnerada. La sociedad estadounidense, hasta la fecha, continúa debatiendo la constitucionalidad de las leyes en materia de aborto y el tribunal no puede generar una regla que restablezca la paz social entre los grupos en conflicto.

Una decisión minimalista muy probablemente hubiese generado menos problemas al tribunal, ya que, por un lado, no habría impedido que en las legislaturas estatales continuasen discutiendo y renovando el marco normativo del aborto y, por otro, hubiese abierto la posibilidad de que los tribunales inferiores, caso-por-caso, fuesen ajustando el contenido de la regla del precedente.

En suma, uno de los factores que pueden ayudar a pronosticar el impacto de una decisión maximalista en futuros litigios es precisamente si la opción por dicho estilo de decisión está bien justificada. Si no es así, esto es, si la Corte resuelve un asunto en forma maximalista cuando, sin lugar a dudas, la cuestión constitucional controvertida haría del minimalismo

democrático, en el caso de *Roe*, en cambio, la Corte impuso sus propios valores a costa de desconocer aquéllos del propio sistema de deliberación democrática (1973, pp. 920 y ss.). Por otra parte, Morgan describe el escenario político que rodeó el asunto de *Roe v. Wade* en los siguientes términos: "In 1973, political forces were still vigorously debating abortion. Most states had prohibited abortion, except to save woman's life, since the nineteenth century, but a movement was afoot to relax that restriction. In the five years immediately preceding *Roe*, thirteen states had revised their statutes to resemble the Model Penal Code's provisions, which allowed abortion not only if the pregnancy threatened the woman's life, but also if it would gravely impair her physical or mental health, if it resulted from rape or incest, or if the child would be borne with grave physical or mental defects. Four states had removed all restrictions on the permissible reasons for seeking an abortion before a pregnancy passed specified lengths. Furthermore, as the Supreme Court noted in *Roe*, both the American Medical Association and the American Bar Association had only recently changed their official views on abortion (and not without opposition). [...] In short, the political process in many states had yet to decide on abortion. But *Roe's* sweeping rejection of Texas's statute voided almost every other state's as well" (979, pp. 1726-27).

una mejor opción, entonces cabe esperar que la regla maximalista sea inestable y tenga que transformarse a partir de decisiones posteriores como sucedió con *Roe*. El tipo de factores que, según Sunstein, justifican la opción del tribunal por una sentencia minimalista —la falta de información sobre el tema, el cambio constante de las circunstancias fácticas o la complejidad moral y social que presenta la cuestión— es lo que explica que una regla general y abstracta al estilo maximalista, cuando dicha opción es equivocada, tenga que operar con flexibilidad en litigios posteriores, de tal forma que la casuística, más que el modelo de *rule-bound justice*, se convierte en el paradigma a través del cual se desarrolla la doctrina constitucional vinculante.

En todo caso, es importante tener claro que, a fin de cuentas, la estabilidad y autoridad de los precedentes constitucionales está en función de la interacción que existe entre las reglas y las denominadas *social propositions*. Cuanto mejor responda una decisión a las demandas sociales del momento, a la armonización de los valores en conflicto, a los estándares éticos de la comunidad y a las directrices de las políticas públicas, mayor será su autoridad en la resolución de litigios posteriores. La elección entre una decisión maximalista o una minimalista está motivada por ese conjunto de factores extranormativos que debe tomar en cuenta el tribunal al decidir. Por ello, el estudio de los juicios de valor implícitos en dicha elección nos proporciona pautas importantes para imaginar el impacto de un precedente constitucional en futuros litigios y para pronosticar las distintas directrices en las que puede evolucionar la doctrina constitucional vinculante.

II. Predicciones acerca de la fuerza normativa de los precedentes constitucionales a partir de la elección del Tribunal Supremo entre reglas o estándares

La elección que haga el Tribunal Supremo entre crear el derecho del caso (*holding*) a modo de "regla" o en forma de "estándar" es otro factor que

nos puede ayudar a predecir la fuerza normativa de un precedente constitucional. Dicha elección, al igual que la del minimalismo y el maximalismo, traza distintos patrones de desarrollo de la doctrina judicial vinculante y se fundamenta en diversas concepciones acerca del papel que deben desempeñar los tribunales en cuanto órganos de producción normativa.

Lo primero que hay que destacar es que el debate jurídico norteamericano entre reglas y estándares sólo hace referencia a las reglas maximalistas. Como veremos, las reglas minimalistas guardan una mayor similitud, en cuanto la forma en que se comportan en la dinámica del sistema de precedentes, con los estándares que con las reglas maximalistas.¹⁵¹

Ahora bien, en Estados Unidos, para ilustrar la diferencia entre un *holding* en forma de regla o de estándar, es común que se haga referencia al debate entre Holmes y Cardozo respecto de cómo había de regular el *common law* —a efecto de determinar la responsabilidad civil de las compañías ferroviarias en caso de accidentes— la conducta del automovilista que se encontraba con un cruce por donde podía pasar el tren (*railroad crossing*).¹⁵² Holmes proponía una regla: "el conductor debe parar el auto y ver".¹⁵³ Cardozo, en cambio, planteaba un estándar: "el conductor debe actuar con razonable precaución".¹⁵⁴

La diferencia central entre ambos *holdings* radica en la manera en que se concretiza cada uno en la resolución de controversias análogas o similares. Una regla obliga al juez posterior a alcanzar un resultado específico ante la presencia de determinados hechos. Dejando a un lado el problema de la determinación del nivel de generalidad de la regla del precedente,

¹⁵¹ Dicho en otros términos, la elección entre reglas o estándares no es la única elección que debe llevar a cabo el Tribunal, ya que si opta por una regla tiene que, a la vez, elegir entre una decisión maximalista y una minimalista, y estas últimas operan, por lo general, a través de la metodología de la casuística. Por consiguiente, la identificación de las reglas con el modelo de *rule-bound justice*, como lo haremos en este apartado, sólo puede ser una identificación parcial.

¹⁵² Véase, Schlag (1985, pp. 379-380).

¹⁵³ *Baltimore & Ohio R.R. v. Goodman*, 275 U.S. 66 (1927), p. 70.

¹⁵⁴ *Pokora v. Wabash Ry.*, 292 U.S. 98 (1934), p. 103.

lo cierto es que a través de este tipo de *holdings* el tribunal que establece la regla vinculante busca limitar los juicios de valor y el ámbito de discrecionalidad de los tribunales posteriores. En principio, una regla debe ser aplicada en todos aquellos litigios que entren en su ámbito normativo y dicha aplicación es independiente de las razones sustantivas y los principios que sustentan a la regla. Dicho en otros términos, la regla se "independiza", por decirlo de algún modo, de las razones sustantivas o *background principles* que la sustentan y, por tanto, su futura fuerza normativa dependerá fundamentalmente de que se materialicen los hechos que condicionan su aplicación.¹⁵⁵ Así, la "regla" que propone Holmes exige que todo conductor, con independencia de cuáles sean las circunstancias fácticas en las que se encuentre, pare su auto y vea antes de cruzar una vía de tren.¹⁵⁶

En cambio, en caso de los estándares, el tribunal que establece el precedente busca conferir un amplio margen de libertad para que el tribunal posterior, a la luz de las circunstancias fácticas del nuevo asunto a resolver, decida cómo ajustar su decisión al precedente que le vincula. El lenguaje altamente sustancialista que caracteriza a los estándares necesariamente exige que el tribunal posterior analice, a partir de las razones sustantivas o *background principles* que sustentan la sentencia con valor de precedente, las circunstancias fácticas y factores relevantes del caso que resuelve. En este sentido, los estándares no establecen una línea clara entre conductas permitidas y prohibidas, no condicionan la aplicación de un precedente exclusivamente a la existencia de determinados hechos. Más bien, los estándares proporcionan pautas generales para que el tribunal

¹⁵⁵ Al respecto, Sullivan sostiene: "A legal directive is 'rule'-like when it binds a decisionmaker to respond in a determinate way to the presence of delimited triggering facts. Rules aim to confine the decisionmaker to facts, leaving irreducibly arbitrary and subjective value choices to be worked out elsewhere. A rule captures the background principle or policie in a form that from then on operates independently" (1992, p. 58). En el mismo sentido, Schlag (1985, pp. 381-383); Kennedy (1976, pp. 1687-1689); Posner (1990, pp. 43-45), y Schauer (1992, pp. 23-24).

¹⁵⁶ De ahí que Kennedy asocie las reglas con lo que denomina "realización formal" (*formal realizability*): su aplicación se rige por procedimientos deductivos y los juicios de valor del tribunal que estableció el precedente no deben afectar las futuras aplicaciones de la regla (1976, pp. 1687-1688).

posterior analice y pondere las circunstancias fácticas que rodean la disputa y resuelva a partir de determinados criterios sustantivos.¹⁵⁷ En el caso del "estándar" que propone Cardozo es claro que cada tribunal posterior tendrá que valorar si el automovilista, al momento de cruzar una vía del tren, tomó o no las "precauciones razonables", lo cual, evidentemente, dependerá de la ponderación que realice el juzgador respecto del conjunto de factores y particularidades fácticas del caso que tiene enfrente.¹⁵⁸

Así, en la elección entre reglas o estándares se pone nuevamente de manifiesto la tensión entre las dos formas en las que se concibe el papel de los tribunales en cuanto creadores de normas: las reglas se identifican con el modelo de *rule-bound justice*, mientras que los estándares con la casuística. Ello significa, por tanto, que el debate entre reglas y estándares tiene como telón de fondo, una vez más, la dialéctica entre las dos fuerzas contrapuestas que rigen el movimiento del *case law*: continuidad vs. cambio.

En el seno del Tribunal Supremo, como bien analiza Sullivan, los *justices* se encuentran divididos: unos defienden las reglas y otros los estándares.¹⁵⁹ Como ya destacamos, los miembros del tribunal que abogan por

¹⁵⁷ Al respecto Kennedy señala: "The application of a standard requires the judge both to discover de facts of a particular situation and to asses them in terms of the purposes or social values embodied in the standard" (1976, p. 1688). Sullivan describe las características de los estándares en los siguientes términos: "A legal directive is 'standard'-like when it tends to collapse decisionmaking back into the direct application of the background principle or policy to a fact situation. [...] Standards allow the decisionmaker to take into account all relevant factors or the totality of the circumstances. Thus, the application of a standard in one case ties decisionmaker's hand in the next case less than does a rule" (1992, pp. 58-59). En el mismo sentido, Pound (1933, pp. 485-486).

¹⁵⁸ Para Kaplow, el hecho de que la aplicación de los estándares dependa de la forma en que el tribunal posterior pondera las circunstancias fácticas y factores de la controversia que resuelve hace que, a diferencia de las reglas, en el caso de los estándares no se pueda saber, con antelación a la sentencia, cuál es la conducta permitida o prohibida. Esto es, cuando se trata de una regla se conoce *ex ante* a su aplicación aquello que está permitido o prohibido, mientras que en el caso de los estándares sólo se puede conocer *ex post*, esto es, hasta que el tribunal emita su sentencia (1992, pp. 559-560).

¹⁵⁹ Según Sullivan (1992, p. 113, nota 567), durante 1991, la coalición de *justices* a favor de las reglas estuvo encabezada por Scalia y se unieron a él Rehnquist, Thomas y a veces White, mientras que el *justice* que lideró el bando de los defensores de los estándares fue Stevens, y se sumaron a esta alianza, en algunos casos importantes, O'Connor, Kennedy y Souter.

las reglas propugnan por un estilo de decisión maximalista que establezca con antelación una regla general que comprenda una clase completa de asuntos.¹⁶⁰ En el escenario ideal dicha regla tiene que ser aplicada, a través de procesos deductivos, en todos aquellos litigios que entren en su ámbito normativo y extendida en forma consistente en las controversias análogas.¹⁶¹ Sin embargo, como ya también lo analizamos en el apartado anterior, las decisiones maximalistas no siempre se comportan conforme al patrón que establece el modelo de *rule-bound justice*, por ello, para anticipar o predecir su posible valor normativo, se tienen que tomar en cuenta aquellos factores extranormativos que pueden hacer que la regla del precedente se transforme y reduzca su ámbito normativo.¹⁶²

¹⁶⁰ Véase, por todos, Scalia (1989, pp. 1175 y ss.). Esta relación que existe entre los defensores de las reglas con el modelo de *rule-bound justice*, es lo que explica que en el debate académico norteamericano se considere que los valores sustantivos que el tribunal busca proteger a través de la creación de reglas, en vez de estándares, sean, fundamentalmente, la predictibilidad, la uniformidad, el *judicial self-restraint* y la certeza en el derecho. Al respecto, se pueden ver, entre otros: Schlag (1985, pp. 384-388); Kennedy (1976, pp. 1687-1690); Schauer (1992, pp. 588-590).

¹⁶¹ De ahí que Sullivan (1992, p. 59) sostenga: "The recurring distinction in constitutional law between 'categorization' and 'balancing' is a version of the rules/standards distinction. Categorization correspond to rules, balancing to standards. Categorization is taxonomic. Balancing weighs competing rights or interests. [...] Categorical style is rule-like. It defines line boundaries and then classifies fact situations as falling on one side or the other. When categorical formulas operate, the key move in litigation is to characterize the facts to fit them into the preferred category".

¹⁶² Esta posibilidad de transformación que tienen las reglas maximalistas es lo que hace que algunos académicos cuestionen que este tipo de precedentes pueda efectivamente garantizar certeza y predictibilidad en el Derecho. Sunstein señala que las reglas fracasan en ese cometido cuando los tribunales posteriores elaboran distinciones al estilo maximalista, esto es, cuando establecen excepciones a la aplicación de la regla en asuntos que entran dentro de su ámbito normativo. Según este autor, tan pronto se elabora una excepción, la casuística es inevitable, ya que los tribunales posteriores tendrán que ir determinando en qué medida el asunto que resuelven cae dentro de dicha excepción o si continúa siendo controlado por el precedente que dio origen a la misma (1996b, pp. 124-228). En contraposición, Schauer, quien, como vimos, es un importante defensor del modelo de *rule-bound justice*, sostiene que si bien es cierto que en la dinámica del sistema de precedentes estadounidense los jueces pueden dejar de aplicar la regla general que les vincula a través de la elaboración de distinciones, ello no sucede con tal frecuencia. En realidad, Schauer considera que los jueces actúan (o deben actuar) bajo el paradigma de lo que él denomina *presumptive positivism*, el cuál, como ya analizamos, obliga al juez a aplicar la regla que controla el asunto que resuelve salvo que se trate de casos en donde dicha aplicación conlleve una verdadera injusticia (1992, pp. 675-679). Sin embargo, del estudio realizado por Summers y Atiyah, en el que contrastan con formidable lucidez el sistema jurídico estadounidense con el inglés, parece ser que en Estados Unidos los jueces operan bajo esquemas mucho más sustancialistas que los ingleses, lo que hace que las reglas de los precedentes sean más flexibles y propensas a transformarse de lo que sostiene Schauer. Según estos autores, en Inglaterra las futuras aplicaciones de la regla del precedente se independizan, por decirlo de algún modo, de las razones sustantivas que sustentan dicha regla, mientras que

En cambio, en el caso de los estándares la doctrina constitucional necesariamente tiene que desarrollarse a partir de la metodología que caracteriza a la casuística. En este sentido, un estándar se comportará, en la dinámica del sistema de precedentes, de forma similar a una regla minimalista. La diferencia entre ambos tipos de *holdings* está en que el primero comprende con antelación una clase completa de asuntos,¹⁶³ mientras que la regla minimalista, como vimos, sólo abarca las controversias que consideran *to the point*. Sin embargo, en ambos casos se puede pronosticar que la doctrina constitucional se desarrollará a través de la metodología de caso-por-caso.

En efecto, cuando el tribunal establece un estándar, los jueces vinculados a su decisión contarán con un amplio margen de discrecionalidad para determinar si las circunstancias fácticas y los factores relevantes del asunto que resuelven se ajustan o no al estándar constitucional. Un precedente en forma de estándar, por consiguiente, dará lugar a que su aplicación genere una serie de reglas minimalistas que, a partir de las particularidades fácticas de cada controversia, vaya dotando de contenido a las directrices abstractas e indeterminadas propias de este tipo de *holdings*.¹⁶⁴

en Estados Unidos tales razones sustantivas siempre están potencialmente presentes para impulsar la transformación de las reglas. Dicho en otros términos, la idea de que los jueces deben dar soluciones razonables, equitativas y de acuerdo con el contexto social, económico y político en el que se insertan es un factor que en América se pondera con especial énfasis, aun en detrimento de la certeza y seguridad jurídicas, en cambio, en Inglaterra el positivismo jurídico y la supremacía parlamentaria han hecho que los jueces se abstengan de intervenir tan activamente en la reforma del derecho y que el valor de certeza jurídica tenga una mayor importancia que en Estados Unidos (1987, pp. 126-30).

¹⁶³ "When 'general' refers to the degree to which a legal directive covers a range of cases [...] either a rule or a standard may be 'general'. Both a rule applicable to 'all persons over 18' and a standard requiring care a 'reasonable person' would take, for example, are general in the sense that they apply to many persons" (Sullivan, 1992, p. 59, nota 237).

¹⁶⁴ Kennedy explica con claridad esta dinámica de los precedentes que establecen estándares: "The application of a standard to a particular fact situation will often generate a particular rule much narrower in scope than the standard. One characteristic mode of ordering a subject matter area including a vast number of possible situations is through the combination of a standard with an ever increasing group of particular rules of this kind. The generality of the standard means that there are no gaps: it is possible to find out something about how judges will dispose of a case that have not yet arisen. But no attempt is made to formulate a formally realizable general rule. Rather case law gradually fills in the area with rules closely bound to particular facts they have little or no precedential value" (1976, p. 1690).

Así, los precedentes constitucionales que establecen un estándar dejan, al igual que el minimalismo, que los tribunales posteriores ajusten y definan gradualmente el contenido de la doctrina constitucional. Como señala Sunstein, la opción del Tribunal Supremo por un estándar, en vez de una regla maximalista, es una forma de dejar la cuestión constitucional abierta e indeterminada (1996a, p. 42). La característica más relevante de los estándares es que, a pesar de su generalidad, no establecen una línea divisoria clara entre conductas constitucionalmente permitidas y prohibidas, sino que definen un criterio sustantivo para que los jueces posteriores vayan trazando casuísticamente esa línea. Para ello, como sostiene Kennedy, el juez vinculado a un estándar no sólo tendrá que determinar los hechos relevantes que pueden condicionar su aplicación, sino también, y sobre todo, las razones sustantivas o valores sociales que implícitamente protege y sustentan la decisión con valor de precedente (1976, p. 1688).

En principio, el método que caracteriza a la casuística dará lugar a que la serie de decisiones judiciales posteriores que aplican un estándar queden entrelazadas por esas razones sustantivas que sustentan la sentencia con valor de precedente. El estándar será una especie de principio común que unifica y explica el resultado alcanzado en cada una de las decisiones judiciales que conforman la secuencia. Sin embargo, este proceso de desarrollo gradual de la doctrina constitucional vinculante es bastante dinámico, ya que, como hemos destacado, una de las características más relevantes de la casuística es la flexibilidad y grado de adaptación con el que se comportan los precedentes. Por tanto, a lo largo de la secuencia de decisiones judiciales posteriores, es de esperar que el estándar vaya ajustando su contenido de acuerdo con las cambiantes demandas sociales, sin que ello signifique su abandono o revocación.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Para ilustrar esta dinámica de los precedentes constitucionales en el caso de los estándares, nos puede servir la doctrina constitucional relativa a la protección que se deriva del derecho de libre expresión de la Primera Enmienda en casos de "expresión subversiva", esto es, cuando se incita, a través de la palabra escrita u oral, al crimen o a la perturbación del orden público. *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 1919) es el precedente que establece el estándar del "peligro claro e inminente".

Este asunto plantea la inconstitucionalidad de la Ley de Espionaje que prohibía la obstrucción del reclutamiento y alistamiento en las fuerzas armadas norteamericanas. A Schenck, quien era un oficial del partido socialista, se le acusa de conspiración por haber enviado por correo un panfleto en el que condenaba la guerra y el reclutamiento de soldados e incitaba a los jóvenes a "defender sus derechos" y no alistarse en el ejército. La cuestión central de este la controversia era determinar si las palabras de Schenck estaban o no protegidas por la Primera Enmienda, esto es, si podían o no ser sancionadas con base en la Ley de Espionaje. La Corte Suprema, en palabras de Holmes, desestima la inconstitucionalidad de la ley. Al hacerlo, establece un estándar que había de regir a futuro las controversias constitucionales en esta materia. "La pregunta en cada caso —señala el tribunal— es si las palabras utilizadas se emplean en *tales circunstancias* y con un *carácter tal* que creen un *peligro claro e inminente* de tal modo que puedan materializar aquéllos males sustantivos que el Congreso tiene derecho a evitar. Esta es una cuestión de proximidad y de grado" (p. 52). Este estándar marcó el nacimiento de lo que se denominó la "prueba del peligro claro e inminente". Como el propio tribunal reconoció, su aplicación en futuras controversias dependería de las "circunstancias" y del "carácter" de la expresión utilizada y de la ponderación del tribunal posterior respecto de su potencial impacto en la perturbación del orden público. Esto es, la protección constitucional quedaba condicionada al modo como el tribunal posterior valorara la relación existente entre las palabras y la acción prohibida. En caso de determinar que tal vínculo era estrecho, entonces el derecho de libre expresión de la Primera Enmienda no protegía la expresión subversiva. A través de controversias constitucionales posteriores, el tribunal fue dotando casuísticamente de contenido a este estándar de decisión. La secuencia de decisiones es bastante amplia, por lo que sólo nos referiremos, en forma general, al debate, que en el seno del tribunal, generó dicho estándar. En términos generales, la "prueba del peligro claro e inminente" establecida en *Schenck* obligaba al tribunal a ponderar en cada caso dos valores en conflicto: la libertad de expresión vs. la seguridad nacional. En una primera etapa de desarrollo de la doctrina, la mayoría de los *justices* consideraron que la seguridad nacional debía prevalecer ante las expresiones subversivas, ya que este tipo de ideas, por su sola difusión, amenazada en forma clara e inminente dicha seguridad nacional. Una y otra vez la Corte sostiene que dichas expresiones subversivas y violentas, por su propia naturaleza, ponen en peligro los fundamentos de un gobierno organizado y amenazan con su derrocamiento; el Estado debe, por tanto, poder prohibirlas y castigarlas. Esta forma de concretizar el estándar de *Schenck* se puede observar a lo largo de las siguientes decisiones: *Frohwerk v. United States* (249 U.S. 204, 1919); *Bear v. United States* (249 U.S. 47, 1919); *Adams v. United States* (250 U.S. 616, 1919); *Grilow v. New York* (268 U.S. 642, 1925); *Whitney v. California* (274 U.S. 357, 1927), entre otras. Sin embargo, a partir de *Adams* las voces disidentes de los *justices* Holmes y Brandeis intentan persuadir a la mayoría de los miembros del tribunal de que el estándar del "peligro claro e inminente" debe ser aplicado "invirtiendo" el peso de los valores en conflicto, es decir, la libertad de expresión merecía una mayor protección, ya que su carácter constitucional exigía crear una presunción más fuerte a su favor. De ahí que tales *justices* sostuvieran que el vínculo entre las ideas subversivas y el peligro claro e inminente del orden público debía estar ampliamente demostrado, no debería ser suficiente la simple afirmación legislativa para que se presumiera su existencia. En la década de 1930 el Tribunal adoptó esta perspectiva más proteccionista de la libertad de expresión. Así, en *De Jonge v. Oregon* (299 U.S. 353, 1937) y en *Herrdon v. Lowry* (301 U.S. 242, 1937), la Corte dejó claramente establecido que la "prueba del peligro claro e inminente" significaba que, por un lado, la afirmación legislativa de la existencia de tal peligro era refutable, por lo que los acusados tenían el derecho de desvirtuar tal presunción a partir de los hechos específicos del caso y, por el otro, que el legislador tenía la responsabilidad de establecer con claridad la inminencia del peligro para poder castigar las expresiones subversivas o violentas. No obstante, después de la Segunda Guerra Mundial y en plena Guerra Fría, el tribunal vuelve a la doctrina "conservadora" para suprimir la publicación y difusión de las ideas comunistas, pues, según éste, amenazaban en forma clara la seguridad nacional, ya que cualquier eventual revolución comunista significaría un verdadero desastre para el país. Tal fue el caso de *Dennis v. United States* (341 U.S. 494, 1951) y *Slaes v. United States* (367 U.S. 203, 1961). Finalmente, en *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444, 1969), la Corte Suprema vuelve a establecer una protección más amplia al derecho de libre expresión y sostiene que el Estado sólo puede prohibir y castigar las formas de

Ahora bien, la flexibilidad que tienen los estándares para adaptarse paulatinamente y sin rupturas bruscas a las nuevas circunstancias sociales nos puede ayudar a comprender la escisión que actualmente existe en el Tribunal Supremo con relación a la elección entre reglas y estándares. Según Sullivan, el hecho de que durante 1991 en algunos casos importantes la mayoría de los *justices* haya optado por establecer el *holding* en forma de estándar es lo que ha evitado que un tribunal "conservador", como lo es el Tribunal Rehnquist, restrinja o transforme abruptamente la doctrina constitucional establecida por sus antecesores "liberales". Esto es, el debate en el seno del Tribunal Supremo entre reglas y estándares ha permitido equilibrar la tensión entre las fuerzas del cambio (conservador) con la estabilidad y continuidad de la doctrina constitucional vinculante, en un momento en el que la mayoría de los *justices* se pueden considerar defensores del *judicial self-restraint* (1992, pp. 24 y ss).¹⁶⁶

expresión cuya finalidad fuera provocar una inminente acción ilegal y que, además, se demostrara que tal incitación podía tener posibilidades reales de éxito. Hasta ahora, éste continúa siendo el criterio que prevalece en el máximo tribunal. A pesar de que no podemos analizar detalladamente todos los hechos que originaron los asuntos en cuestión, ya que implicaría elaborar una nota excesivamente extensa, es importante advertir que la dinámica de los estándares conlleva una apreciación de las distintas circunstancias fácticas del caso a resolver, lo que permite que su contenido se adapte paulatinamente y sin rupturas bruscas a las distintas demandas sociales. El estándar del "peligro claro e inminente" ha tenido varias interpretaciones; ha permitido que de su aplicación se deriven sentencias claramente conservadoras y sentencias más liberales. En ningún momento el tribunal se ha visto en la necesidad de revocar su precedente o de elaborar distinciones "manipulativas" e inconsistentes. Además, como vimos, la aplicación del estándar obliga al juzgador a valorar y equilibrar valores en conflicto. De esta manera, la doctrina constitucional evoluciona y se transforma a partir de las distintas formas en que se puede alcanzar este equilibrio.

¹⁶⁶ El análisis de Sullivan se refiere básicamente al periodo (*term*) de 1991, año en que Thurgood Marshall deja el tribunal y el partido Republicano, con Bush como presidente, aprueba el nombramiento de Clarence Thomas. Ese fue un año crucial para el tribunal, ya que un año antes William Brennan había sido sustituido por David Souter y, además, durante los ocho años en los que Reagan fue presidente de Estados Unidos, se habían nombrado tres *justices*: Sandra Day O'Connors (1981), Antonin Scalia (1986) y Anthony Kennedy (1988). De ahí que, como sostiene Sullivan, en 1991 el Tribunal Supremo ya contaba con los cinco votos necesarios para transformar o revocar la doctrina constitucional "activista" de sus antecesores; el "giro a la derecha" se veía "inevitable". En algunas materias se produjo ese cambio pronosticado (cfr. p. 24, nota 1), sin embargo, en otras áreas, como son la cuestión del aborto, del rezo en las escuelas, del poder de los estados con relación al gobierno nacional, de la libertad de expresión y de los derechos de propiedad, la Corte fue mucho más moderada e intentó equilibrar las fuerzas del cambio (conservador) con la continuidad y estabilidad en la doctrina constitucional (liberal). Ello, como sostiene la autora, se debió a que, durante 1991, se formó una coalición de *justices* en pro de los estándares (Stevens, O'Connor, Kennedy y Souter), la cual pudo contrarrestar a la fuerza ultraconservadora de los *justices* a favor de las reglas (Scalia,

Cabe destacar que no es ninguna novedad que los cambios en la integración del Tribunal Supremo traigan consigo esta tensión entre continuidad y cambio en la doctrina constitucional vinculante. Como veremos en el siguiente capítulo, es común que cuando el tribunal se renueva y las coaliciones ideológicas de sus miembros se modifican, exista una revisión y transformación de la doctrina constitucional vinculante en determinadas áreas importantes. Históricamente las tendencias ideológicas del Tribunal Supremo, como sostiene Chemerinsky, han oscilado en un péndulo que va del *judicial activism* al *judicial self-restraint* y viceversa (1989, pp. 61-64). Sin embargo, lo que queremos resaltar ahora es que la forma y el método que sigue la Corte Suprema para impulsar esta transformación varían dependiendo de la elección que lleven a cabo los *justices* entre reglas o estándares.

Por una parte, la opción por reglas al estilo maximalista es un mecanismo a través del cual el tribunal intenta garantizar una mayor seguridad y certeza jurídicas a futuro. No obstante, cuando se está gestando un cambio ideológico en el tribunal dicha elección generalmente significa una ruptura abrupta con el pasado, esto es, con las decisiones constitucionales previas elaboradas por *justices* con otra ideología. Las reglas maximalistas polarizan la doctrina constitucional hacia uno de sus extremos (*judicial self-restraint* o *judicial activism*), lo que significa que en periodos de cambio ideológico en el seno del tribunal la opción por este tipo de reglas, por lo general, impide conciliar la tensión entre continuidad y cambio.¹⁶⁷ En términos prácticos, tal rompimiento brusco con la

Rehnquist y Thomas). Ahora bien, a pesar de que el análisis de Sullivan se refiere a un periodo del Tribunal Supremo en concreto, la escisión entre reglas y estándares ha sido una constante en la historia jurídica de ese máximo tribunal. Como veremos, este debate es particularmente relevante cuando se renueva la integración del tribunal y, por tanto, se modifican también las posturas ideológicas de sus miembros. En esos momentos la tensión entre la continuidad y cambio en la doctrina vinculante adquiere una especial vigencia, y una forma en que se equilibran estas dos fuerzas contrapuestas es precisamente a través de la elección que lleve a cabo el tribunal entre establecer el *holding* en forma de regla o a manera de estándar.

¹⁶⁷ En términos generales se puede sostener que las reglas se encuentran en cualquiera de los dos extremos ideológicos (liberal o conservador) y que los estándares son un mecanismo para moderar y equilibrar los cambios abruptos hacia alguno de estos extremos. Sin embargo, como sostiene

doctrina constitucional vinculante puede afectar negativamente la legitimidad social del tribunal, ya que, como analizaremos en el último capítulo, el respeto al principio de *stare decisis* horizontal es una de las formas más importantes en las que el tribunal demuestra al auditorio jurídico y a la sociedad en general su sometimiento al derecho.¹⁶⁸

Los estándares, en contraposición, permiten que el cambio en la doctrina se dé en forma gradual y con la intervención del resto de los tribunales. Si bien es cierto que la opción por este tipo de *holdings* genera mayor

Sullivan existen excepciones a este respecto, ya que determinado tipo de reglas puede situarse en medio de los dos extremos opuestos. Lo explica en los siguientes términos: "Neither rules nor standards correspond systematically with the left or the right. It depends on who has the upper hand and what form their directives take. A weak substantive prediction may be ventured, though: in constitutional choices along any ideological spectrum between two poles, the poles will attract rules. Either standards or rules can be used to dive for the middle. But standards cannot be used to realize either extreme pole. Thus, standards will tend to correlate more systematically with moderation than rules. The choice of standard over rules thus dampens ideological swings as compared with a shift from one pole rule to another. [...] The rules correspond to either of the extremes. The standard dives in between. [...] For an ideological activist how favor one pole or the other, standards will always be second-best" (1992, pp. 99-100).

¹⁶⁸ Este rompimiento abrupto con las decisiones constitucionales previas se puede observar claramente entre los *justices* que hoy en día abogan por establecer reglas generales en oposición a estándares. Como destacamos, Scalia es el líder de este grupo; como es sabido, es un vigoroso defensor del *judicial self-restraint* y sostiene que la interpretación constitucional debe llevarse a cabo a través de lo que en Estados Unidos se conoce como "original intent": el texto de la Constitución se ha de interpretar conforme a la intención de los constituyentes, esto es, de acuerdo con la forma en que *Framers* originalmente concibieron cada uno de los preceptos constitucionales. Dejando a un lado los problemas de cómo determinar dicha "intención originaria" de los constituyentes, lo cierto es que, como han destacado varios juristas estadounidenses, muchos de los precedentes constitucionales más relevantes de la historia del máximo tribunal simplemente no pueden ser reconciliables con ese método de interpretación. Sin embargo, la posición inflexible de Scalia, tanto con relación al método de interpretación "originalista", como por su preferencia por las reglas maximalistas, ha hecho que desde el sector académico se formulen fuertes críticas a ese magistrado principalmente por ignorar y hacer a un lado la autoridad de todos aquéllos precedentes constitucionales que no son reconciliables con su particular ideología. Lo relevante para nosotros es destacar que la opción por reglas maximalistas, cuando el tribunal está cambiando de ideología dominante, polariza la doctrina constitucional hacia uno de sus extremos. En este caso, Scalia pretende impulsar el cambio en la doctrina hacia el extremo más conservador del *judicial self-restraint*. Sobre el método de interpretación constitucional que defiende, así como las críticas que distintos juristas han hecho a dicho método, véase, Scalia (1997), que contiene una clara exposición, en palabras del propio Scalia, de cómo se deben interpretar la ley y el texto constitucional (pp. 3-47), así como las críticas y comentarios de varios juristas importantes: Wood, Tribe, Glendon y Dworkin (pp. 49 y ss.). Por otra parte, con relación al conflicto que existe entre el *original intent* como método de interpretación de la Constitución y los precedentes constitucionales establecidos por jueces activistas, se pueden ver, entre otros, Monaghan (1988, pp. 724-739); Gerhardt (1991, pp. 133-139); Tribe y Dorf (1990, pp. 1085-1098) y Fallon (1987, pp. 1210-1217).

incertidumbre jurídica que las reglas maximalistas, ya que necesariamente se requiere que los tribunales inferiores y la propia Corte Suprema desarrollen, caso-por-caso, la doctrina constitucional vinculante, también es verdad que los estándares permiten al tribunal actuar con moderación y conciliar la necesidad de continuidad con pasado, por un lado, y la adaptación de la doctrina constitucional a los nuevos escenarios sociales, por el otro.¹⁶⁹

Un *holding* en forma de estándar, al igual que una regla minimalista, abre las puertas al debate jurídico y político, de tal forma que el cambio en la doctrina constitucional se produce a partir de una amplia deliberación, en la cual el tribunal, antes de imponer abruptamente su nueva ideología, pone a prueba la idoneidad de su precedente para resolver una clase completa de asuntos y ajusta su contenido a partir de la experiencia judicial generada con su aplicación. Con ello, el Tribunal Supremo busca conquistar progresivamente la adhesión del resto de los tribunales, de los juristas, de los abogados litigantes y de la sociedad en general.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Al respecto, Kennedy afirma: "First, the standards might represent a substantive compromise between all and nothing. The reformers might support it because they lacked the power to impose their ideal solution. Second, the standard could be adopted without overruling any earlier cases. Previously invalidation of statutes could simply be reinterpreted as findings of unreasonableness. Third, the reformers might themselves be unsure of how far they wanted to go. Experience under a standard might lead with time to be the emergence of the knowledge necessary to formulate a more precise rule than that of blanket deference to the legislature" (1976, pp. 1705-1706).

¹⁷⁰ La flexibilidad y posibilidad de adaptación de los estándares, a partir de las circunstancias fácticas de cada controversia, hacen que los estadounidenses consideren que esta forma de crear derecho por parte de los tribunales, así como las reglas minimalistas, sean las que mejor responden a los presupuestos del pragmatismo-instrumental y el método prototípico del *common law* (al estilo estadounidense del siglo XIX). Asimismo, es común que se identifique a las reglas maximalistas con el formalismo jurídico y las teorías positivistas del derecho. Meyer expone claramente esta posición: "In sum, positive law and common law are fundamentally incompatible. Positive law theory views law as a set of statements of rules by an authority, whereas common law theory views law as a set of patterns of human action that cannot be reduced to fixed statements. This basic distinction leads to different understanding of precedent. The positive law conceives precedent as *previously announced general rules* from which judges can deduce applications. If no deduction is possible, then judge creates a new rule. The common law conceives precedent as *previously resolved controversies* that can be used as analogies to guide future judgement. A judge blends old and new to reach her decision-the current controversy sheds light on past cases and vice versa. Prior judgment do not logically entail present ones, but no judgement is completely discontinuous with precedent (unless it is wrong)" (1994, pp. 475-476). En el mismo sentido, pero con relación a la opción del Tribunal Supremo entre reglas y estándares, véase Sullivan (1992, pp. 115-118).

En algunos casos dicha moderación es un elemento indispensable para dotar de fortaleza y asegurar la legitimidad social de la Corte Suprema.¹⁷¹ La ruptura de forma tajante con el pasado, como la que pretende llevar a cabo Scalia, puede traer consigo serios problemas al tribunal. La fuerza imperativa del *stare decisis* horizontal no es un asunto que los *justices* puedan tomar a la ligera. De ahí que las voces de prudencia y moderación también se escuchen hoy en día en el tribunal y se plasmen a través de *holdings* en forma de estándares.¹⁷²

Sin embargo, no por ello termina el perpetuo debate judicial entre *judicial activism* y *judicial self-restraint*, entre reglas y estándares, entre originalistas y no-originalistas, entre maximalismo y minimalismo. Todas estas fuerzas dialécticas, a fin de cuentas, juegan un papel importante en la dinámica de los precedentes constitucionales. Poder conocer y estudiar todos estos factores que se esconden detrás de las decisiones del tribunal es indispensable para pronosticar acerca de su fuerza normativa. El análisis de la opción que lleven a cabo los *justices* entre reglas y estándares, en momentos en los cuales se está gestando un cambio ideológico en el seno del tribunal, es una forma de aproximarnos y comenzar a escuchar estas voces que anuncian un cambio en la doctrina constitucional vinculante a través de distintos mecanismos.

¹⁷¹ Es importante advertir que la opción por establecer estándares, en vez de reglas generales, como mecanismo para transformar la doctrina constitucional no siempre es el método idóneo. Ello lo corrobora el hecho de que en asuntos tan trascendentes como fueron *Brown v. Board of Education* y *Erie Rail Railroad v. Tompkins*, la Corte optó por decidir de forma maximalista y transformar tajantemente la doctrina constitucional previa y, sin embargo, tales sentencias, hasta la fecha, han tendido una estabilidad y aceptación social incuestionables.

¹⁷² Sullivan explica esta necesidad de que algunos *justices* hagan un contrapeso a la visión extrema de Scalia y sus "aliados" en los siguientes términos: "Because good deliberation requires the consideration of multiple perspectives, it follows on this view that the Court will maintain a kind of ideological equilibrium. [...] Such a deliberative view of the Court might give the following account of what has happened in the aftermath of Justice Brennan's and Justice Marshall's departures. Having lost their gravitational pull from the left, the Court became unbalanced to the right. Even when Justice Brennan and Justice Marshall had been in dissent, the necessity of countering their arguments had pulled the Court's decisions toward the center. Once they were gone, other members of the Court moved leftward to fill partially the roles that departing Justices had left behind. [...] By fanning out, the Court maintained public legitimacy and immunized itself from criticism that it had become merely a political branch" (1992, pp. 120-121).

III. Predicciones acerca de la fuerza normativa de los precedentes constitucionales a partir del consenso entre los jueces del tribunal respecto de la solución alcanzada

Un elemento importante para pronosticar el valor normativo de un precedente constitucional es el nivel de consenso que existe entre los miembros del tribunal respecto de la idoneidad de la regla o estándar que proponen para resolver la cuestión. Sin lugar a dudas, una decisión que se toma por unanimidad muestra que el tribunal está firme en su posición, que todos los *justices* coinciden en que la solución propuesta es la correcta, no sólo con relación a las partes y el pasado, sino también, y sobre todo, para la sociedad y el futuro. Ello permite suponer que su precedente tendrá un alto grado de autoridad y estabilidad en la resolución de controversias similares o análogas. Dicha cohesión interna del tribunal, en el caso de las decisiones maximalistas, denota su imperturbable intención de que el precedente rijan una clase completa de asuntos. Se puede presumir, por tanto, que los *justices*, por lo menos en el corto plazo, serán poco propensos a intentar modificar o transformar su precedente en asuntos posteriores. Tratándose de decisiones minimalistas, el alto nivel de consenso entre los miembros del tribunal puede ser un indicador de que la doctrina constitucional, a pesar de su flexibilidad y dinamismo, se irá desarrollando consistentemente caso-por-caso.¹⁷³

En contraposición, las decisiones que se toman a partir de una frágil mayoría nos indican que pueden ser, al menos potencialmente, más

¹⁷³ La importancia que tiene la cohesión interna del Tribunal al momento de emitir su decisión quedó ampliamente demostrada en el caso de *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483, 1954). Según cuenta Kluger, en esta decisión el *chief justice* Warren puso una especial atención en que la sentencia fuese unánime, sin opiniones concurrentes siquiera, ya que sabía que una decisión de ese calibre no podía tomarse por un tribunal dividido. Ello explica el tiempo que le tomó a la Corte emitir su sentencia después de celebrada la audiencia. El autor reseña con mucha claridad cuáles eran los distintos puntos de los *justices* respecto de las posibles soluciones de *Brown* y cuán grande era su interés por resolver sus discrepancias y emitir una sentencia en forma unánime (1975, pp. 661-699). Hoy en día, los juristas coinciden en señalar que muy posiblemente *Brown* no hubiese podido tener el impacto que tuvo, y sigue teniendo, en la sociedad estadounidense si la decisión se hubiese tomado con un tribunal dividido. Al respecto, véase Davis y Reynolds (1974, pp. 59-60).

inestables. Es probable, aunque no necesariamente una profecía, que el tribunal, en litigios posteriores, continúe intentando establecer consensos y que, por tanto, esté dispuesto a transformar la regla de su precedente si ello le permite alcanzar una decisión que cuente con una mayor aceptación entre sus miembros.¹⁷⁴

El prototipo de precedentes inestables, en lo que al nivel de consenso entre los *justices* se refiere, son las denominadas "decisiones plurales" o *plurality decisions*. Como destacamos en el capítulo anterior, en este tipo de sentencias no existe lo que se denomina una "opinión del tribunal", esto es, no hay un acuerdo mayoritario acerca de cuál ha de ser el razonamiento o *rationale* que justifica la solución adoptada; sólo existe consenso entre al menos cinco *justices* respecto de cuál debe ser el resultado o sentido de la decisión. Como también ya pusimos de manifiesto, si una de las opiniones concurrentes tiene más votos que las otras, entonces la decisión plural establece lo que se denomina una "opinión plural",

¹⁷⁴ Es importante destacar que las decisiones con cinco votos a favor y cuatro en contra (5-4) vinculan horizontalmente al tribunal como cualquier otra sentencia en la que existe una "opinión del tribunal" (cinco o más votos a favor del resultado y el razonamiento). Sin embargo, no hay que olvidar que existen varias formas de vincularse a los precedentes, por tanto, es posible transformar el contenido de la regla o reducir su ámbito normativo sin que ello signifique desconocer la fuerza imperativa del *stare decisis*. En estos casos (5-4) un *justice* que coincida con la opinión disidente puede hacer una gran diferencia, de ahí que sean potencialmente más inestables las decisiones de un tribunal dividido que las de uno fuertemente cohesionado. Así, por ejemplo, según señala Gerhardt (1991, pp. 100-101 y 111-114), *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973) fue una decisión 5-4; los presidentes Regan y Bush, casi tres décadas después de que se emitiera esta sentencia, habían logrado reemplazar a los cinco *justices* que votaron a favor de *Roe* y, por tanto, los juristas de esa época pronosticaban su revocación. Si bien es cierto que esta decisión desde tiempo antes fue muy criticada por un sector social y en determinados ámbitos políticos, también es verdad que fue con la renovación del tribunal cuando *Roe* comenzó a ser profundamente transformada y limitada. Lo que indica que las posturas ideológicas de los *justices* y, por tanto, las opiniones disidentes y concurrentes, son relevantes para pronosticar cambios en la doctrina constitucional vinculante. No obstante, el hecho de que una decisión se tome por una ajustada mayoría de cinco votos no necesariamente significa que va a ser reformulada en decisiones posteriores, sólo indica que puede serlo. Así, por ejemplo, la famosa sentencia de *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966), a través de la cual la Corte, de modo verdaderamente maximalista, establece una serie de derechos para toda persona detenida por un policía, en su momento se tomó por una mayoría de 5 contra 4, sin embargo, ha sido un precedente que hasta la fecha goza de una gran autoridad y estabilidad. Lo que indica que el nivel de consenso en el tribunal al emitir su sentencia tiene que analizarse siempre en el contexto de otros factores para poder elaborar alguna predicción acerca de la fuerza normativa y estabilidad de un precedente constitucional.

pero ello no necesariamente tiene que ocurrir, esto es, existen decisiones plurales que no tienen una "opinión plural".¹⁷⁵

Ahora bien, en el ámbito de las decisiones plurales, sea que contengan o no una "opinión plural", la imperatividad del principio de *stare decisis* vertical y horizontal no opera con la misma fuerza que cuando existe una decisión en la que el Tribunal logra establecer, aunque sea a través de una ajustada mayoría de cinco votos, una "opinión del tribunal". Como señalan Davis y Reynolds, las decisiones plurales no pueden verse como sentencias que representan "la autoridad del Tribunal Supremo como institución", más bien este tipo de decisiones muestran las discrepancias y distintas posiciones de los individuos que conforman dicho órgano jurisdiccional. Ello las hace ser "precedentes débiles", con un menor grado de autoridad y, por tanto, con altas probabilidades de ser revocados o transformados por el Tribunal (1974, p. 61-62).

En el debate académico norteamericano se discute acerca de cuál ha de ser la fuerza normativa de una decisión plural, así como cuál es la regla que se puede derivar de este tipo de precedentes. Cabe destacar que no existe un acuerdo al respecto y que en la práctica judicial la autoridad de precedente de las decisiones plurales varía mucho de un caso a otro. Sin embargo, intentaremos ordenar y esclarecer, aunque sea de forma muy general, estas cuestiones.¹⁷⁶

La falta de consenso entre los miembros del tribunal respecto de cuáles son las razones que sustentan su decisión es lo que hace particularmente

¹⁷⁵ Al respecto, véase el apartado "V. Los votos particulares y la autovinculación al precedente en el Tribunal Supremo" del capítulo anterior.

¹⁷⁶ En lo único que coinciden la mayoría de los autores es que cuando la Corte Suprema emite una decisión plural, simplemente está dejando de desempeñar cabalmente el papel que el corresponde en el sistema judicial. Este tipo de decisiones, según los juristas estadounidenses, causa confusión en los tribunales inferiores y en la propia Corte, genera incertidumbre jurídica a los otros poderes y a los agentes sociales y hace que se pierda el papel de liderazgo que el tribunal debe desempeñar en el desarrollo de la doctrina constitucional vinculante. En este sentido, Thurmon (1992, p. 419); Novak (1989, pp. 757-761; 1981, pp. 1128-1130) y Davis y Reynolds (1974, pp. 62-75).

complicado determinar la regla del precedente de una decisión plural. Cualquier tipo de regla, sea maximalista o minimalista, que el juez posterior extrae de una decisión previa la tiene que construir a partir de la argumentación de la sentencia. Como hemos destacado a lo largo de este capítulo, es precisamente el análisis de la opinión del tribunal que estableció el precedente lo que le permite al juez posterior seleccionar los hechos relevantes de los irrelevantes, así como elegir, dentro del marco de posibilidades que ofrece dicha sentencia, el nivel de generalidad al que deben ser interpretados esos hechos. Además, el *rationale* de la sentencia es fundamental para que el juez posterior pueda razonar analógicamente. Las razones que sustentan la decisión con fuerza de precedente son indispensables para que el tribunal posterior formule un criterio de igualdad entre los dos casos que se contrastan, ya sea para que extienda la regla a partir del contraste entre patrones de hecho (minimalismo), o bien para que amplíe el ámbito normativo de la misma a otro supuesto normativo (maximalismo). Finalmente, en el ámbito del derecho constitucional, al ser un derecho altamente sustancialista, el razonamiento de la sentencia es indispensable para que el *case law* pueda ir determinando en forma lógica y consistente el contenido material de las amplias cláusulas constitucionales.¹⁷⁷ Por todo ello, en el caso de las decisiones plurales, al no coincidir los *justices* en el *rationale* que justifica su decisión, su valor normativo se torna confuso e incierto.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Summers y Atiyah sostienen que, en Estados Unidos, el carácter sustantivo de los preceptos de la Constitución hace que el valor de precedente de las decisiones constitucionales no pueda establecerse sin analizar las razones sustentivas que fundamentan la sentencia. Lo expresan en los siguientes términos: "Most rules of American constitutional law, however, are not hard and fast, but flexible, often, indeed, highly flexible. Typically, they have low degrees of content, interpretative, and mandatory formality. Many American constitutional provisions merely state broad substantive principles, and judges and others are thus not only permitted to take account of substantive reasons arising at the point of application, but may also go behind the authoritative wording of these rules into their substantive underpinnings, or otherwise read them in light of substantive reasons when interpreting and applying such rules" (1987, p. 75). Sobre la importancia que tiene el *rationale* de los precedentes constitucionales véase, por todos, Tribe y Dorf (1990, pp. 1057 y ss.).

¹⁷⁸ Al respecto, Novak afirma: "The traditional notion of the *ratio decidendi* was that the judgement and reasoning components of judicial decision should be fused into one cohesive whole. The recent increase in plurality decisions, however, indicates a departure from this theoretical ideal, because plurality decisions frequently advance different rationales to support the same judgement. Although the lack of a supporting majority rationale impairs neither the effect of the judgement in the particular

En la práctica judicial estadounidense existen distintas formas en las que los tribunales inferiores y la propia Corte Suprema determinan la fuerza vinculante de una decisión plural. En primer término, y quizá el modo más común en que los jueces se vinculan esta clase de sentencias, es a través de los que comúnmente se denomina "result-stare decisis", esto es, el tribunal posterior determina la regla del precedente de acuerdo con el método que propone Goodhart: los hechos relevantes interpretados de forma concreta y el resultado alcanzado en la sentencia conforman la regla que establece el precedente. En otros términos, las decisiones plurales se consideran autoridad para los casos *to the point*, es decir, el tribunal posterior está obligado a alcanzar el mismo resultado cuando se trate de casos con el mismo patrón de hechos. Sin embargo, al no existir un acuerdo en el razonamiento que sustenta la decisión con valor de precedente, el juez posterior no está obligado a extender la regla a casos análogos o similares.¹⁷⁹

En segundo término, la fuerza vinculante de las decisiones plurales también se puede determinar a través de lo que el Tribunal Supremo ha denominado "the narrowest grounds approach". Esto es, la regla del precedente será aquella que se derive del acuerdo mínimo que exista entre todas las opiniones concurrentes respecto de las *razones* o *rationale* que deben justificar el resultado alcanzado.¹⁸⁰ Ello presupone, obviamente, que el

case nor its precedential value in identical cases, it clearly undermines the precedential value for dissimilar cases" (1989, p. 758).

¹⁷⁹ En 1956, la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago realizó un estudio muy ilustrativo acerca de cómo la Corte Suprema y los tribunales inferiores utilizan el denominado *result-stare decisis* para determinar la regla que establece una decisión plural; se centra en el análisis de casos concretos y busca determinar empíricamente los patrones de comportamiento de las decisiones plurales en el *case law*. De acuerdo con el estudio, la técnica del *result-stare decisis* es frecuente cuando las decisiones plurales cuentan con dos opiniones concurrentes con el mismo número de votos (por ejemplo, 4-4-[1]), esto es, cuando no existe una "opinión plural" (1956, pp. 101-114). Algunos estudios posteriores, no tan empíricos ni exhaustivos como el de la Universidad de Chicago, coinciden en señalar que el *result-stare decisis* es la forma en que comúnmente se determina la autoridad de precedente de las decisiones plurales de la Corte Suprema. Véanse, entre otros, Novak (1989, pp. 769-774) y Thurmon (1992, pp. 448-450).

¹⁸⁰ El denominado "*narrowest grounds approach*" lo estableció la Corte Suprema en el asunto *Mark v. United States* (430 U. S. 188, 1977), en el cual el propio tribunal se enfrentaba al problema de determinar la fuerza vinculante de una decisión plural. Al respecto, el tribunal señaló: "When a fragmented

razonamiento de las distintas opiniones concurrentes tiene un común denominador y que las diferencias sólo se dan en algunos aspectos.¹⁸¹ Pero, como bien señala Novak, existen decisiones plurales cuyas opiniones concurrentes no coinciden en absoluto en sus *racionales*, por lo que el *narrowest grounds approach* se traduce, en la práctica, a limitar la autoridad del precedente a los hechos y el resultado (*result-stare decisis*) (1989, pp. 763-764).

En otros asuntos, sin embargo, el *narrowest grounds approach* ha dado lugar a que los tribunales inferiores determinen la autoridad del precedente a partir de la opinión concurrente de un solo *justice*. Por ejemplo, una decisión plural con dos opiniones concurrentes, una de ellas con cuatro votos y otra con uno solo, puede dar lugar a que sea precisamente la opinión con un voto la que represente el "nivel mínimo de consenso"

Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five justices the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgement on the narrowest grounds" (p. 193). Resulta interesante el análisis y la crítica a esta sentencia efectuado por Thurmon (1992, pp. 419 y ss.). Asimismo, cabe destacar que la doctrina del "*narrowest grounds*" se comienza a gestar con la decisión de *Gregg v. Georgia* (428 U. S. 153, 1976), cuando la Corte se enfrenta al problema de determinar la autoridad del precedente establecido en *Furman v. Georgia* (408 U.S. 238, 1972). En *Furman* el Tribunal estima la inconstitucionalidad de la pena de muerte en determinados casos y, literalmente, no lo puede hacer de modo más fragmentado: *Furman* es una sentencia en donde cada *Justice* emitió su propia opinión, y el asunto se decide, por tanto, a partir de cinco opiniones concurrentes y cuatro disidentes. En *Gregg*, de nuevo se le plantea al la Corte el problema de la pena de muerte, y esta vez el tribunal decide que no es inconstitucional la ley de Georgia, ya que el acuerdo mínimo o *narrowest ground* de las cinco opiniones concurrentes de *Furman* era que la pena de muerte no podía considerarse *per se* inconstitucional, sino que la ley en cuestión tenía algunos defectos que la hacían inconstitucional y que tales defectos no estaban presentes en *Gregg*. En efecto, en *Furman* tres *Justices* concurrieron separadamente que la ley cuestionada era inconstitucional por defectos de contenido y las otras dos opiniones concurrentes estimaron que la pena de muerte era en sí misma inconstitucional. Por consiguiente, el acuerdo mínimo entre los cinco *Justices* que concurrieron en *Furman* era que, por lo menos, los defectos de la ley de Georgia la hacían inconstitucional. Era de presumir que esos *Justices* que sostenían la postura más extrema (la inconstitucionalidad *per se*), estarían de acuerdo con la postura intermedia, ya que esta última quedaba comprendida en la anterior. Al respecto, véase Novak (1989, pp. 761-762).

¹⁸¹ "It is easy to isolate the narrowest ground in those situations where the plurality relies on rationale A in support of the result, and the concurrence clearly agrees on the applicability of that rationale, but also goes a step further and espouses rationale B as well. In such cases the plurality rationale may fairly be regarded as the narrowest ground embodying the reasoning of a majority of the Court, and the rationale should be binding on lower courts for future cases" (Novak, 1989, p. 763).

entre los *justices*.¹⁸² Por lo que, en términos prácticos, la autoridad de precedente vendría dada por las consideraciones de un solo juez, lo cual, para muchos juristas, simplemente es contrario a la naturaleza misma de un órgano colegiado como lo es el Tribunal Supremo.¹⁸³

Estas distintas formas en que se establece la autoridad de precedente de una decisión plural, aunadas a otras tantas que, por ser variantes similares a las antes expuestas no abordaremos, sólo reflejan una cuestión incontrovertible: las decisiones plurales son una forma minimalista de decidir, aunque, en estos casos, el minimalismo no es una elección del tribunal, sino una consecuencia de su falta de consenso. Cualquiera que sea el modo como la Corte Suprema o los tribunales inferiores determinen la regla del precedente de una decisión de este tipo, lo cierto es que la cuestión constitucional permanece abierta a la discusión. Los tribunales continuarán debatiendo y proponiendo a prueba distintas soluciones y, por tanto, la doctrina constitucional será inestable e incierta.¹⁸⁴

La falta de consenso entre los miembros del tribunal generalmente es una consecuencia de la complejidad social o moral que encierra la cuestión a resolver. Por ello, como hemos destacado, la flexibilidad que caracteriza a la casuística es el mecanismo adecuado para que, a través de un proceso de ensayo y error, pueda surgir una regla o estándar claro con el

¹⁸² Un buen ejemplo para ilustrar este problema es la sentencia antes comentada de *Regents of The University of California v. Bakke* (438 U.S. 265, 1978). Como ya señalamos, Bakke cuestiona la constitucionalidad del programa de "acción afirmativa" de la Universidad de California en Davis. Cinco *Justices* estiman la petición de Bakke, sin embargo, cuatro de ellos lo hacen a partir de una opinión concurrente en donde señalan que en general los programas de acción afirmativa violan el título VI de la Civil Rights Act of 1964, y no abordan propiamente el tema de su constitucionalidad. En cambio, el *justice* Powell, en una opinión concurrente en solitario, decide en forma minimalista analizando las particularidades fácticas del programa de acción afirmativa de la Universidad de Davis y estima que dicho programa viola el referido título VI y la Constitución. El *narrowest grounds approach* hace que el valor de precedente de esa sentencia se determine, como lo han hecho algunos tribunales inferiores, a partir de la opinión de Powell, pues al decidir en forma minimalista, en vez de pronunciarse genéricamente sobre la cuestión, constituye el "mínimo acuerdo" entre los *justices* concurrentes.

¹⁸³ Véanse Thurmon (1992, pp. 433-435) y Novak (1989, pp. 774-777).

¹⁸⁴ Sobre el carácter incierto e indeterminado de la doctrina constitucional en el caso de las decisiones plurales, véanse Davis y Reynolds (1974, pp. 66-75), y Novak (1981, pp. 1128-1130).

que coincidan la mayoría de los *justices* y que permita que la doctrina constitucional se desarrolle de modo armónico y coherente. Antes de que ello suceda, la Corte Suprema y los tribunales inferiores funcionarán como en un gran laboratorio en donde se pondrán a prueba distintas alternativas de solución. A lo largo de ese periodo de experimentación judicial, el *case law* constitucional será dinámico, inestable y, sobre todo, impredecible.¹⁸⁵

En todo caso, y con independencia del tipo de sentencia (plural o mayoritaria), poner atención a las opiniones separadas, concurrentes y disidentes, siempre es importante para apreciar las distintas directrices en las que potencialmente puede evolucionar la doctrina constitucional. Dichas opiniones no sólo muestran los diferentes puntos de vista y el abanico de posibles soluciones existentes para resolver una misma cuestión, sino también reflejan las variadas formas en que los *justices* interpretan y determinan la autoridad de sus decisiones previas. Todo juez, con independencia de si está o no de acuerdo con la posición que defiende la mayoría de los *justices*, dará una solución a la controversia planteada que, por una parte, sea consistente con las decisiones previas y, por otra, desarrolle el derecho que ha de regir en el futuro. Por ello, las opiniones separadas sirven para constatar que el valor de precedente de las decisiones previas puede ser determinado de diversas formas posibles y que, por tanto, la doctrina constitucional vinculante, al menos potencialmente, podría evolucionar por caminos diferentes de aquellos que traza en un momento dado la mayoría de los miembros del tribunal.¹⁸⁶

¹⁸⁵ En este sentido, e intentando rescatar alguna "utilidad" de las decisiones plurales, Novak sostiene: "The insight and experience of lower court judges, and the opportunity to gain more information through feedback from the bench, bar, and general public, may be invaluable resources for the Supreme Court to draw upon in confronting complex and uncertain areas of the law. By adopting an approach to plurality opinions that takes account of the values of our precedential system and the importance of actual, discrete points of majority agreement, lower courts can contribute to the formulation of legal principles that can be practically applied and can withstand intellectual scrutiny. Approached in this manner, plurality decisions may provide a sound base for the future development of the law" (1981, p. 781).

¹⁸⁶ Resulta muy interesante el análisis que realizan Tribe y Dorf de la sentencia *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186, 1986) para ilustrar precisamente cómo tanto la opinión del tribunal, como las opiniones

En el último capítulo de este trabajo analizaremos precisamente la interacción que existe en la dinámica de los precedentes constitucionales entre el pasado y el futuro. Es decir, veremos cómo las decisiones constitucionales no están aisladas; todas son un eslabón más de una cadena de precedentes que se prolonga con cada controversia. La fuerza vinculante de un precedente, por tanto, no opera en forma aislada e independiente, más bien queda condicionada tanto por el conjunto de decisiones previas como por las que existan en el futuro. El proceso de elaboración de la doctrina constitucional vinculante sólo puede entenderse a partir de esta interacción entre pasado y futuro propia de la técnica del *common law*: cada decisión judicial debe ser vista como parte de un todo orgánico, en el cual la solución propuesta representa un punto de unión entre lo que los jueces hicieron en controversias pasadas y lo que es de esperar que hagan en litigios futuros.¹⁸⁷

concurrentes y las disidentes, tenían una distinta interpretación de la regla que establecían los precedentes que les vinculaban (1990, pp. 1065-1068).

¹⁸⁷ Al respecto, las palabras de Meyer son bastante ilustrativas: "The common law thus always connects the present with the past. This connection with the past makes sense of the present case by seeing it as part of a whole and thereby lending it continuity and direction into the future. As a connection between past and future, between this situation and other, common law can never be 'new' without being senseless. Law is the bridge between new and old. Law, by its analogical nature, will always relay on what already is to make sense of what is new" (1994, p. 469).

CAPÍTULO 4

Los procesos de formación y cambio de la doctrina constitucional vinculante

A. Introducción

Toda sentencia —sostienen Cross y Harris (1991, p. 45)— tiene que ser leída a la luz de las decisiones previas y posteriores a ella. Esto es así, ya que en un sistema de *case law* las decisiones judiciales van desarrollando el derecho de manera concatenada; cada sentencia con valor de precedentes se inserta en una secuencia de decisiones previas añadiendo algo nuevo. La doctrina judicial vinculante surge como consecuencia de este proceso.

Ahora bien, una forma de analizar la dinámica de los precedentes constitucionales es, precisamente, a partir de las distintas fases o etapas de desarrollo en las que se puede encontrar la doctrina vinculante: etapa de formación, de consolidación y de transformación.¹ En cada una de estas

¹ Para un interesante ensayo, con ejemplos concretos en los tres ámbitos del derecho de creación judicial (*common law*, legal y constitucional), acerca de la dinámica de los precedentes bajo el esquema

tres fases el grado o fuerza vinculante de los precedentes será distinto. Por tanto, precisar cuál es la etapa de desarrollo en la que se encuentra la doctrina constitucional en determinada materia es otra forma de predecir o pronosticar el resultado de un futuro litigio. A lo largo de este capítulo analizaremos estos "ciclos de vida" de la doctrina constitucional y cómo opera en cada uno de ellos la fuerza normativa de los precedentes del Tribunal Supremo; lo haremos a partir de un esquema que comprende tres grandes apartados.

En primer término, estudiaremos la estructura orgánica y concatenada del *case law*. Veremos cómo la fuerza imperativa del principio de *stare decisis* hace que los jueces vayan desarrollando el derecho gradualmente, de tal modo que cada decisión judicial con valor de precedente se convierte en un eslabón entre el pasado y el futuro. La solución propuesta en el caso resuelto representa el punto de unión entre lo que los jueces hicieron en controversias pasadas y lo que es de esperar que hagan en futuros litigios. Los juristas y abogados litigantes, con el fin de saber cuál es el grado de desarrollo y estabilidad de la doctrina vinculante en determinada materia, buscan agrupar y sistematizar las decisiones judiciales y lo hacen, fundamentalmente, a partir del tipo de conflictos que haya resuelto el tribunal y las similitudes que existen con otras controversias. Se trata, como se analizará, de organizar una secuencia de sentencias que abordan distintos aspectos de una misma cuestión constitucional y tener así una visión global, tanto de los distintos problemas que existen en torno a dicha cuestión, como del derecho que ha de regir en cada caso.

En el segundo apartado analizaremos el proceso de formación de la doctrina constitucional vinculante, es decir, cómo surge una nueva línea de decisión. La fuerza vertical del principio de *stare decisis* ha significado, en términos prácticos, que el Tribunal Supremo sea quien determine el contenido último de la doctrina constitucional vinculante. Sin embargo, como

que estamos presentando (etapa de formación, consolidación y transformación de la doctrina), véase Levi (1949).

veremos, el proceso a través del cual dicho tribunal define el derecho que ha de regir en la materia es un proceso colectivo que involucra al resto de los tribunales, principalmente a aquellos con jurisdicción de apelación. Por ello este apartado se divide en dos secciones.

En la primera, estudiaremos el proceso que se sigue en los tribunales intermedios para configurar el derecho que ha de gobernar, al interior cada circuito judicial, una cuestión constitucional novedosa y sobre la cual no se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Como veremos, la elaboración de la doctrina judicial vinculante de los tribunales intermedios comienza por lo que se conoce como el "proceso de *percolation*". Esto es, los tribunales federales de apelación actuarán como "laboratorios de experimentación judicial", en el cual cada uno por separado, pero poniendo atención a lo que hacen los tribunales de los otros circuitos, pondrá a prueba distintas reglas de decisión y evaluará, a partir de la experiencia judicial colectiva, cuál es el derecho que mejor funciona, en términos jurídicos y pragmáticos, para resolver la cuestión controvertida. Durante esta fase de desarrollo de la doctrina, la característica primordial del sistema de precedentes es su flexibilidad y dinamismo. A fin de cuentas se trata de un periodo en el cual los jueces, a partir de un proceso de ensayo y error, intentan determinar cuál es el mejor derecho que puede resolver una cuestión jurídica debatida y problemática.

Sin embargo, este dinamismo que caracteriza el desarrollo de una nueva línea de decisión requiere, necesariamente, de un órgano superior capaz de ordenar y corregir los errores y fracturas que potencialmente pueden existir a lo largo de este proceso. De ahí que, en la segunda sección de este apartado, analizaremos, precisamente, el papel que desempeña el Tribunal Supremo en el desarrollo de la doctrina constitucional. Como veremos, el tribunal tiene la última palabra en cuanto al contenido del *case law* constitucional; por ello, resulta especialmente relevante estudiar los efectos de sus decisiones en términos del *stare decisis* vertical y horizontal. En cuanto a la vinculación vertical, los precedentes del Tribunal Supremo uniforman la aplicación del derecho federal, lo cual permite que, con su intervención, se resuelvan los conflictos entre los precedentes de los tri-

bunales intermedios producto del proceso de *percolation*. En esta sección analizaremos, por tanto, cuándo y cómo resuelve estos conflictos y los efectos que tienen sus decisiones en el desarrollo del derecho que se lleva a cabo en los diversos circuitos judiciales.

No obstante, el aspecto más problemático de la fuerza normativa de los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo está en el ámbito del *stare decisis* horizontal, ya que, a diferencia de lo que ocurre con la vinculación vertical, la cual se puede controlar a través del sistema de recursos judiciales, la autovinculación de la Corte a sus propios precedentes, en cambio, es una cuestión que decide el propio Tribunal. En la última parte de esta sección analizaremos cómo, dependiendo de cuál sea la fuerza vinculante que el tribunal le otorgue a sus propios precedentes, la doctrina constitucional tendrá distintos niveles o grados de estabilidad. Así, por un lado, existen cuestiones constitucionales en las cuales la doctrina no se ha logrado consolidar ni estabilizar, a pesar de que el tribunal haya abordado en varias decisiones distintos aspectos que comprenden dicha cuestión. Por el otro lado, también existen áreas del derecho constitucional en donde la doctrina vinculante se ha consolidado y permanece estable, lo cual permite que los asuntos queden resueltos en forma definitiva por el juez de primera instancia o que ni siquiera lleguen ante un tribunal. Sin embargo, como veremos, nada impide que la doctrina consolidada, en un momento dado, pase a ser nuevamente una cuestión debatida y en movimiento. Por tanto, el problema de fondo del *stare decisis* horizontal en la jurisdicción constitucional del Tribunal Supremo es encontrar los patrones de orden que rigen su movimiento. En concreto, es preciso determinar cuándo y bajo qué circunstancias la doctrina consolidada puede entrar en un proceso de transformación o revocación.

En el tercer apartado de este capítulo intentaremos dar respuesta a este complejo problema. En la primera sección estudiaremos los valores que protege el principio de *stare decisis* en el ámbito constitucional, es decir, cuáles son las fuerzas que garantizan y protegen la estabilidad de la doctrina, por qué los jueces constitucionales deben adherirse a y respetar sus

propios precedentes. Sin embargo, el *stare decisis* sólo representa una cara de la moneda del sistema de precedentes, la otra tiene que ver con las fuerzas sociales y políticas que exigen la revocación o transformación de la doctrina. De ahí que en la segunda sección de este último apartado analizaremos cómo se articulan, en torno a la dinámica de los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo, las fuerzas dialécticas de continuidad y cambio que rigen el movimiento del *case law*. Se trata, en último término, de intentar comprender por qué la doctrina constitucional consolidada se transforma bajo ciertos patrones de orden.

La tesis central que intentaremos demostrar es que la perpetua confrontación, en el debate judicial y académico norteamericanos, entre concepciones jurídicas opuestas respecto de la idea de Constitución y la legitimidad última del *judicial review*, permite que, en la dinámica de los precedentes constitucionales, las fuerzas de cambio sean, en mayor o menor medida, refrenadas y limitadas por aquellas que buscan proteger y garantizar la estabilidad y continuidad en la doctrina constitucional. Ello hace que el movimiento del *case law* sea un movimiento ordenado. El tribunal, como veremos, se ve obligado a buscar permanentemente el equilibrio correcto entre los valores contrapuestos de estabilidad y cambio, pues en ello se juega su propia legitimidad.

B. La estructura orgánica y concatenada del *case law*

En el corazón de todo sistema de *case law* descansa la premisa de que ningún precedente permanece aislado. Toda decisión judicial con valor de precedente forma parte de un cuerpo orgánico de reglas. Los jueces, en ese proceso, van definiendo caso por caso qué es el derecho, van urdiendo gradualmente la trama del *case law*, de tal modo que sus decisiones continúan y añaden nuevos elementos a la obra colectiva de sus antecesores.²

² De ahí que Llewellyn enfáticamente afirme: "For the truth of the matter is a truth so obvious and trite that it is somewhat regularly overlooked by students. *That no case can have a meaning by itself!*"

Para describir este proceso, Dworkin (1986, pp. 228-232) hace la analogía con una novela *seriatim* escrita por distintos autores. Cada decisión judicial —señala el autor— representa un capítulo de la trama de la novela y, como tal, le añade algo nuevo, pero, a la vez, para formar parte de ella, el juez debe tomar en cuenta lo que han escrito sus antecesores, esto es, su sentencia tiene que continuar en forma consistente la "historia" de la secuencia de decisiones previas. En este sentido, todo precedente constituye un eslabón entre el pasado y el futuro: la solución propuesta representa el punto de unión entre lo que los jueces hicieron en controversias pasadas y lo que es de esperar que hagan en futuros litigios.³

¿Cómo organizar la urdimbre de casos que conforman el *case law*? El manejo de la técnica del *common law* implica, en buena medida, aprender a agrupar precedentes e intentar organizar las decisiones judiciales en forma concatenada.⁴ No existe una única forma de ordenar las "cadenas de precedentes", ni un único criterio para encontrar el sitio que le corresponde a cada decisión judicial dentro del sistema de *case law*. No obstante, cualquiera criterio de ordenación tiene que ver con las igualdades y diferencias fácticas que existen entre los casos que se organizan. Esto es, las decisiones se agrupan en función del tipo de conflicto que hayan resuelto y las similitudes fácticas que existen con otras controversias.

En materia constitucional es común que las decisiones se organicen a partir de los temas centrales del constitucionalismo estadounidense: división de poderes, federalismo, derechos fundamentales, etc. Cada uno de estos temas se divide a su vez en distintas categorías en función de los diferentes tipos de conflictos jurídicos que han resuelto los tribunales, particularmente la Corte Suprema, con relación a dicho tema. En este

Standing alone it gives no guidance [...] What counts, what gives you leads, what gives you sureness, that is the background of the other cases in the relation to which you most read the one" (1991, p. 48).

³ Cabe destacar que la analogía que hace Dworkin entre el derecho y la literatura ha dado lugar a un amplio debate en la academia norteamericana. Al respecto se pueden ver, entre otros, West (1989, pp. 977 y ss.); White (1989, pp. 2014 y ss.); Posner (1988), y Schelly (1985, pp. 158 y ss.).

⁴ Véase, por todos, Llewellyn (1991, pp. 228-232).

sentido, una secuencia de sentencias aborda diferentes aspectos de una misma cuestión constitucional controvertida. Dicho en otros términos, las cadenas de precedentes se forjan a partir de la relación que guardan las distintas controversias entre sí y cómo cada una de ellas plantea distintos aspectos o caras de un mismo problema. La doctrina constitucional surge, precisamente, cuando un conjunto de sentencias se puede entrelazar y ordenar de tal modo que se pueda tener visión global de las distintas aristas de un problema y del derecho que ha de regir en cada caso.⁵

Así, la casuística judicial, en el ámbito del derecho constitucional, ha permitido que de un solo precepto constitucional se extraigan una serie de reglas concatenadas que precisan el contenido normativo de dicho precepto en una diversidad de escenarios fácticos. Ello, sin lugar a duda, ha resultado ser un método idóneo para que las cláusulas amplias y sustantivas que caracterizan a la Constitución estadounidense puedan tener aplicación directa en la resolución de controversias concretas. Los jueces, a partir de ese proceso de formular analogías y distinciones respecto de las decisiones constitucionales previas que les vinculan, pueden resolver nuevos conflictos constitucionales, sin que necesariamente tengan que involucrarse en la complicada labor de interpretar directamente los amplios enunciados de la Constitución. En otras palabras, la propia diná-

⁵ La mejor forma de comprender cómo los juristas estadounidenses organizan y sistematizan el *case law* en materia constitucional es a partir del análisis de cualquier manual de derecho constitucional, los comúnmente denominados *casebooks*. Entre algunos de estos manuales están los de Gunther (1985); Tribe (1990), y Farber, Eskridge y Frickey (1993). Asimismo, el estudio de sentencias concretas que llevamos a cabo en el capítulo anterior, a efecto de analizar la dinámica de los precedentes constitucionales, aplica precisamente esta metodología. Por ejemplo, como vimos, el principio de igualdad constitucional con relación a las cuestiones de raza se puede estudiar a partir de clasificar los tipos de conflictos que en esta materia han llegado al tribunal. El primer grupo de conflictos está compuesto por aquellos casos que plantean cuestiones relativas al sistema de segregación racial (*Brown v. Board of Education*, *Sweatt v. Printer*, *Shiro v. Bynum*, etc.). Un segundo grupo tiene que ver con leyes que tratan de forma igual a negros y a blancos, pero buscan hostigar a una minoría racial (*Loving v. Virginia*, *Anderson v. Martin*, *McLaughlin v. Florida*, etc.). Evidentemente existen otros tipos de conflictos en materia de igualdad racial que no estudiamos y que podrían clasificarse en otras categorías. Lo relevante, en cualquier caso, es que las decisiones judiciales se van agrupando a partir de la similitud que exista entre los problemas planteados. Cada jurista puede utilizar un criterio propio de ordenación, ya que no existen criterios preestablecidos para determinar las igualdades y diferencias fácticas entre las diversas controversias.

mica del sistema de precedentes, esto es, el modo como los jueces aplican, distinguen y extienden las reglas contenidas en las decisiones constitucionales anteriores, facilita el proceso a través del cual la Constitución tiene eficacia directa en la resolución de controversias judiciales.⁶

El éxito de esta metodología depende de la consistencia con que los jueces desarrollen la doctrina constitucional. Cada decisión con valor de precedente tiene que prolongar la secuencia de decisiones previas que existen con relación a un determinado tipo de conflicto, de tal modo que, como sostiene Dworkin, la trama del *case law* se pueda ver "como el trabajo de un solo autor y no, como en realidad es, el producto de muchas manos distintas" (1986, p. 229).

Ahora bien, para comprender cabalmente cómo se puede sistematizar una secuencia de decisiones, es preciso tomar en cuenta las características y el impacto que cada decisión judicial ha tenido en el establecimiento de la doctrina constitucional vinculante. Como se analizó en el capítulo anterior, las opciones entre un estilo de decisión maximalista o minimalista y entre una *holding* en forma de regla o de estándar tienen un impacto significativo en la dinámica del sistema de precedentes y determinan, aunque no completamente, el modelo de desarrollo de la doctrina vinculante (*casuistry* o *rule-bound justice*).

No obstante, el estudio de tales características, propias del estilo de decisión, no es suficiente para aprender a agrupar casos y elaborar una cadena de precedentes. Cuando se analiza el modo como los juristas estadounidenses sistematizan y organizan el *case law*, se puede observar que, con independencia de esas características particulares de cada sentencia, los precedentes tienen distintos niveles o grados de relevancia en el desarrollo de

⁶ La relación que existe entre los precedentes y las técnicas de interpretación constitucional la abordaremos más adelante. No obstante, para un buen ensayo que describe el proceso a través del cual el "análisis de casos" ha sustituido a la "interpretación del texto constitucional" en la mayoría de las controversias jurídicas en esta materia, véase Jones (1979, pp. 1 y ss.).

la doctrina judicial.⁷ Existen algunas decisiones judiciales que, por decirlo de algún modo, constituyen el "núcleo central" de la doctrina y otras, en cambio, que serán "complemento" o desarrollo de ese núcleo. El concepto de *leading case* comprende al primer tipo de decisiones.⁸ La característica básica de este tipo de casos es que determina un aspecto central del derecho que rige una cuestión jurídica y, por tanto, en torno a esa sentencia existe una serie de decisiones subsiguientes que son complemento y desarrollo del derecho establecido en ella.⁹

No existe un criterio que *a priori* permita saber cuándo el tribunal decidió un *leading case*. Como hemos destacado, la fuerza normativa de un precedente sólo se puede determinar y conocer a partir de su aplicación en la resolución de controversias posteriores. No obstante, cuando se analiza retrospectivamente la dinámica del *case law*, a efecto de organizar en forma concatenada una serie de sentencias, se puede determinar con un buen margen de acierto cuáles han sido las decisiones judiciales centrales

⁷ De ahí que Shafer sostenga: "Yet, when the judicial process is view from inside, nothing is clearer than that all decisions are not of equivalent value to the court which renders them" (1985, p. 7).

⁸ Al respecto, Summers sostiene: "The concept of 'leading case' plays a distinctive role. A 'leading case' establishes the law on a major point and is recognized for this. Courts and advocates cite such cases as dispositive, and may even cite them as the sole justification for the decision" (1997, p. 389).

⁹ La diferencia entre un *leading case* y las decisiones "complementarias" se puede apreciar claramente en la serie de casos con relación a la cuestión del aborto que analizamos en el capítulo anterior. Sin lugar a dudas, *Roe v. Wade* fue un *leading case* en esta materia, ya que, como vimos, definió aspectos centrales con relación a la cuestión del aborto. Algunos de los casos que siguieron a esta decisión fueron asuntos que desarrollaron la doctrina constitucional en materia de aborto y que, como tales, fueron una continuación del derecho establecido en *Roe*. Tal fue el caso, por ejemplo, de *Planned Parenthood v. Danforth* (inconstitucionalidad de la ley de Missouri que establecía como requisito para llevar a cabo un aborto que el marido, o, en su caso, los padres de una menor diesen por escrito su consentimiento) y de *Colautti v. Franklin* (inconstitucionalidad de la ley de Pennsylvania que establecía que el médico determinara la viabilidad de feto antes de practicar un aborto durante el segundo trimestre de gestación). Cabe destacar que estas sentencias planteaban cuestiones que *Roe v. Wade* no había resuelto cabalmente, esto es, no se trataba casos *to the point*; por esta razón también constituyen precedentes en la materia. Sin embargo, su función primordial fue desarrollar y completar el derecho establecido en *Roe*, de ahí que se puedan considerar como casos "complementarios". Ahora bien, cabe destacar que no todos las decisiones posteriores a *Roe v. Wade* entran en esta categoría. Sin lugar a dudas, *Webster v. Reproductive Health Service*, decisión en la que el Tribunal transforma y redefine sustancialmente la doctrina constitucional gestada a partir de *Roe*, constituye también un *leading case* en materia de aborto, ya que, al igual que *Roe v. Wade*, resuelve y establece aspectos medulares con relación al derecho a abortar y modifica en áreas sustantivas el propio *holding* de *Roe*.

(*leading cases*) en el desarrollo de la doctrina y cuáles son complemento de aquéllas.¹⁰

Los juristas estadounidenses al agrupar un conjunto de decisiones buscarán en los *law reports* aquellas controversias que abordan una misma clase de conflictos. El orden de la secuencia tendrá que ver con las analogías y diferencias fácticas que los autores encuentran entre tales sentencias, así como con la selección de decisiones judiciales centrales y complementarias. A través de este proceso de sistematización, los juristas buscan, entre otras cosas, comprender cuál ha sido el derecho que ha regido una cuestión controvertida, cómo los tribunales han determinado el valor de precedente de sus decisiones y cómo se ha ido transformando el derecho de creación judicial a lo largo del tiempo.¹¹ Todo ello, evidentemente, les ayuda a realizar pronósticos sobre el probable resultado de futuros litigios. Dicho en otros términos, el jurista, al ordenar y entrelazar una secuencia de decisiones, busca entender el pasado para imaginar el futuro.

Ahora bien, este proceso de ordenar decisiones judiciales también tiene que tomar en cuenta las reglas con las que opera el *stare decisis* vertical y horizontal. En el caso de la doctrina constitucional, la fuerza vertical de

¹⁰ Cabe destacar que en el debate académico norteamericano la categoría de *leading case* no siempre se hace explícita, ni mucho menos se elabora una distinción minuciosa entre estos asuntos y aquellos que se pueden considerar casos "complementarios". Se puede sostener que esta distinción es algo que se da por sentado. No obstante, cuando se estudia el sistema de precedentes constitucionales, se puede apreciar inmediatamente que aquellas sentencias que se citan, comentan y analizan con más frecuencia y con mayor rigor son las que se consideran *leading cases*. En esta categoría se encuentran decisiones tan conocidas como *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137, 1803), *McCulloch v. Maryland* (17 U.S. 316, 1819), *Erie Railroad Co. v. Tompkins* (304 U.S. 64, 1937), *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 433, 1954), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), entre muchas otras. Es interesante observar que este tipo de casos continúa siendo materia de discusión y análisis por parte de los juristas americanos, a pesar de que varios de ellos fueron resueltos por el tribunal mucho tiempo atrás. Para un interesante análisis sobre algunos de los *leading cases* de la historia del Tribunal Supremo, véase *Quarrels That Have Shaped the Constitution* (Garry, 1987).

¹¹ En este sentido, Summers afirma: "American juristic commentators and courts regularly engage in the practice of synthesizing a group of related precedents. The practice of synthesis may reveal not only what was 'in' the various precedents from early on, though not explicitly set forth, but also how the case law has changed over time" (1997, p. 389).

los precedentes del Tribunal Supremo ha significado, en términos prácticos, que las líneas generales de desarrollo de dicha doctrina las establezca primordialmente dicho máximo tribunal. Por ello, no es de extrañar que el estudio sobre la doctrina constitucional vinculante y el debate académico en esta materia se centren fundamentalmente en el análisis de las sentencias de la Corte Suprema.

En cambio, en otras áreas del derecho federal con menor relevancia e impacto nacional, los tribunales intermedios son los principales responsables de configurar la doctrina vinculante al interior de cada circuito.¹² La Corte Suprema, como veremos, sólo puede atender un número limitado de asuntos al año, por lo que el ejercicio de su jurisdicción de apelación es selectiva y se concentra fundamentalmente en resolver asuntos especialmente significativos, entre las cuales, evidentemente, se encuentran las controversias constitucionales.

Sin embargo, a pesar de este papel preponderante que desempeña el Tribunal Supremo en la configuración de la doctrina constitucional vinculante, el proceso a través del cual define el derecho que ha de regir en esta materia es un proceso colectivo que involucra al resto de los tribunales. La colaboración y asistencia de los tribunales con jurisdicción de apelación, federales y estatales, a lo largo de este proceso, resulta indispensable para que la propia Corte Suprema pueda desempeñar cabalmente su papel de máximo intérprete de la Constitución. A continuación analizaremos *grosso modo* la dinámica del sistema de precedentes en el proceso de elaboración de la doctrina constitucional vinculante. No obstante, desde ahora cabe aclarar que las características generales de dicho proceso son similares en cualquier ámbito del derecho de creación judicial. Como ya señalamos, la doctrina constitucional se diferencia de la doctrina legal y de

¹² Según Estreicher y Sexton, el creciente número de asuntos que se ventila ante los tribunales federales ha hecho que el Tribunal Supremo sólo tenga la posibilidad fáctica de supervisar aproximadamente 1% del total de las reglas establecidas por los tribunales federales de apelación. De ahí que, existan áreas del derecho federal en las que la doctrina judicial vinculante la elaboran fundamentalmente los tribunales intermedios (1984, pp. 715-20.)

la *common law* en cuanto a su contenido y rango jerárquico, pero no en cuanto a los procesos formales que rigen la dinámica del *case law*.¹³

C. El proceso de formación de la doctrina constitucional vinculante

I. El proceso de *percolation* en los tribunales federales de apelación

En Estados Unidos prevalece la idea de que el derecho de creación judicial, en cualquiera de sus ámbitos (constitucional, legal y de *common law*), se crea a través de la confrontación de los distintos puntos de vista y soluciones jurídicas que pueden existir respecto de un mismo problema. Detrás de este proceso de discusión descansa la premisa de que, finalmente, el derecho de creación judicial, para que cuente con la legitimidad social que requiere, debe configurarse a través de un amplio debate, en el cual los jueces ponen a prueba distintas soluciones e intentan persuadir a los otros tribunales y al auditorio jurídico de la idoneidad, en términos jurídicos y pragmáticos, de éstas. Así, las opiniones judiciales en sentido diverso y la dialéctica de posturas ideológicas judiciales contrapuestas, articuladas y ordenadas a partir de las reglas que rigen la dinámica del sistema de precedentes, constituyen el mecanismo para que los tribunales puedan proveer al sistema de reglas generales que sean percibidas por el auditorio jurídico y la sociedad como justas y razonables.¹⁴

Esta confrontación entre distintas soluciones jurídicas comienza desde el momento en que cada una de las partes en conflicto plantea su estra-

¹³ Al respecto Sunstein señala: "There is little difference between law in the ordinary sense- as understood in the common law and in many cases of statutory construction-and constitutional law [...]. The sources of legal argument are in both cases the same, broadly speaking. The principal difference is that institutional constraints make the Supreme Court quite reluctant to invalidate legislative and executive decisions, and properly so" (1989, p. 95).

¹⁴ Como hemos destacado, la aceptación social de la doctrina vinculante es determinante para que el derecho de creación judicial se consolide y sea estable. De ahí que, en el sistema judicial americano, exista la necesidad de que los jueces, en el proceso de elaboración de una nueva línea de decisión, pongan a prueba distintas soluciones y evalúen cuál de ellas es la que mejor responde a los valores en conflicto y a las demandas de la sociedad.

tegia de defensa en un caso que presenta cuestiones jurídicas novedosas e inexploradas por los tribunales (*cases of first impression* o casos de primera impresión).¹⁵ Este tipo de asuntos entra en lo que hemos denominado una "zona de penumbra jurídica" que, como tal, obliga al juez a crear el derecho del caso y no sólo a aplicar el ya existente. En los asuntos de primera impresión, los abogados litigantes asumen que no existe un precedente que sea autoridad para el caso planteado, ni una decisión judicial que por lo menos plantee las directrices generales que ha de seguir el desarrollo de la doctrina en la materia. También asumen que, a pesar de ello, el juez configurará una regla de decisión que pueda insertarse armónicamente en el sistema de precedentes. Esto es, aunque se trate de un caso novedoso, la sentencia no podrá estar al margen ni separada por completo de la experiencia judicial previa.¹⁶

¹⁵ La categoría "caso de primera impresión" no es tan clara y evidente como aparenta. En estricta técnica jurídica, se puede sostener que cada vez que un juez decide extender por analogía la regla del precedente que le vincula al caso que resuelve, estaría ante un caso de primera impresión, ya que el razonamiento analógico, sea desde la perspectiva maximalista o la minimalista, se utiliza precisamente cuando la regla no comprende el nuevo caso que el juez tiene enfrente. Sin embargo, en este apartado estamos analizando el proceso por el que se da inicio a una nueva línea de decisión, por lo que un caso de primera impresión, en el sentido en que estamos haciendo referencia, es un asunto completamente novedoso, una cuestión nunca antes resuelta por algún tribunal, por lo que no existe un precedente que al menos marque las directrices de desarrollo de la doctrina vinculante. Por ejemplo, *Roe v. Wade* fue un caso de primera impresión, en cuanto que fue la primera vez que el Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión del aborto; los casos que siguieron a ese precedente que cuestionaban la constitucionalidad de los requisitos procesales que las leyes de los estados establecían para practicar un aborto fueron asuntos que desarrollaron la doctrina constitucional en materia de aborto y que, como tales, son una continuación del precedente establecido en *Roe*. Para efectos de este trabajo, creemos importante distinguir entre una cuestión absolutamente novedosa —como lo fue la del aborto en su momento— y cuestiones que muestran otros aspectos problemáticos de ésta, como fueron todas las decisiones posteriores a *Roe*, incluyendo aquellas que modificaron el propio *holding* de *Roe*.

¹⁶ Una forma de corroborar esta afirmación es simplemente revisando las sentencias de los tribunales estadounidenses. No existe ninguna decisión judicial que no cite y se fundamente en algún precedente para motivar la solución alcanzada. Por ejemplo, y volviendo a *Roe v. Wade*, aunque este asunto, como señalamos, fue un caso de primera impresión, el tribunal fundamenta su sentencia en decisiones habían versado sobre cuestiones que afectaban el ámbito de privacidad de las personas, tales como las leyes que proscibían el uso de métodos anticonceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965), las leyes que impedían contraer matrimonio con la persona que se elija sin importar su raza (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 1967) o las leyes que impedían a los padres inscribir a sus hijos en una escuela privada (*Price v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 1925). Estos son algunos de los precedentes que el tribunal citó en *Roe v. Wade* para apoyar la protección constitucional del derecho a abortar, intentando demostrar que tal derecho formaba parte de las líneas generales de decisión de otras sentencias y que, por tanto, su decisión podía insertarse adecuadamente en el sistema de precedentes.

De ahí que cada una de las partes en conflicto defienda una posible solución, distinta de la de su adversario, que sirva al juez para crear el derecho del caso en armonía con el *case law* y, al mismo tiempo, le permita ganar el juicio. Para tal efecto, los abogados litigantes pondrán de manifiesto analogías relevantes entre el asunto que defienden y aquellas decisiones previas que, sin ser autoridad en el litigio, pueden servir al juez como punto de referencia para crear el derecho del caso. Sin duda, la perspicacia y sagacidad de los abogados para encontrar similitudes entre casos que abordan cuestiones jurídicas distintas a las que defienden resulta determinante para ganar este tipo de litigios y para que el auditorio jurídico colabore y participe, de algún modo, en el proceso de formulación de la doctrina que va a regir, en el futuro, otros conflictos similares o análogos.¹⁷

Además, ante el abanico de diversas alternativas de solución que existen en un caso de primera impresión, es especialmente importante que los

¹⁷ Por lo general, los abogados litigantes, en casos de primera impresión, tienen un abanico de posibles decisiones judiciales previas a las que hacer referencia para que el juez resuelva el caso que defienden. Por ejemplo, Sunstein sostiene que los litigios constitucionales con relación al controvertido "derecho a la privacidad", tales como *Griswold v. Connecticut* (anticonceptivos), *Roe v. Wade* (aborto) y *Bowers v. Hardwick* (sodomía), no deberían haberse planteado como un problema del "debido proceso legal", sino como una cuestión de igualdad. Para ello, los abogados litigantes tenían que haber argumentado la analogía de estas controversias con las decisiones constitucionales en las que el Tribunal Supremo había abordado problemas de discriminación. Para el autor, está claro que las leyes que proscriben el uso de anticonceptivos o prohíben el aborto son leyes que discriminan a las mujeres, pues, a fin de cuentas, son ellas, y no los hombres, las que tienen que asumir los costos y problemas de una gestación no planeada o no deseada. En el caso de las leyes que penalizaban la práctica de la sodomía, según el autor, son leyes que discriminan a la población homosexual (1989, pp. 91-94). Lo relevante es que, finalmente, todos estos casos podrían haberse argumentado a partir de la doctrina constitucional en materia de igualdad y no, como sucedió, a partir de la doctrina del debido proceso legal sustantivo. En este sentido, la elección de los precedentes que invoquen las partes para elaborar su estrategia de defensa es una elección que tiene un impacto importante en el proceso de elaboración de la doctrina que va a regir, en el futuro, conflictos similares o análogos. De ahí que Levi sostenga: "What does the law forum require? It requires the presentation of competing examples. The forum protects the parties and the community by making sure that the competing analogies are before the court. [...] In this sense the parties as well as the court participate in the law-making. In this sense, also, lawyers represent more than the litigants. Reasoning by example in law is the key to many things. It indicates in part the hold which the law process has over the litigants. They participated in the law-making. They are bound by something they helped to make. Moreover, the examples or analogies urged by the parties bring into the law the common ideas of the society" (1949, p. 5).

abogados se esfuercen por persuadir al juez de que la solución que proponen no sólo es congruente con las líneas generales de decisión de otras sentencias, sino que además es la que mejor responde a los valores en conflicto y la que tendrá mayores consecuencias favorables en términos sociales, políticos o económicos. Como señalaron los juristas pragmático-instrumentales, la elección del juez por una de las posibles soluciones jurídicas se apoya, en mayor o menor medida, en juicios de valor relativos a las ventajas sociales de la solución propuesta. De ahí que, en la contienda judicial, las partes también elaboren argumentos pragmáticos y extranormativos para convencer al juez de que la solución que defienden es mejor que la que sugiere su adversario.¹⁸

En todo caso, el juez ha de elegir una de las distintas alternativas de solución planteadas. Su elección estará limitada por esos *authoritative sources* (Constitución, ley o precedentes) invocados por las partes y los que el propio juez considere aplicables. Está claro que en este tipo de asuntos la libertad del juez para elegir y construir la regla de decisión es mucho mayor que cuando existen precedentes que abordan algún aspecto de la cuestión jurídica planteada.¹⁹

¹⁸ Como hemos puesto de manifiesto, la creación judicial de derecho siempre tiene como telón de fondo la idea de que los tribunales tienen que lograr que el derecho sea funcional y responda a las demandas sociales y valores éticos de la comunidad. Por lo tanto, la regla de decisión siempre será una amalgama entre *doctrinal* y *social propositions*.

¹⁹ Es claro que cuantas más decisiones existen en torno a una misma cuestión constitucional o legal, menor será el margen de discrecionalidad y libertad de los tribunales para optar por una u otra solución —para continuar con la trama de la novela, diría Dworkin—, al punto de que cuando existen varias sentencias que ha abordado distintos aspectos de la misma cuestión, un buen número de casos estarán claramente controlados por la doctrina judicial vinculante y, por tanto, quedarán resueltos en forma definitiva por los jueces de primera instancia. Con relación a esta idea, y comentando precisamente la teoría de Dworkin al respecto, Schelly sostiene: "The image of a chain suggests for Dworkin not merely a sequence, but a progress. Judicial or literary choices are never merely mechanical even at the end of a long string of cases or chapters. But there will be fewer possible reasonable conclusions as a body of legal doctrine or a work of literature develops. Calculating the best resolution of a legal issue or a novel becomes easier as precedent accumulates and issues are tested and retested. In this way, increasingly, the constraints of local context enable the conscientious judge or author to arrive at the right answer" (1985, p. 159). No obstante, no hay que olvidar que, en el ámbito de *stare decisis* horizontal, siempre existe la posibilidad de transformar la propia doctrina o inclusive de revocarla, por lo que, a pesar de que exista una serie de decisiones, la libertad del tribunal para optar por otra solución y romper de alguna forma con la secuencia de decisiones nunca desaparece por completo. Ello lo estudiaremos más adelante.

Con independencia de cómo resuelve el caso el juez de primera instancia, en términos de la doctrina vinculante lo relevante es lo que sucede en los tribunales de apelación y en la Corte Suprema. Como ya destacamos, dada la fuerza imperativa del principio de *stare decisis* vertical, los jueces de primera instancia no desempeñan la función de proveer reglas generales.

En principio, para que un caso de primera impresión dé lugar a una nueva línea de decisión, es preciso que existan otros litigios, en los diversos circuitos judiciales, que planteen cuestiones similares o análogas a las de ese caso y que tales asuntos sean revisados por los tribunales de apelación.²⁰

La elaboración de la doctrina judicial vinculante en el ámbito de los tribunales intermedios comienza por lo que se conoce como proceso de *percolation*.²¹ Esto es, cada tribunal federal de apelación, a la luz de las distintas controversias jurídicas que plantean diversas aristas y problemas que existen en torno a una misma cuestión jurídica, elaborará distintas reglas de decisión y las confrontará con aquellas que establecen los otros tribunales de su mismo nivel jerárquico.²² Este debate jurídico entre tribunales intermedios se da bajo la premisa de que el principio de *stare decisis* no opera entre los órganos jurisdiccionales de distintos circuitos judiciales. Por tanto, cada tribunal federal de apelación podrá configurar las reglas de decisión que mejor le parezcan. Ello hace que, en la "arena judicial", comiencen a existir distintas aproximaciones y

²⁰ Cabe recordar que dada la concurrencia que generalmente existe entre la jurisdicción de los tribunales federales y estatales en asuntos que plantean cuestiones de derecho federal, el proceso a través del cual se elabora la doctrina vinculante también involucra a los tribunales superiores de los estados. Sin embargo, como ya señalamos, nuestro estudio se circunscribe a los tribunales de la jurisdicción federal.

²¹ El término *percolation* es de difícil e imprecisa traducción, por lo que utilizaremos la palabra en inglés. No obstante, como veremos, los juristas estadounidenses lo utilizan para hacer referencia al proceso de experimentación de distintas soluciones y reglas de decisión que se lleva a cabo en los tribunales de distintas jurisdicciones.

²² Hellman hace la analogía entre las características del procedimiento judicial y el proceso de *percolation*: así como en un juicio la "verdad jurídica" surge a partir de la confrontación entre dos posiciones contrapuestas, la doctrina vinculante surge de la discrepancia entre los tribunales federales de apelación respecto del derecho que ha de regir una misma cuestión jurídica (1983, p. 37).

puntos de vista respecto del derecho que ha de regir un mismo problema jurídico.²³

En este proceso es común que los tribunales federales de apelación observen, critiquen y evalúen la actuación de los otros tribunales de su mismo nivel jerárquico, a efecto de formar su juicio respecto de cuál ha de ser el derecho que rija al interior de su circuito. Se estima que la discrepancia entre tribunales federales de apelación, cuando se trata de las primeras fases de desarrollo de la doctrina vinculante, enriquece el proceso de formación del derecho de creación judicial. Como sostiene Posner, cuando existen posiciones enfrentadas entre dos tribunales intermedios, los demás órganos jurisdiccionales se benefician de dicha confrontación, ya que, durante la fase de *percolation*, los tribunales son "laboratorios de experimentación judicial".²⁴ Las posiciones contrapuestas, a fin de cuentas, proporcionan a los jueces de circuito pautas para evaluar y decidir cuál es el derecho de creación judicial mejor funciona en términos jurídicos y pragmáticos.²⁵

²³ Según Summers y Atiyah, una de las diferencias más notorias entre la práctica judicial de los tribunales con jurisdicción de apelación en Inglaterra y en Estados Unidos es que, mientras los ingleses frecuentemente siguen los precedentes (persuasivos) de otras jurisdicciones, en Estados Unidos, en cambio, es menos habitual que ello suceda, sobre todo durante las primeras fases de desarrollo de la doctrina vinculante. Los autores estiman que esto se explica por las diferentes aproximaciones al mundo del derecho que prevalecen en los dos países (1987, p. 127). Esta afirmación se corrobora en el ensayo del profesor inglés Bronaugh (1987, pp. 217 y ss.), en donde precisamente sostiene que en Inglaterra el principio de justicia básico del sistema de precedentes (dar un trato igual a los iguales) inhibe al juez de apartarse de los precedentes establecidos por tribunales de otras jurisdicciones y que, por tanto, la distinción en ese país entre precedentes persuasivos y vinculantes no opera, en la práctica judicial, de modo muy riguroso. Sin embargo, el hecho de que en Estados Unidos los tribunales de apelación se muestren menos persuadidos a seguir precedentes de otras jurisdicciones que los tribunales ingleses, no significa que nunca lo hagan, sino que se sienten con mayor libertad para proponer una solución distinta de la que sostienen otros tribunales de su mismo nivel jerárquico. Al respecto, véase Marcus (1984, p. 687, nota 64).

²⁴ Textualmente Posner sostiene: "Although the federal courts of appeals do not compete directly with each other more than the state courts do, they compete indirectly by providing varied responses to common problems. If two circuits disagree on question, other circuits benefit from clash of views. The circuits as well as the states are laboratories for judicial experimentation, and judicial monopoly of a field of federal law eliminates competition in that field" (1985, p. 156).

²⁵ Para un interesante análisis acerca de las ventajas del proceso de *percolation* se puede ver Estreicher y Sexton (1984, pp. 716-25).

Cabe destacar que el proceso de *percolation* no significa un caos en el sistema de *case law*, ya que en el ámbito geográfico de cada circuito la doctrina se elabora con un tribunal de apelación a la cabeza; por lo tanto, desde el momento en que dicho tribunal establece el primer precedente de una nueva línea de decisión, los tribunales inferiores quedan vinculados verticalmente al él, que, si bien no clarifica por completo la cuestión de derecho novedosa, sí marca las directrices generales que los jueces inferiores han de seguir para que, conjuntamente, vayan definiendo los contornos normativos y el contenido de la nueva doctrina.²⁶

En cambio, durante esta fase de experimentación, el principio de *stare decisis* horizontal, esto es, el modo como los tribunales de apelación se autovinulan a sus propios precedentes, generalmente opera con flexibilidad y dinamismo. Dicha flexibilidad permite que los propios tribunales, a partir de confrontar y evaluar varias posibles soluciones, logren ajustar y uniformar, por sí mismos, los criterios de decisión entre todos los circuitos judiciales, sin que para tal efecto tenga que intervenir el Tribunal Supremo.²⁷

²⁶ En este sentido, mientras que los conflictos de precedentes entre circuitos en alguna medida tienen beneficios para el desarrollo del derecho federal, los conflictos de precedentes al interior de un circuito, esto es, entre los distintos *panels* de un mismo tribunal federal de apelación, distorsionan la propia dinámica del sistema de *case law*. Para que el proceso de *percolation* no haga que el *case law* sea absolutamente impredecible y caótico, se requiere que al interior de cada circuito los jueces de primera instancia se vinculen verticalmente a los precedentes del tribunal federal de apelación respectivo. Al respecto, véase Stevens (1982, p. 183).

²⁷ Las ventajas del proceso de *percolation* como posible forma en que los propios tribunales federales de apelación resuelvan por sí mismo los conflictos entre decisiones es una cuestión discutida. Así, por ejemplo, Wallace sostiene: "I suspect that even delay *after* the development of a conflict may have its own jurisprudential and practical advantages. The delay may provide a minority circuit with an opportunity to reexamine, and perhaps change, its decision as the weight of authority among the circuits becomes more clear [...] delay itself is an accepted consequence of our case-by-case system of lawmaking adjudication" (1983, p. 927).

En contraposición, Thompson sostiene: "Temporary conflict is desirable because it permits exploration for the most effective interpretation of the federal law. However, when weighted against the substantial disadvantages of conflicts—the sense of injustice caused by different interpretation of ideally uniform federal law, the advantage given to litigants able to forum shop, and the uncertainty and unpredictability engendered in circuits which have not yet ruled on the issues—it is apparent that persistent conflicts will rarely be advantageous" (1984, pp. 468-469).

En suma, a través del proceso de *percolation* se busca que la doctrina judicial sea el producto de la discusión y comunicación entre los diversos órganos jurisdiccionales. Algunas de estas decisiones tendrán el carácter de precedentes vinculantes para el juez que resuelve, otras, en cambio, simplemente le mostrarán pautas y posibles soluciones para el caso concreto que puede seguir o rechazar, pero, finalmente, todas ellas aportan nuevos y distintos puntos de vista a ese proceso dinámico que es el de desarrollar el derecho a partir de su aplicación.²⁸

Ahora bien, este dinamismo que caracteriza el desarrollo de una nueva doctrina requiere, necesariamente, de un órgano superior capaz de ordenar y corregir los errores y fracturas que potencialmente pueden existir a lo largo de dicho proceso. El papel que está llamado a desempeñar el Tribunal Supremo en el sistema de impartición de justicia norteamericano, como veremos, tiene que ver fundamentalmente con la delicada tarea de controlar el desarrollo y contenido de la doctrina judicial vinculante elaborada por los tribunales intermedios y de resolver los conflictos entre precedentes de jurisdicciones distintas. La superioridad jerárquica de los precedentes del Tribunal Supremo, tanto con relación a los precedentes de los tribunales federales de apelación, como a los de los tribunales superiores de los estados cuando éstos deciden cuestiones de derecho federal, hace que sus decisiones tengan efectos jurídicos en todo el sistema de justicia estadounidense y que, por tanto, sean las únicas capaces de uniformar la doctrina judicial en todo el país. De ahí la enorme autoridad y responsabilidad del Tribunal Supremo en el proceso de creación y ordenación del *case law* federal.

²⁸ Posner ha destacado esta naturaleza colectiva en la que los tribunales estadounidenses desarrollan el derecho en los siguientes términos: "The system of *stare decisis*, [...] reveals another facet of the collegial nature of the judicial process. The appellate judge not only operates in a collegial body, but every judge, trial and appellate, is a member of a community of judges, the predecessors and successors of the current judges, as well as the current judges themselves. Judicial decision making is collective in a profound sense, and the importance on institutional values in such a setting should be self-evident" (1985, p. 258).

II. El papel del Tribunal Supremo en el desarrollo de la doctrina constitucional vinculante

1. Características generales de la política del tribunal en materia de *certiorari*

El ejercicio de la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo, como hemos señalado, es fundamentalmente discrecional. A través del *writ of certiorari*, la Corte elige con gran libertad el tipo de asuntos que requiere su atención. Con dicha elección decide si participa o no en el proceso de elaboración de la doctrina judicial vinculante.²⁹ La capacidad fáctica que tiene el tribunal para atender un número limitado de asuntos al año hace que no pueda pronunciarse sobre todas las cuestiones de derecho federal que se discuten en los tribunales federales y estatales. Por consiguiente, la elaboración de la doctrina judicial, en varias áreas del derecho federal, ha quedado en manos de los tribunales intermedios. En cambio, en otras áreas del derecho, como es el caso de la doctrina constitucional, el Tribunal Supremo ha asumido un liderazgo incuestionable.

Vista en forma retrospectiva la política del Tribunal Supremo para conceder o no el *certiorari*, los juristas estadounidenses parecen coincidir en que la importancia e impacto nacional de la cuestión controvertida son factores primordiales para pronosticar la intervención del tribunal en el proceso de formación de la doctrina. Asimismo, también coinciden en que el tribunal, por lo general, antes de pronunciarse sobre cualquier cuestión constitucional o legal relevante, espera a que tenga lugar el proceso de *percolation* en los tribunales intermedios, de tal modo que, al momento de tomar su decisión, puede contar con una adecuada perspectiva del problema y evaluar los efectos jurídicos y sociales que han tenido las

²⁹ El ensayo de Ahumada (1994, pp. 89 y ss.) analiza con mucha claridad la regulación y el procedimiento para el acceso a la apelación ante el Tribunal Supremo norteamericano a través del *writ of certiorari*, así como los diversos factores que pueden llevar a ese tribunal a garantizar el *writ* y revisar un caso concreto. Asimismo, el libro de Stern, Gressman y Shapiro (1986, pp. 188-253) contiene un análisis sistemático y detallado sobre esta cuestión.

distintas reglas de decisión elaboradas por los otros tribunales. Ello explica que la existencia de un conflicto entre decisiones de los tribunales de apelación,³⁰ producto precisamente de esa fase de experimentación judicial entre circuitos, sea un factor importante para anticipar el momento en que es factible que el Tribunal Supremo intervenga en el proceso de elaboración de la doctrina judicial.³¹

Así, también en relación con el máximo tribunal se puede observar que el derecho de creación judicial se configura a partir de la confrontación entre distintas soluciones. En este caso, el tribunal establecerá una regla vinculante en todo el sistema de justicia a partir del análisis y evaluación de las distintas soluciones propuestas por los tribunales intermedios. La Corte Suprema puede elegir una de dichas soluciones, o bien puede optar por otra distinta. Lo relevante, en cualquier caso, es que el Tribunal Supremo

³⁰ Cabe destacar que los conflictos entre decisiones de los tribunales intermedios también comprenden a los tribunales superiores de los estados. Sin embargo, este trabajo de investigación, como ya se mencionó, se limita al estudio de la dinámica de los precedentes constitucionales en el ámbito de los tribunales con jurisdicción federal. Por ello, quedan fuera del objeto de estudio los conflictos entre algún tribunal federal y uno estatal o entre dos tribunales superiores de distintos estados que deciden cuestiones federales. No obstante, este tipo de conflictos también son solucionados por el Tribunal Supremo y los efectos de su sentencia son los mismos que los que aquí analizaremos para el caso de conflictos entre decisiones de dos tribunales federales de apelación.

³¹ A partir de un análisis retrospectivo de los asuntos que elige y resuelve el Tribunal Supremo, los juristas coinciden en que básicamente ha desempeñado dos funciones dentro del sistema de impar-tición de justicia: 1) la de establecer las directrices generales en el desarrollo del derecho federal en cuestiones de importancia nacional y 2) la de garantizar la uniformidad del derecho federal a través de resolver los conflictos de precedentes entre los tribunales con jurisdicción de apelación, federales o estatales que abordan cuestiones de carácter federal. Ambas funciones están de algún modo relacionadas, ya que la Corte, para resolver una cuestión de importancia nacional, generalmente se espera a que exista algún conflicto entre decisiones de los tribunales intermedios producto del proceso de *percolation* y, por otro, para resolver tal conflicto la cuestión controvertida debe ser relevante, pues, como veremos, el tribunal no tiene posibilidad fáctica de solucionar toda esta clase de conflictos. Si se analiza la Rule 10 de las Reglas del Tribunal Supremo, la cual establece algunos criterios generales que el Tribunal Supremo llaga a considerar como relevantes para garantizar el *certiorari*, se puede apreciar claramente que estas dos cuestiones —la uniformidad en el derecho y la importancia nacional de la cuestión a resolver— sirven como parámetro general para determinar si un asunto será merecedor o no de la atención del Tribunal Supremo. En este sentido, se pueden ver Thompson (1984, pp. 465-66) y Freund (1974, pp. 1301-1303). Cabe destacar, no obstante, que, como indica Ahumada, la Regla 10 señala "una serie de criterios o razones que tienen peso a la hora de concesión de *certiorari*", sin embargo, tales criterios, "1º, no limitan ni condicionan la discrecionalidad del Tribunal; 2º, su presencia en su caso no garantiza que el *certiorari* vaya a ser concedido, y 3º, aunque sea desalentador, su ausencia *a priori* no condena el caso a la denegación del *certiorari* (éstos son, no obstante, excepción de la excepción)" (1994, p. 119).

por lo general ejerce su poder normador cuando el asunto está "maduro" jurídicamente, es decir, cuando puede evaluar el grado de controvertibilidad de la cuestión a partir de los efectos jurídicos, políticos y sociales de las diferentes reglas de decisión elaboradas por los tribunales intermedios. La experiencia de tales tribunales permitirá a la Corte elegir el momento político adecuado para resolver un asunto, así como definir las características particulares que debe tener su sentencia (maximalista o minimalista, reglas o estándares, entre otras).³²

Ahora bien, la existencia de un conflicto entre decisiones de los tribunales intermedios, por sí mismo, no garantiza de ninguna forma la intervención del Tribunal Supremo en el proceso de formación de la doctrina judicial vinculante. Su abrumadora carga de trabajo, aunada a la delicada tarea que se le ha encomendado —ser arbitrio final y definitivo de las cuestiones constitucionales y de derecho federal— han impedido que en la práctica pueda resolver toda clase de conflictos entre decisiones de dichos tribunales.³³

³² Varios juristas estadounidenses estiman que el proceso de *percolation* es fundamental para que la Corte Suprema pueda configurar correctamente el derecho que ha de regir una cuestión constitucional controvertida. De hecho, una de las críticas más importantes respecto de la sentencia de *Roe v. Wade* ha sido, precisamente, que el tribunal decidió pronunciarse sobre la cuestión del aborto sin esperar a que tuviese lugar el proceso de experimentación en los tribunales inferiores. Esto es, su sentencia fue prematura, lo cual le impidió tener una adecuada perspectiva de la complejidad política y social del asunto. Al respecto, se puede ver, entre otros, Morgan (1979, pp. 1726 y ss.).

³³ En la década de 1950 los juristas y los abogados litigantes tenían la expectativa de que el Tribunal Supremo siempre, tarde o temprano, terminaría resolviendo los conflictos entre las decisiones de los tribunales de apelación, sin importar la relevancia jurídica del conflicto. Sin embargo, ello resultó un mito que no dejó de causar sorpresa y críticas por parte del sector académico. (Al respecto, véanse Stren [1953, pp. 465 y ss.]; Harper y Leibowitz [1954, pp. 442-445]). En la década de 1970, el problema de la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo, y la consecuente imposibilidad fáctica de éste para resolver todos los conflictos entre decisiones de los tribunales de apelación, dieron lugar a dos importantes estudios auspiciados por el Federal Judicial Center de la Corte Suprema. Tanto la denominada Freund Committee, como la Hruska Commission concluyen que el número de asuntos que llegaban al Tribunal Supremo por la vía del *certiorari* ya había alcanzado el punto de saturación y que, por tanto, era necesario crear un Tribunal Nacional de Apelación (National Court of Appeals), entre cuyas funciones se preveía, precisamente, la de resolver los conflictos entre las decisiones de los tribunales de apelación. (Ambas propuestas se diferencian en algunos aspectos; respecto la Freund Committee se puede ver Freund [1974, pp. 1301 y ss.], y para un análisis breve y descriptivo de la segunda propuesta véase Owens [1976, pp. 580 y ss.]). Este tribunal nacional de apelación nunca se creó y en parte se debió a la abierta oposición que mostraron algunos de los *justices* del tribunal supremo (Black, [1974, pp. 883 y ss.]; Brennan [1973, pp. 473 y ss.], y Warren [1974, pp. 221 y

De ahí que se estime que existen determinados conflictos "tolerables", los cuales no requieren de una solución por parte del Tribunal Supremo.³⁴ Entran en esta categoría aquellas cuestiones en las que se considera que cierto grado de discrepancia entre los tribunales federales de apelación permite adaptar la aplicación del derecho federal a las necesidades y diferencias de las distintas regiones geográficas del vasto territorio de la Unión Americana y, por tanto, ello compensa la falta de uniformidad del derecho federal.³⁵ Asimismo, cuando la cuestión jurídica no tiene una especial incidencia o relevancia en el derecho federal, el conflicto entre circuitos es tolerable.³⁶ De igual forma, en la primera fase de desarrollo de la doctrina vinculante, durante el proceso de *percolation*, los conflictos entre circuitos generalmente son tolerables, ya que el tribunal estima que en la medida en que la doctrina judicial se clarifique es posible que los propios tribunales de apelación resuelvan por sí mismos sus discrepancias.³⁷

Sin embargo, cuando una cuestión de derecho ya ha sido evaluada y definida por diversos tribunales federales de apelación y el proceso de *percolation* no ha uniformado el derecho federal, el conflicto entre decisiones de dichos tribunales puede resultar "intolerable". Así, por ejemplo, cuando tal divergencia y desigualdad en el derecho de creación judicial

ss.]). Hoy en día la carga de trabajo del Tribunal Supremo sigue en aumento y el número de asuntos que admite a través del *certiorari* sigue siendo en promedio 200 al año, lo que hace que dicho órgano jurisdiccional simplemente no pueda resolver cuanto conflicto entre decisiones de los tribunales de apelación se le presente.

³⁴ En general, para un análisis de cuándo se considera un conflicto entre circuitos "tolerable", véase Ahumada (1994, pp. 122-123).

³⁵ "The existence of differing rules of law in different sections of our great country is not always an intolerable evil" (Stevens, 1982, p. 183.) "The very diversity of our vast country, with many regional differences and local needs, logically supports a flexible system that can benefit, when appropriate, from federal law which takes account of these regional variations (e.g., in fields such as water rights" (Wallace, 1983, p. 930.) Para una visión crítica de la postura de la diversidad regional como justificación de la no uniformidad de la aplicación del derecho federal véase Thompson (1984, 466-468).

³⁶ En general se acepta que la importancia de la cuestión de derecho, en sí misma, es un criterio importante para saber si el conflicto merece o no ser resuelto por el Tribunal Supremo. El problema radica precisamente en determinar qué significa una "cuestión importante". Así, por ejemplo, Sturley considera que el tribunal está resolviendo conflictos "tolerables" y está dejando de resolver otros en los que la uniformidad en la aplicación del derecho federal es extremadamente relevante (1989, pp. 1251 y ss.).

³⁷ Al respecto véase, entre otros, Wallace (1983, p. 927).

propicia el denominado *forum shopping*, esto es, que las partes litigantes elijan el foro en donde presentar su demanda con base en los precedentes que les benefician, los autores coinciden en que es necesario que el Tribunal Supremo uniforme los criterios de decisión de los tribunales de apelación. Del mismo modo, cuando se trata de un *multi-circuit actor*, esto es, una persona jurídica cuya actividad se desarrolla en todo el país o, por los menos, en distintas áreas geográficas (por ejemplo, las grandes compañías o corporaciones), la falta de uniformidad entre en el derecho de los circuitos judiciales puede hacer materialmente imposible que su conducta se ajuste a los distintos regímenes legales y, por tanto, los conflictos entre decisiones de los tribunales federales de apelación entrarán en la categoría de intolerables. Por último, también constituyen conflictos intolerables determinados asuntos cuya relevancia e impacto nacional hacen que la uniformidad en la doctrina judicial vinculante sea una necesidad y no sólo una cuestión deseable, tal es el caso, por ejemplo, de las cuestiones constitucionales.³⁸

Lo dicho hasta ahora no excluye que el Tribunal Supremo se sienta compelido a resolver la cuestión, sin esperar a que se lleve a cabo el proceso de *percolation* en los distintos circuitos judiciales y sin que existan, por tanto, conflictos entre las decisiones de los tribunales intermedios. Por ejemplo, en aquellos casos en los que algún tribunal de apelación, estatal o federal, estima la inconstitucionalidad de una ley o da una interpretación forzada de los preceptos legales para evitar su inconstitucionalidad, generalmente son asuntos que el Tribunal Supremo resolverá de forma prematura, esto es, sin contar con un abanico de decisiones de los tribunales inferiores que aborden el mismo problema. En este tipo de asuntos, es posible que su decisión suscite más interrogantes que respuestas y que, por tanto, se requieran varias decisiones posteriores, tanto por parte

³⁸ Sobre cuáles son los conflictos entre tribunales de apelación que se consideran intolerables, véase Ahumada (1994, pp. 123-124); Wallace (1983, pp. 929-932); Estreicher y Sexton (1984, 722-725); Sturley (1989, p. 1251-1256).

de los tribunales intermedios como del propio Tribunal Supremo, que resuelvan los problemas no previstos por ese fallo prematuro.³⁹

Ahora bien, con independencia de cuáles son las cuestiones que generalmente resuelve el tribunal y cuándo decide que es el momento oportuno de hacerlo, lo relevante, en términos del proceso de elaboración de la doctrina, es determinar las consecuencias que tiene, en la dinámica del *case law*, un precedente del máximo tribunal.

2. La fuerza vinculante vertical de los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo

En primer término, en virtud del principio de *stare decisis* vertical, una sentencia del Tribunal Supremo establece una regla que uniforma la aplicación del derecho federal. No obstante, como ya fue analizado en el capítulo anterior, el supuesto de hecho de la regla de un precedente no se puede conocer *a priori* de sus futuras aplicaciones. Ello hace que la uniformidad del derecho federal, producto de una sentencia del Tribunal, se inserte en el complejo ámbito de la dinámica del *case law*. Desde esta perspectiva, una decisión del máximo tribunal, más que establecer *a priori* una "unidad de solución correcta" para un supuesto de hecho predeterminado, marca una directriz general que deben tomar en cuenta todos los tribunales al momento de resolver asuntos que tengan relación con la cuestión que aborda el tribunal en su sentencia. Con la decisión quedan descartadas otras posibles líneas de desarrollo de la doctrina y en este sentido se puede decir que "uniforma" el derecho federal.

Sin embargo, será tarea de los tribunales inferiores, particularmente de aquellos con jurisdicción de apelación, ir determinando qué hace ser a

³⁹ Sobre los problemas que existen cuando la decisión del Tribunal Supremo es prematura, véase Hellman (1983, p. 37). Por otra parte, cabe destacar que, los casos en los que el tribunal se ve compelido a resolver la cuestión de forma prematura, sin esperar a que existe el proceso de *precoletion*, es mejor la opción por una decisión de tipo minimalista, ya que, como analizamos en el capítulo anterior, ello permite que los tribunales inferiores vayan definiendo y ajustando el contenido de la regla caso-por-caso.

dos casos iguales o diferentes, cuál es el nivel de generalidad de la regla que establece el precedente de la Corte Suprema y cómo ajustar el contenido sus propias reglas de decisión para que no menoscaben la fuerza vinculante de la sentencia del tribunal. Pero además, y quizá lo más importante, los tribunales con jurisdicción de apelación deberán continuar urdiendo la trama del *case law*, de tal modo que sus decisiones prosigan el desarrollo de la doctrina en congruencia con la línea de decisión que marcó el máximo tribunal con su sentencia.

En este sentido, un precedente del Tribunal Supremo establece un punto de partida uniforme para que el resto de los tribunales continúen desarrollando la doctrina constitucional o legal en la materia; sin duda, como hemos destacado, su opción de una decisión maximalista o una minimalista reduce o amplía el ámbito de actuación de los tribunales inferiores en el desarrollo de la doctrina vinculante. Sin embargo, para los juristas norteamericanos está claro que ninguna sentencia de la Corte Suprema (sea maximalista o minimalista), por sí sola, puede resolver todos los problemas que encierra una cuestión controvertida. Por tanto, los tribunales federales de apelación, a partir de los distintos conflictos de intereses y tomando en cuenta la directriz general que marcó el propio tribunal, tendrán que ir desarrollando el derecho que ha de regir en cada circuito judicial los diversos aspectos problemáticos e inciertos que esconde dicha cuestión.⁴⁰

El aspecto más relevante, en términos del *stare decisis* vertical, es que cuando el Tribunal Supremo establece un precedente se encargará de vigilar que

⁴⁰ En este sentido, Schauer sostiene: "A thorough search of both the lower court cases and the imaginations of the Justices might still omit some case that will arise despite a total inability to predict that that will happen. Indeed, is not just a matter of 'might', for the phenomenon of open texture, is an inevitable and irremovable feature of the legal condition. For example, it was virtually impossible for the Court, at the time it decided *Brown v. Board of Education*, to have predicted the entire range of issues subsequently presented by affirmative action and racial line-drawing for noninvidious proposes [...] Regardless of how much care is devoted to thinking of possible ramifications of a decision, something new can and usually will occur that goes well beyond the range of plausible contemplation at the time the first decision was rendered" (1993, pp. 15-16).

el resto de los tribunales se vinculen a él correctamente y que la doctrina judicial siga la dirección que trazó con su sentencia. Si un tribunal de apelación, federal o estatal, admite que en el caso que resuelve tiene autoridad un precedente del Tribunal Supremo y se rehúsa explícitamente a aplicarlo, es prácticamente seguro que la Corte garantizará el *certiorari* y revocará la decisión del tribunal a través de un *summary reversal*, esto es, sin que sea necesario esperar al juicio plenario de apelación y sin mayores argumentos jurídicos que la referencia al precedente ignorado por el tribunal inferior.⁴¹ En estos casos extremos, cabe la posibilidad de que el Tribunal Supremo establezca sanciones disciplinarias para el juez (separación temporal o permanente del servicio).⁴² Sin embargo, estas situaciones de confrontación directa entre la Corte Suprema y algún tribunal son poco frecuentes.⁴³

Por lo general, la fuerza vinculante vertical de las decisiones de la Corte Suprema no es un problema de conflictos entre las decisiones de un tribunal federal de apelación y ésta; más bien es una cuestión que tiene que ver con la dinámica característica del *case law*. En primer término, a lo largo del proceso de desarrollo de la línea de decisión en los distintos circuitos judiciales, pueden existir distintas interpretaciones por parte de

⁴¹ En este sentido, véanse Stern, Gressman y Shapiro (1996, p. 203) y Long (1984, pp. 1105-1107). Este último autor destaca que cualquier decisión que expresamente rehúse seguir los precedentes del Tribunal Supremo está socavando la integridad de la jerarquía judicial y la autoridad del propio precedente ignorado, por tanto, la Corte, no sólo debe garantizar el *certiorari* y revocar la decisión a través de un *summary reversal*, sino que además debe reprender en todos los casos al juez o jueces que desacataron su precedente. Asimismo, es importante distinguir estos casos de abierta confrontación entre el Tribunal Supremo y algunos tribunales de apelación, de los casos de "revocación tácita" (cuando el tribunal de apelación decide no aplicar un precedente del Tribunal Supremo pues estima que éste ha perdido autoridad tácitamente) y de la denominada "revocación anticipada" (el tribunal de apelación estima que Tribunal Supremo está por revocar su precedente y por tanto decide no aplicarlo al caso concreto). Estas formas de revocación las analizaremos más adelante.

⁴² Cfr. Ahumada (1994, p. 125, nota 73).

⁴³ Abraham reseña algunos casos en los cuales los jueces rehusaron a seguir los precedentes del Tribunal Supremo, algunos de estos asuntos tuvieron que ver con cuestiones constitucionales que en una época fueron muy controvertidas (igualdad de raza, libertad de creencias religiosas, etc.). Es interesante observar que en varios de estos casos fueron los jueces de distrito quienes se opusieron a seguir los precedentes del Tribunal Supremo y, por tanto, tales asuntos no llegaron a éste, ya que el tribunal federal de apelación respectivo se encargó de hacer respetar los precedentes del Tribunal Supremo (1962, pp. 224-229).

los tribunales intermedios respecto del contenido y alcance del precedente del Tribunal Supremo, lo que puede dar lugar a que vuelva a intervenir para resolver el conflicto entre decisiones de tales tribunales. Además, más allá de la existencia de conflictos entre tribunales de apelación, el Tribunal Supremo puede simplemente estar en desacuerdo con la forma en que tales tribunales aplican y determinan la regla que establece su precedente, así como con las analogías y distinciones que están elaborando. Tal desacuerdo no significa que existe un conflicto entre algún tribunal de apelación y la Corte Suprema. No obstante, ésta puede intervenir para aclarar o reformular los puntos controvertidos de su doctrina. De hecho, es posible sostener que, dado el carácter discrecional con el que ejerce su jurisdicción de apelación, cada vez que garantiza el *certiorari* en casos que abordan cuestiones sobre las cuales ya se pronunció previamente, es porque considera necesario aclarar, desarrollar o, inclusive, transformar su propia doctrina vinculante.⁴⁴

En este sentido, a través del sistema de recursos judiciales, el Tribunal Supremo siempre puede tener la última palabra respecto del contenido y desarrollo de la doctrina judicial vinculante. Ello se hará depender de la selección de cuestiones a decidir que lleve a cabo a través del *writ of certiorari*. Sin embargo, en el caso del derecho constitucional, hasta ahora, ha sido quien controla y determina el contenido definitivo de la doctrina que rige en la materia.⁴⁵

⁴⁴ Sobre la importancia que tienen los precedentes del Tribunal Supremo, tanto para dar directrices a los tribunales inferiores, como para afectar el quehacer de las autoridades administrativas y el legislador véase, entre otros, Schauer (1993, pp. 1 y ss.).

⁴⁵ No obstante, el ritmo al que desarrolla dicha doctrina el tribunal depende, en gran medida, de la experiencia judicial que se vaya generando en los distintos circuitos judiciales y de los factores sociales y políticos que rodean a cualquier controversia constitucional. Por lo general, antes de volver a tomar un caso en determinada materia, y continuar así el proceso de elaboración de la doctrina constitucional, esperará a tener una adecuada perspectiva respecto del impacto que tuvo su primer precedente en las decisiones de los tribunales inferiores, en el auditorio jurídico y en el debate político. Ello le permite conocer otras aristas del problema que encierra la cuestión constitucional y que no fueron previstas en su decisión anterior, así como determinar el momento político adecuado para resolver un nuevo asunto en la materia y continuar, por tanto, elaborando una cadena de precedentes.

3. La fuerza horizontal de los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo

Al ser el Tribunal Supremo un órgano judicial límite (sus sentencias no son revocables por ninguna instancia judicial), el principio de *stare decisis* horizontal, esto es, el modo como se autovincula a sus precedentes constitucionales, adquiere una relevancia muy particular en el sistema de justicia constitucional estadounidense. En último término, el Tribunal Supremo precisa y desarrolla el contenido sustantivo de los enunciados constitucionales, de tal modo que, como sostiene Schauer, sus sentencias guían y tienen un impacto significativo en la conducta de los tribunales inferiores, las legislaturas, las agencias gubernamentales y la ciudadanía en general (1993, pp. 4-17).⁴⁶

Para que el Tribunal pueda desempeñar cabalmente este papel tiene que respetar y adherirse a sus propios precedentes. Ello, además de ser una fuente de legitimidad y autoridad de sus decisiones, le permite definir, gradualmente y a la luz de los asuntos que elija resolver, el contenido sustantivo del derecho constitucional que ha de regir una clase de conflictos. La doctrina judicial surge, precisamente, cuando se pueden ordenar y entrelazar un conjunto de decisiones judiciales que abordan un mismo tipo de conflicto y tener así una visión global acerca de los distintos aspectos del problema y el derecho que ha de regir en cada caso.⁴⁷

⁴⁶ En su ensayo el autor analiza, entre otras cuestiones, cómo dependiendo de la cuestión constitucional a resolver y del contenido de la decisión los precedentes del Tribunal Supremo afectan o tienen un impacto en la conducta de distintos órganos y autoridades. Ello lo hace a partir del estudio de sentencias concretas del Tribunal Supremo. Es interesante observar cómo el valor de precedente de las decisiones del tribunal tiene consecuencias importantes en todos los órganos de gobierno y no sólo en el ámbito del sistema de impartición de justicia. Sin embargo, rebasa los objetivos de este trabajo de investigación estudiar esta amplia dimensión de las sentencias del tribunal, la cual, cabe mencionar, tiene que ver con la fuerza política formidable que, en el sistema de división de poderes, tiene la Corte Suprema.

⁴⁷ Eisenberg analiza la relevancia que tiene, dentro del contexto de los precedentes de *common law*, este desarrollando consistente de la doctrina. Tal exigencia, que es propia del *case law* en todos sus ámbitos, la denomina "consistencia sistémica" (*systemic consistency*) (1988, pp. 93-96). Asimismo, Dworkin realiza una extensa discusión en torno al papel de los precedentes y la relación de consistencia entre los mismos (1977, pp. 111-123; 1986, pp. 219-123). Por otra parte, para un análisis acerca

La dinámica del *case law* a lo largo de este proceso, como ya lo analizamos, será distinta según cuáles hayan sido las características de las sentencias con valor de precedente. Sin embargo, sea que el derecho de creación judicial opere bajo el modelo de la *casuistry* o del *rule bound justice*, lo relevante es que las decisiones constitucionales del Tribunal Supremo vayan entretejiendo cadenas de precedentes, de tal modo que, a partir de un conjunto de decisiones de dicho máximo tribunal sobre los distintos aspectos de una misma cuestión constitucional, se pueda extraer un principio común que unifica la secuencia de precedentes y que define la tendencia o dirección de la doctrina.⁴⁸ Este desarrollo armónico y consistente de la doctrina constitucional es lo que permite que el derecho de creación judicial se consolide y adquiera estabilidad.

La consolidación de la doctrina constitucional tiene un impacto significativo en los procesos jurisdiccionales. Por un lado, permite que sean los tribunales de primera instancia quienes resuelvan en forma definitiva la mayor parte de los asuntos claramente gobernados por la doctrina del tribunal y que, además, existan buenas probabilidades de que los litigios se resuelvan en la fase de *pretrial* a través de un acuerdo entre las partes. Los tribunales intermedios, por su parte, concentrarán sus esfuerzos en corregir los errores graves y fiscalizar la actuación de los tribunales inferiores en los casos que así lo requieran, sin desempeñar además la función de proveer reglas generales. Y, finalmente, la Corte Suprema podrá dejar a un lado este tipo de asuntos y centrar su atención en aquellas cuestiones que sí requieren del ejercicio de su poder normador.⁴⁹

de virtudes e importancia del desarrollo consistente de la doctrina constitucional véase, entre otros, Tribe y Dorf (1992, pp. 109-117) y Michelman (1981, pp. 406-415). En contraste, el ensayo de Easterbrook, "Ways of criticizing the Court" (1982, pp. 802 y ss.), sostiene que cierto grado de inconsistencia del tribunal con sus propios precedentes es inevitable, entre otras razones, por el tipo de asuntos altamente controvertidos que generalmente resuelve y por la diversidad de posiciones ideológicas de los jueces que lo conforman.

⁴⁸ En palabras de Cardozo: "Given a mass of particulars, a categories of judgments on related topics, the principle that unifies and rationalizes them has a tendency, and a legitimate one, to protect and extent itself to new cases within the limits to its capacity to unify and rationalize" (1921, p. 31).

⁴⁹ Como se ha puesto de manifiesto en los capítulos anteriores, aproximadamente 90% de los litigios en los tribunales federales y estatales terminan ante el juez de primera instancia y, además, aproxima-

Sin embargo, esta consolidación de la doctrina constitucional no siempre se alcanza. Como se puso de manifiesto en el capítulo anterior, la adhesión del Tribunal Supremo a sus propios precedentes no es, ni mucho menos, una cuestión exenta de juicios de valor y de consideraciones extranormativas. La integración y consenso de sus miembros, la complejidad política y social de la cuestión que resuelve, las críticas del auditorio jurídico y de la opinión pública son algunos de los factores que pueden afectar la dinámica del sistema de precedentes y fracturar el proceso de consolidación de la doctrina constitucional. En este sentido, existen cuestiones constitucionales que, a pesar de que el tribunal ha resuelto varios asuntos que abordan diferentes aspectos o caras del mismo problema, no han logrado consolidar una línea de decisión clara y permanente (por ejemplo, la doctrina del aborto).⁵⁰

También existen cuestiones en las que la doctrina constitucional se logra consolidar durante algún tiempo pero, en un momento dado, las fuerzas sociales y políticas exigen un cambio y transformación en el derecho de creación judicial y, por tanto, lo que fue derecho consolidado y estable pasa a convertirse en una cuestión constitucional controvertida y en movimiento.⁵¹

damente 50% de las sentencias de los tribunales federales de apelación no tienen fuerza de precedente, pues se limitan a corregir los errores graves de los tribunales inferiores. Además, aproximadamente 1% de las decisiones de los tribunales federales intermedios son revisadas por la Corte Suprema. Todo ello permite constatar las funciones que en la práctica judicial tiene el principio de *stare decisis*. Como sostiene Monaghan, en el caso de la jurisdicción constitucional del Tribunal Supremo, el *stare decisis* permite *limitar la agenda del máximo tribunal*: los jueces inferiores deben adherirse a los precedentes del tribunal, sin que sea necesario distraer la atención de los *justices* en casos que los americanos consideran "de rutina" (1988, p. 744).

⁵⁰ En estos casos altamente controvertidos, como vimos, es mejor que el tribunal se abstenga de pronunciarse al respecto, o bien en caso de que no lo haga, opte por una decisión minimalista. Sin embargo, cuando el Tribunal Supremo decide resolver algún asunto de esta naturaleza y, además, dicta una sentencia maximalista, según Monaghan, le conviene no intentar redefinir o transformar su doctrina y esperar a que los tribunales inferiores, el debate político y la opinión pública encuentren puntos de consenso. En este sentido, el principio de *stare decisis*, aunado al ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación del tribunal, permiten delegar en los órganos políticos y en los tribunales inferiores la responsabilidad de hacer frente y encontrar soluciones adecuadas a este tipo de asuntos (1988, pp. 746-748).

⁵¹ Tal fue el caso de la doctrina constitucional en materia de segregación racial de "separados pero iguales" que se gestó a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537, 1896). Dicha doctrina se mantuvo estable por casi medio siglo. Sin embargo, en la década de 1950, como es sabido, la protesta masiva por parte de los afroamericanos ante el sistema de segregación racial da lugar a la transformación de la doctrina constitucional. Por tanto, la cuestión de

Finalmente, en materia constitucional también encontramos doctrina consolidada que ha adquirido una permanencia y estabilidad indubitables, al punto que, como sostiene Monaghan, sería casi impensable que los miembros del Tribunal transformaran o revocaran tales precedentes, a pesar de que pudiesen, en lo individual, estar en desacuerdo con su contenido.⁵²

De ahí que los precedentes constitucionales se puedan ordenar en un amplio espectro en función, precisamente, del nivel de estabilidad con el que operan en la práctica judicial. En un extremo del gradiente se encuentran los precedentes altamente estables (*settled law*) y, en el otro, aquellos que están en perpetua definición y cambio (*contested law*). Estas dos categorías, según Monaghan, son puntos relativamente estables dentro de un continuo. Los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo se mueven dentro del espectro, de tal forma que, en un momento dado, la doctrina judicial vinculante *tiende* hacia la estabilidad o hacia el dinamismo. Pero además dicha tendencia puede modificarse a lo largo del tiempo. Por tanto, lo que en un momento fue derecho consolidado y estable en otro pasa a ser una cuestión controvertida y en movimiento;

igualdad racial dejó de ser derecho consolidado y se convirtió en una cuestión controvertida y en movimiento. La decisión de *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 433, 1954) causó, en su momento, un gran revuelo político. Según comenta Brest, en 1957, tres años después de *Brown*, el Congreso intentó aprobar, sin éxito, una ley para limitar la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo, a efecto de que no tuviese competencia para conocer de cuestiones constitucionales o legales en materia de educación pública. De haberse aprobado dicha ley, los gobiernos de los Estados hubiesen tenido la posibilidad de mantener el sistema de segregación racial en las escuelas (1986, pp. 59 y ss.). En el mismo sentido, Abraham señala que, en esa época, algunos de los jueces de distrito se negaron a acatar la fuerza vinculante del precedente establecido en *Brown*, como forma de manifestar su desacuerdo con dicho fallo (1962, p. 226). Todo ello permite corroborar el grado de controvertibilidad que la cuestión de igualdad racial tuvo en Estados Unidos durante la década de 1950 y 1960 fundamentalmente. Sin embargo, el Tribunal Warren y el Tribunal Burger lograron, con el tiempo, generar una nueva doctrina en esta materia, la cual logró adquirir nuevamente estabilidad y permanencia.

⁵² Monaghan pone como ejemplo de estas decisiones los denominados "*Legal Tender Cases*", esto es, la serie de decisiones del Tribunal Supremo que desestiman la inconstitucionalidad de la sustitución del metal por el papel como moneda de curso legal y que, durante el siglo XIX, fueron litigios muy controvertidos. También, según el autor, entra en esta categoría "precedentes inmutables", la doctrina de la Corte que establece que la Decimocuarta Enmienda no sólo comprende derecho civiles, sino también derechos políticos y sociales. Finalmente, según Monaghan, la serie de decisiones del Tribunal Supremo, durante la era del *New Deal*, que desestiman la inconstitucionalidad del ejercicio de un amplio poder normador por parte del Ejecutivo como parte esencial de la puesta en marcha del Estado benefactor, han establecido doctrina constitucional que, hasta la fecha, sería poco probable su revocación (1988, pp. 744-746).

lo mismo puede suceder en sentido inverso.⁵³ Ello está en función, como hemos destacado, de la interacción que exista en los procesos jurisdiccionales entre las fuerzas extranormativas que impulsan el cambio en el derecho y aquéllas que procuran y garantizan su continuidad.⁵⁴

Ahora bien, dentro de este contexto dinámico de la doctrina constitucional, cabe preguntarse, finalmente, cuál es el papel que desempeña el principio de *stare decisis* en la jurisdicción constitucional del Tribunal Supremo, cuáles son los límites sustantivos que dicho principio impone a los jueces de la constitucionalidad y cómo ordenar la dinámica de las fuerzas dialécticas de continuidad vs. cambio que rigen el movimiento del *case law* constitucional. En el último apartado de este trabajo expon-dremos nuestra forma de dar respuesta a estas interrogantes.

D. El carácter dual del *case law* constitucional: continuidad vs. cambio

I. Valores que protege el principio de *stare decisis* en el ámbito constitucional

En cualquier sistema de *case law*, el principio de *stare decisis*, en su dimensión vertical y horizontal, protege determinados postulados esenciales

⁵³ Las palabras textuales de Monaghan son las siguientes: "The categories are only relatively stable points on a continuum, issues move between them, and many matters not only fall in between of two points but at different time can be at different ends of the continuum" (1988, p. 746).

⁵⁴ Se puede sostener que así como la ley se legitima a través del debate democrático en el seno del Parlamento, el derecho de creación judicial lo hace a partir de esta la interacción entre las *doctrinal* y *social propositions*. En términos generales, para que el poder normador de los tribunales pueda ser aceptado y legitimado socialmente tiene que responder a las demandas sociales, a la armonización de los valores en conflicto, a los estándares éticos aceptados por la comunidad y a las directrices de las políticas públicas. En este sentido, el desarrollo armónico y secuencial de la doctrina constitucional elaborada por el Tribunal Supremo, así como la consolidación y estabilidad de la misma, siempre están condicionados, en mayor o menor medida, por esos factores extranormativos que impulsan el movimiento y cambio en el derecho. De ahí que Bennett sostenga: "Judicial objectivity is not simply a matter of the judiciary looking to the past. If we think of judicial decisions in the organic way I have suggested, we must recognize that the judiciary is constrained not only by its institutional past, but by its present environment as well. The value judgments embodied in the decisions the courts are called upon to review are the major objective source in the immediate environment that constrain judicial decisions" (1984, p. 488).

de la actividad jurisdiccional en un Estado constitucional. Por ello, a pesar de que en Estados Unidos no existe ningún precepto legal o constitucional que expresamente establezca la obligación de los tribunales de adherirse a los precedentes que les vinculan, el *stare decisis* no pierde su fuerza imperativa: los precedentes constituyen un parámetro normativo fundamental, quizá el más importante, para todos los órganos jurisdiccionales, con independencia de su rango jerárquico.⁵⁵

Los juristas estadounidenses estiman que, a través de la fuerza vinculante de los precedentes en todos los ámbitos de la actividad jurisdiccional, se garantizan algunos valores intrínsecos al *rule of law*.⁵⁶ En primer término, el *stare decisis* protege la predictibilidad y certeza jurídicas, tanto de las partes que acuden a juicio como de los agentes sociales en general. Los primeros podrán elaborar una estrategia de defensa y anticipar el probable resultado de un juicio, mientras que los agentes sociales podrán prever, a partir de las decisiones que conforman el *case law*, las consecuencias jurídicas de sus actos y evitar la costosa aventura de acudir a un tribunal a dirimir una disputa.⁵⁷

⁵⁵ Monaghan, respecto del fundamento jurídico del principio de *stare decisis* en el ámbito de los tribunales federales, señala que existen dos posibilidades: 1) la vinculación al precedente es un principio que se deriva del artículo III de la Constitución en el sentido que debe considerarse como inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, o bien 2) el *stare decisis* es el resultado de una práctica judicial y por tanto la vinculación al precedente puede ser regulada y controlada por el Congreso (1988, p. 754). Con independencia de cuál sea el fundamento jurídico del principio de *stare decisis*, lo cierto es que, por un lado, todos aceptan que la vinculación al precedente es una pilar del sistema jurídico y, por otro, el Congreso nunca ha intentado regular esta cuestión; hacerlo, en nuestra opinión, sería desconocer el principio de división de poderes y de independencia del poder judicial. Es interesante observar que ni siquiera en Inglaterra, en donde existe un régimen parlamentario, se ha regulado a nivel de ley la vinculación judicial al precedente.

⁵⁶ Como bien analiza Zagrebelsky, el concepto de *rule of law* de los sistemas de *common law* no puede entenderse como sinónimo del concepto de *Estado de derecho* de los sistemas de la Europa continental. Las categorías jurídicas que en uno y otro lado del Atlántico se acuñaron, durante el siglo XIX, para la construcción del Estado constitucional fueron distintas, pues se elaboraron a partir de distintas culturas jurídicas, diferentes procesos históricos y diversas concepciones acerca de la relación entre legislador y jueces (1995, pp. 21-27).

⁵⁷ Al respecto véanse, entre otros, Eisenberg (1988, p. 49); Maltz (1988, pp. 368-369) y Wesserstrom (1961, pp. 60-66). Por otra parte, no hay que olvidar que, como se señaló en el primer capítulo, en Estados Unidos no existió un fenómeno similar al movimiento de codificación de los sistemas de la Europa continental. Durante todo el siglo XIX fueron los jueces, y no el legislador, quienes se abocaron al esfuerzo de desarrollar, a modo de *common law*, un sistema propio de reglas detalladas y

Además, a través del valor de precedente de las decisiones judiciales, los tribunales protegen el trato jurídico igualitario entre litigios similares o análogos. En los sistemas de *case law*, el principio de que casos iguales deben recibir un mismo trato jurídico está enraizado en el propio concepto de *rule of law*.⁵⁸ La prohibición de la arbitrariedad y de diferencias carentes de razón justificada no sólo opera con relación al legislador, sino también en los procesos de aplicación del derecho. Los jueces no pueden cambiar arbitrariamente de criterio de interpretación de las normas en casos semejantes, pues, a fin de cuentas, la fuerza vinculante de los precedentes les obliga a dar la misma solución jurídica a casos que tengan el mismo patrón de hechos y a extender la regla del precedente a casos distintos en los que no se pueda justificar razonablemente un trato jurídico diferenciado.

Asimismo, la vinculación a los precedentes aumenta la eficiencia del propio sistema de impartición de justicia en dos sentidos. En primer término, porque los jueces aprenden y toman en cuenta la experiencia judicial previa, de tal modo que la solución a las cuestiones de derecho que se discuten en un importante número de asuntos no se tiene que construir desde el principio; el proceso de elaboración de la doctrina permite a los jueces encontrar y seleccionar aquellas reglas de decisión que mejores consecuencias tienen en términos jurídicos y pragmáticos. Por tanto, en aquellos litigios que versan sobre cuestiones en las que la doctrina se ha consolidado, el *stare decisis* hace que el juez y las partes se centren en discutir exclusivamente cuestiones de hecho y no de derecho.

certeras y el principio de *stare decisis* fue el centro gravitacional de este proceso. Ello explica que las demandas de certeza y predictibilidad jurídicas en el sistema americano se cimienten en la doctrina del precedente antes que en el derecho legislado. Al respecto, véase Cross y Harris (1991, pp. 11 y 12).

⁵⁸ En este aspecto existe un acuerdo académico pleno; distintos autores los expresan en los siguientes términos: "The precept that like cases should be treated alike is rooted in the rule of law and in Article III's invocation of the judicial power" (Dorf, 1994, p. 1997). "The gravitational force of a precedent may be explained by appeal, not to the wisdom of enforcing enactment, but to the fairness of treating like cases alike" (Dworkin, 1977, p. 113). "Equal treatment of those similarly situated with respect to the issue before the court is a deep implicit expectation of the legal order" (Cahn, 1949, p. 14). En este mismo sentido, Winston (1974, pp. 1 y ss.); Schauer (1987, pp. 595 y ss.).

Ello, a su vez, permite diferenciar el papel que deben desempeñar los distintos tribunales que conforman el sistema de justicia, de tal modo que, como hemos destacado, sólo un pequeño porcentaje de asuntos llega a los tribunales con jurisdicción de apelación, pues, por lo general, los jueces de primera instancia se encargarán de resolver de modo definitivo las disputas en las que sólo se discuten cuestiones de hecho. Ello disminuye los costos de los procesos judiciales, tanto para las partes que acuden a juicio como para el propio sistema de justicia, lo que, en último término, eleva el nivel de eficiencia de éste.⁵⁹

Finalmente, la adhesión de los tribunales a los precedentes constituye una fuente de legitimidad de sus decisiones y de su poder normador. Los jueces no pueden resolver asuntos sin tomar en cuenta lo que han hecho sus antecesores; sus sentencias, por tanto, no pueden utilizar criterios aislados e individuales, tampoco es posible que tales criterios sean radicalmente distintos de un litigio a otro (salvo en casos de revocación expresa de precedentes). Las decisiones judiciales previas limitan, en mayor o menor medida, el ámbito de discrecionalidad del juzgador para elegir la solución que mejor le parezca y, además, la propia dinámica de un sistema de *case law* garantiza que las reglas de interpretación, creación y aplicación del derecho sean colectivas, esto es, que la sigan varios tribunales a la vez y no un solo juez en solitario. Todo ello resta apariencia de arbitrariedad a la actividad jurisdiccional y demuestra el sometimiento del juez al derecho.⁶⁰

⁵⁹ Véase, por todos, Wasserstrom (1961, pp. 72-79).

⁶⁰ Al respecto, Maltz señala: "One of the most widely shared values in the American Political system is that the principles governing society should be rule of law and not merely the opinions of a small group of men who temporarily occupy high office. The doctrine of *stare decisis* reinforces this values in two ways. First, it fosters the appearance of certainty and impartiality by providing a seemingly neutral source of authority to which judge can appeal in order to justify their decisions. Second, the influence of precedent works to limit the actual impact which any single judge (or small group of judges) has on the shape of the law" (1988, p. 371). Por su parte, Easterbrook afirma: "Precedent decentralizes decisionmaking and allows each judge to build on the wisdom of others. Precedent cuts down on idiosyncratic conclusions by subjecting each judge's work to the test of congruence with the conclusions of those confronting the same problem. This increases both the chances of the court's being right and the likelihood that similar cases arising contemporaneously will be treated the same by different judges" (1988, p. 423).

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, sin embargo, el principio de *stare decisis* desempeña otras funciones importantes además de las antes señaladas. El hecho de que a través de las decisiones constitucionales los tribunales establezcan los límites del quehacer de los órganos del Estado y garanticen la eficacia de los derechos y libertades fundamentales, hace que el respeto de los jueces a los precedentes constitucionales tenga una relevancia muy particular. La trascendencia política de estas decisiones no se da, por lo general, en otras áreas del derecho de creación judicial.⁶¹

En primer término, la fuerza vinculante de los precedentes constitucionales constituye una pieza clave para articular un sistema de control constitucional difuso, como lo es el *judicial review*. La aplicación directa de la norma constitucional por todos los tribunales en la resolución de cualquier tipo de controversia judicial sólo cabe en un sistema en el que rige cabalmente el principio de *stare decisis*, con su fuerza horizontal y vertical. Los límites constitucionales de los poderes estatales y federales no podrían trazarse ni definirse si cada juez interpretara la Constitución de forma aislada. Ello lo único que generaría es una verdadera crisis de gobernabilidad que haría intolerable, social y políticamente, el poder de los jueces de la constitucionalidad. La fuerza vertical de los precedentes constitucionales permite, por un lado, que el Tribunal Supremo siempre tenga la última palabra respecto del contenido de la doctrina judicial vinculante en esta materia y, por el otro, que la Constitución se aplique uniformemente en todo el país, o lo que es lo mismo, que los límites constitucionales sean los mismos para todos los poderes federales y estatales.

Además, en virtud del *stare decisis*, la interpretación del texto constitucional, fundamentalmente en el ámbito del Tribunal Supremo, no es una fragmentación de sentidos dados por los distintos jueces que en un momento dado conforman dicho tribunal. La fuerza vinculante de los

⁶¹ El autor que sin lugar a dudas ha desarrollado con mayor profundidad el papel que juega el *stare decisis* en la jurisdicción constitucional estadounidense es Monaghan (1988, pp. 748-755).

precedentes constitucionales obliga al juez de la constitucionalidad a resolver los nuevos conflictos en concordancia con los principios y reglas establecidos por los *justices* que les precedieron. Así, la propia dinámica del sistema de precedentes ha hecho que la textura abierta, sustancialista e indeterminada que caracteriza a varios de los preceptos de la Constitución estadounidense, principalmente aquellos que establecen libertades y derechos fundamentales, vaya precisando su significado de forma gradual y a la luz de los conflictos que ha ido resolviendo el Tribunal Supremo a lo largo de su historia. En otros términos, la fuerza vinculante de los precedentes garantiza que el tribunal vaya entretejiendo de modo concatenado el sentido de los enunciados constitucionales y, además, asegura que tal sentido adquiera cierto grado de estabilidad y continuidad a lo largo del tiempo.⁶²

Tal forma de ir dotando de sentido a los preceptos constitucionales significa, según Benett, que la vinculación a los precedentes constitucionales es un mecanismo para limitar los juicios de valor implícitos en los procesos de interpretación y aplicación de la norma fundamental. El tribunal posterior no puede simplemente desconocer la "elección judicial de valores públicos" (*judicial choices of public values*) llevada a cabo por sus antecesores, lo cual dota al proceso de interpretación constitucional de una mayor dosis de objetividad jurídica (1984, pp. 82-85).⁶³

Todas estas características y consecuencias que el *stare decisis* tiene en la forma y contenido de las decisiones constitucionales tienen un impacto político y social. En último término, la fuerza vinculante de los precedentes constitucionales constituye una fuente de legitimidad del propio

⁶² Esta forma a partir de la cual los jueces van desarrollando gradualmente el sentido de los enunciados constitucionales significa, en último término, haber trasplantado al ámbito constitucional el método a través del cual tradicionalmente se ha configurado el *common law*. Sobre esta cuestión se pueden ver, entre muchos otros, Strauss (1996, pp. 877 y ss.); Wellintong (1990, pp. 77-158); Tribe y Dorf (1990, pp. 1101-1105); Michelman (1982, pp. 406-415); Jones (1983, pp. 11-16; 1979, pp. 25-33).

⁶³ En le mismo sentido, Tribe y Dorf (1992, pp. 71-80).

sistema de justicia constitucional, pues, como sostiene Monaghan, permite que los jueces de la constitucionalidad den continuidad y estabilidad a las instituciones políticas. En virtud del *stare decisis*, la solución jurídica de algunos conflictos constitucionales está claramente predeterminada por la doctrina del tribunal, lo que evita, en muchos casos, que tales conflictos surjan y continúen estando en la arena del debate público. Es decir, la fuerza vinculante de los precedentes constitucionales contribuye de forma importante a la pacificación efectiva y de largo plazo de conflictos políticos y sociales que en un momento dado fueron altamente controvertidos (1988, pp. 748-752).⁶⁴

Además, la adhesión del tribunal a sus precedentes constitucionales es una forma de reforzar la idea de que todos los órganos de gobierno, incluida la Corte Suprema, están sometidos a la norma fundamental (Monaghan, 1988, pp. 752-753). Si tomamos en cuenta tanto los problemas complejos que existen en torno a la interpretación constitucional, como el hecho de que la experiencia casi bicentenaria de la justicia constitucional en Estados Unidos ha hecho que el texto de la norma fundamental haya sido recubierto por una vasta capa de *case law*, entonces es fácil comprender por qué la fuerza imperativa del *stare decisis* constituye un mecanismo a través del cual los miembros del tribunal demuestran su sometimiento a la norma fundamental y el carácter jurídico, y no político, de la función que realizan.⁶⁵ El respeto del tribunal a sus precedentes constitucionales dota de cierta objetividad a sus sentencias y

⁶⁴ En el mismo sentido, Gerhardt (1991, 76-86).

⁶⁵ El hecho que el texto de la Constitución haya quedado recubierto por el *case law*, de tal modo que la única forma de leer cabalmente la Constitución americana es a través de las decisiones del Tribunal Supremo, hace sostener a un importante sector de la academia americana que en realidad, en el ámbito constitucional, el "análisis de casos" ha sustituido a las técnicas de interpretación de los enunciados constitucionales, en casi todos los conflictos en esta materia. Al respecto se pueden ver, entre otros, Strauss (1996, pp. 833-897); Balkin (1989, pp. 21-27) y Jones (1979, pp. 25-33). Para una visión crítica de esta postura, que cuestiona precisamente este último ensayo, véase Monaghan (1979, pp. 87-93). En nuestra opinión, y como veremos más adelante, existe una tensión entre la vinculación del tribunal a sus precedentes constitucionales y las técnicas de interpretación constitucional, la cual se manifiesta, fundamentalmente, cuando cambia de composición el tribunal y los nuevos *justices* se enfrentan con precedentes que fueron establecidos bajo un paradigma de interpretación constitucional distinto u opuesto al que defienden.

elimina la apariencia de que éstas son simplemente producto de las simpatías o opciones políticas de sus miembros. Todo ello, en último término, legitima socialmente a la institución del *judicial review* y fortalece políticamente al propio tribunal.⁶⁶

Ahora bien, a pesar de las importantes funciones que desempeña el *stare decisis* en la jurisdicción constitucional estadounidense, la dualidad intrínseca del sistema de *case law* hace que la transformación de la doctrina constitucional también sea, paradójicamente, una fuerza legitimadora de la labor de los jueces de la constitucionalidad. El derecho de creación judicial debe tender y buscar la estabilidad, pero no puede permanecer estático. El Tribunal Supremo también debe dar cabida a las cambiantes aspiraciones y demandas sociales, pues de lo contrario simplemente dejaría de ser un factor de integración de la vida política y social. El *stare decisis* sólo representa una cara de la moneda del sistema de precedentes, la otra tiene que ver con las fuerzas sociales y políticas que exigen la revocación o transformación de la doctrina constitucional vinculante.

Cabe destacar que, particularmente en el caso de los precedentes constitucionales, el Tribunal Supremo tiene una especial responsabilidad de reexaminar las decisiones previas a la luz de las transformaciones sociales y políticas, ya que el Congreso, a diferencia de lo que ocurre con la doctrina legal y de *common law*, no puede aprobar una ley con miras a revocar los precedentes constitucionales obsoletos. Por tanto, en caso de que la Corte no transforme y adapte el contenido de la doctrina

⁶⁶ En este sentido, y haciendo una comparación entre la efectividad del texto constitucional, por un lado, y los precedentes constitucionales, por el otro, como mecanismos de control al juez de la constitucionalidad, Strauss sostiene: "The notion that the text of the Constitution is an effective limit on judges is plausible only if one assumes a background of highly developed precedent. Within the limits set by precedent, paying more attention to text might indeed limit judges' discretion. The appeal of textualism as a limit of judges stems entirely from the assumption that the text will be used to resolve disputes within the gaps left by precedent. [...] But that is primarily a demonstration of the restraining effect of precedent, not the text; the bulk of the restraint by far is provided by precedent. [...] Common law constitutionalism has the advantage of confronting the question of judicial restraint—that is, the question of how concerned we should be about the danger that judges will implement their own moral and political views under the guise of following law" (1996, pp. 926-927).

constitucional, la única otra forma de hacerlo sería a través del proceso de reforma constitucional, lo cual, según Stone, únicamente ha sucedido cuatro veces en la historia norteamericana.⁶⁷

En este sentido, el carácter dinámico de las reglas que integran el *case law* constitucional constituye un factor de capital importancia para, por un lado, evitar ajustes periódicos y sucesivos al texto constitucional y, por el otro, dar cabida a las ideas y aspiraciones sociales de cada época.⁶⁸ Por ello, en nuestra opinión, el problema capital con relación a la fuerza normativa de los precedentes constitucionales es encontrar los patrones de orden que rigen su movimiento. En último término, se trata de entender cómo, a través de la dinámica del sistema de precedentes, los jueces de la constitucionalidad establecen un equilibrio correcto entre la estabilidad y certeza jurídicas que protege el principio de *stare decisis* y la necesidad de cambio y regeneración de la doctrina constitucional vinculante.

II. Los patrones de orden del movimiento del *case law* constitucional

A lo largo de este trabajo ha quedado claro que la fuerza normativa de los precedentes no se puede entender a partir de las categorías jurídicas que, en los sistemas de la Europa continental, explican la obligatoriedad de las normas jurídicas. Tales categorías son insuficientes para describir

⁶⁷ Textualmente señala: "The processes of constitutional amendment are quite cumbersome. As a consequence, in the 200-year history of the Constitution, only four times has the nation adopted a constitutional amendment to overrule a Supreme Court decision: the Eleventh Amendment overruled *Chisholm v. Georgia*; the Fourteenth Amendment, *Dred Scott v. Sandford*; the Sixteenth Amendment, *Pollack v. Farmers' Loan and Trust Co.*; and the Twenty-Sixth Amendment, *Oregon v. Mitchell*" (1989, p. 68.)

⁶⁸ El problema que representa que sea a través del proceso de reforma constitucional la única alternativa para revocar la doctrina constitucional obsoleta que la Corte no revoque, ha hecho que el Tribunal Supremo haya considerado que la fuerza del *stare decisis* horizontal, en el caso de los precedentes constitucionales deba operar con mayor flexibilidad que en los otros ámbitos del derecho de creación judicial. Este argumento se conoce como "*the Brandeisian assertion*", ya que fue el voto particular del *justice* Brandeis en el caso de *Burnet v. Colorado Oil Gas Co.* (285 U.S. 393, 1932, pp. 406-408) cuando se hace por primera vez esta consideración. Algunas sentencias posteriores, como la de *United States v. Scott*, 437 U. S. 82 (1978) recogen ese voto particular como parte de la opinión del tribunal.

un tipo de derecho cuya nota más relevante es su carácter dinámico: las reglas cambian a través de los procesos de aplicación. Esto es, la regla del precedente, a diferencia de un precepto legal, no es un parámetro normativo indisponible para el juzgador, por el contrario, tales reglas son susceptibles de ser intervenidas y transformadas por el propio tribunal que las crea.⁶⁹ Se puede sostener que, en estricta técnica jurídica, las decisiones judiciales con valor de precedente son normas válidas, en cuanto los tribunales, en el sistema jurídico estadounidense, son órganos de producción normativa; sin embargo, su validez no necesariamente determina su obligatoriedad. El juez vinculado a un precedente puede, en casos extremos, revocarlo y crear una regla nueva para resolver el caso que en principio estaba gobernado por dicho precedente.⁷⁰

⁶⁹ Está claro que, dadas las reglas con las que operan el principio de *stare decisis* vertical y el horizontal, la posibilidad de revocar o transformar la doctrina constitucional está en manos del Tribunal Supremo; los jueces inferiores están obligados a vincularse estrictamente a las decisiones de dicho tribunal. Al respecto resulta interesante el debate en torno a la denominada "revocación anticipada" o *anticipating overruling*, es decir, los asuntos en los que algún tribunal de apelación deja de aplicar los precedentes del Tribunal Supremo pues estima que existen razones de peso que hacen suponer que el la Corte está por revocar sus precedentes (por ejemplo, el tribunal intermedio prevé que los cambios de integración del tribunal traerán un cambio en la doctrina, o bien percibe que el Tribunal Supremo está esperando el caso apropiado para revocar su doctrina). En el caso *Rodríguez de Quejias et al v. Shearon-American Express Inc.* (490 U.S. 477, 1989), la Corte prohíbe expresamente todo intento de revocación anticipada por parte de los tribunales intermedios y se pronuncia a favor de una vinculación vertical estricta y ciega a sus precedentes. Con ello dejó claro que el *stare decisis* vertical establece una obligación estricta: los tribunales inferiores deben seguir los precedentes del tribunal aunque estén convencidos de que la Corte Suprema está a punto de revocarlos. Para un análisis bastante detallado acerca de las sentencias de los tribunales federales de apelación en las que se utiliza la técnica de revocación anticipada, así como pros y contras de dicha técnica, véase Kniffin (1982, pp. 52 y ss.). Asimismo, para una crítica a la sentencia de *Rodríguez* y una defensa a favor de la revocación anticipada, véase Branford (1990, pp. 52 y ss.).

⁷⁰ Esta es una de las razones que da Requejo para sostener que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español no constituye propiamente una fuente del derecho, a pesar de que en el derecho español se contempla la posibilidad de la nulidad de la sentencia de un juez inferior por infracción a tal jurisprudencia. El autor lo expone en los siguientes términos: "Si bien es cierto que de la infracción de la jurisprudencia puede derivarse nada menos que la nulidad de la sentencia infractora, no lo es menos que tal desviación es más ilusoria que real [...] Basta comparar la radical diferencia existente entre las posiciones desde las que actúa el Tribunal Supremo cuando se pronuncia sobre sentencias que han sido recurridas por infracción a la ley o (por infracción) de la jurisprudencia. En el primero de los supuestos, el Tribunal debe verificar la posible ilegalidad de la sentencia recurrida y debe utilizar como parámetro de enjuiciamiento una norma sobre la cual no tiene facultad alguna de disposición. Verificada la contradicción entre la sentencia objeto de enjuiciamiento y el parámetro de control, el Tribunal Supremo no puede hacer otra cosa que declarar inválida aquella sentencia. En cambio, cuando la sentencia recurrida ha sido por infracción a la jurisprudencia, el control se articula alrededor de un parámetro —la jurisprudencia— susceptible de ser, a su vez, objeto de enjuiciamiento".

En realidad, la obligatoriedad de las reglas que integran el *case law* no es una cuestión que se pueda resolver a partir categorías jurídicas que describen el derecho desde un punto de vista *estático*. La dogmática continental no cuenta con las herramientas teóricas para explicar un tipo de derecho que necesariamente debe ser dinámico y cambiante a través de los procesos en que se aplica. Para los norteamericanos, los precedentes tienen diferentes grados o niveles de obligatoriedad y, además, su fuerza vinculante pocas veces se encuentra en alguno de los puntos extremos.⁷¹

El distinto grado de autoridad de las reglas de creación judicial depende de cómo, en cada caso, los tribunales determinan el correcto equilibrio entre las fuerzas opuestas que rigen el movimiento del *case law* (continuidad vs. cambio). El producto final de esa lucha entre valores contrapuestos es lo que determina la posición de los precedentes dentro del gradiente de niveles de obligatoriedad y, como hemos destacado, dicha posición puede variar a lo largo del tiempo.

Ahora bien, una de las características excepcionales del *case law* es que sólo en pocas ocasiones el cambio en el derecho significa una ruptura abrupta con la experiencia judicial previa. La flexibilidad de las reglas de creación judicial permite que el derecho se transforme e incorpore las nuevas demandas y valores sociales, sin que ello, por lo general, signifique

ciamiento [...] No constituye ésta, por tanto, un parámetro indisponible para el juzgador, sino algo tan susceptible de ser intervenido por éste como la propia sentencia recurrida en casación" (1993, pp. 253 y 254). Este mismo argumento podría aplicarse también a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a pesar de lo dispuesto en los artículos 5.1 de la LOPJ y 40.2 de la LOTC. En nuestra opinión, uno de los problemas centrales de los sistemas de la Europa continental, en concreto el español, para comprender la naturaleza de la jurisprudencia constitucional o legal y el modo como ésta "vincula" a los tribunales es, precisamente, la falta de categorías jurídicas adecuadas para entender un tipo de derecho que necesariamente debe ser dinámico y cambiante a través de los procesos en que se aplica. No puede pasar desapercibido que en estos sistemas la teoría de las fuentes, cuyo origen se remota al siglo de la codificación, se construyó bajo la premisa de que los tribunales no podían ser de ninguna forma órganos de producción normativa. Al respecto, sin duda resulta muy interesante el libro de Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (1993, pp. 110-156).

⁷¹ Al respecto, Stone sostiene: "If we reject the two extreme positions-precedent always controls, and precedent never control-we are left with the hard question. What is needed is some accommodation between the values of stability and the necessity for change" (1989, p. 70).

que el principio de *stare decisis* pierda por completo su fuerza imperativa. Se puede sostener que, de forma un tanto sorprendente, la dinámica del sistema de precedentes articula un cuerpo de reglas en las que el pasado y el presente siempre quedan de algún modo entrelazados.

Esta característica del *case law*, en el ámbito de la doctrina constitucional, se pone claramente de manifiesto cuando se analiza la forma en que comúnmente el Tribunal Supremo adapta y modifica su contenido. Un análisis retrospectivo de la actuación del tribunal en este respecto demuestra que, por lo general, varía y altera el contenido de sus precedentes constitucionales a partir de lo que Eisenberg (1988, pp. 55-61) denomina las técnicas de "transformación" del *case law*, es decir, utilizando los distintos mecanismos de argumentación judicial, ya analizados en el capítulo anterior, que permiten reducir el ámbito normativo de las reglas, sin que ello signifique su completo abandono o revocación (por ejemplo, recurrir la técnica de la distinción al estilo minimalista o establecer un *holding* en forma de estándar). Cuando el tribunal utiliza este tipo de técnicas argumentativas, debilita la autoridad o grado de obligatoriedad de sus decisiones previas; sin embargo, ello no significa que tales decisiones pierdan por completo su fuerza vinculante.⁷²

En cambio, la revocación de precedentes (*overrule*), a diferencia de la transformación, significa que el tribunal decide configurar un nuevo derecho que rompe tajantemente con el sentido de sus decisiones anteriores, la cuales pierden por completo su fuerza vinculante.⁷³ La revocación de

⁷² Cabe destacar, no obstante, que a veces, a través de la técnica de la distinción al estilo minimalista se puede llegar a reducir a tal punto el ámbito normativo de la regla que ésta pierde por completo su fuerza vinculante, es decir, la regla no se transformada sino que se revoca. El análisis concreto de cada sentencia es la única forma de determinar si el precedente fue transformado o revocado. Brenner y Spaeth (1995) intentan establecer un criterio para diferenciar estas cuestiones en los siguientes términos: "Distinguished precedent retain their vitality; the majority merely considers them inappropriate to the decision it has reached. The material facts on which the distinguished precedent rests are viewed as sufficiently different from those in the case at hand so as not to control the Court's decision. If, however, the opinion states that a precedent is limited 'to its facts' we will treat this situation as a formal alteration. Words such as 'limit' and 'confine' are not legal synonyms for 'distinguished'".

⁷³ Cabe destacar que en el debate académico norteamericano la distinción entre "transformación" y "revocación" de precedentes no siempre es tan clara. Los autores a veces utilizan el términos "revo-

precedentes es, sin lugar a dudas, la forma más drástica para ajustar el contenido de la doctrina constitucional a los nuevos escenarios sociales; el Tribunal Supremo pocas veces la utiliza. De acuerdo con un estudio empírico elaborado por Brenner y Spaeth, en el periodo que comprende los años de 1946 a 1992, que son precisamente los años en los cuales mayores cambios han existido en la doctrina constitucional, el Tribunal Supremo sólo revocó en 115 ocasiones su precedentes, de los cuales únicamente 70 fueron en materia constitucional (1995, pp. 19-23).⁷⁴

Los mecanismos que utiliza la Corte para revocar su propia doctrina son varios. Algunas veces la revocación es expresa y lo hace con afirmaciones como la decisión o precedente "queda revocada", "ha dejado de ser buen derecho", "ya no puede ser considerada autoridad", etc.⁷⁵ Otras

cación" (*overrule*) para referirse tanto al abandono de una línea de decisión, como al debilitamiento de la autoridad de los precedentes. De hecho, como hemos destacado, para algunos juristas que defienden el maximalismo utilizar la técnica de la distinción significa "revocar" el precedente. Sin embargo, en nuestra opinión, es preciso diferenciar ambas cuestiones pues, en último término, como veremos, "transformar" la doctrina constitucional, en vez de "revocarla", implica intentar encontrar un equilibrio entre las fuerzas de cambio y la necesidad de certeza y estabilidad jurídicas.

⁷⁴ Evidentemente los números varían de un año a otro y de un tribunal a otro. Así, según detallan los autores, el Tribunal Vinson revocó en promedio una decisión por año; el Tribunal Warren, 2.7; el Tribunal Burger, 2.7, y el Tribunal Rehnquist, 3.3. (p. 23). Asimismo, cabe destacar que, según dicho estudio, 10% de los precedentes revocados habían sido sentencias del siglo pasado, esto es, anteriores a 1900 (p. 47). Por otra parte, existen otros estudios que también intentan cuantificar el número de precedentes revocados por el Tribunal Supremo en distintos periodos que inclusive muestran cifras menores a las aquí expuestas. Véanse Ulmer (1959, pp. 414 y ss.); Banks (1992, pp. 262 y ss.) y Schmidhauser (1962, pp. 194 y ss.).

⁷⁵ De acuerdo con Pound, en términos del *stare decisis* vertical, la revocación expresa de precedentes por parte del Tribunal Supremo genera incertidumbre en los abogados litigantes y en los jueces inferiores respecto de cuál es el alcance de dicha revocación, es decir, en la medida en que los precedentes no establecen reglas aisladas sino que siempre forman parte de una cadena de precedentes, los tribunales inferiores tendrán que determinar hasta qué punto el precedente revocado también afecta la fuerza vinculante de las reglas que configuran dicha línea de decisión (1941, pp. 12-14). Kelman sostiene que existen distintas actitudes por parte de los tribunales inferiores ante este problema; algunos tribunales se niegan a considerar que las reglas análogas al precedente revocado hayan perdido autoridad, otros, en cambio, aceptan desde el principio que la nueva regla es el punto de partida de una nueva línea de decisión y, por tanto, consideran revocadas dichas reglas análogas. Según el autor, un factor importante para que el tribunal inferior opte por una u otra postura es su posición personal para evaluar la actuación del tribunal, esto es, si considera que el cambio en la doctrina es oportuno y adecuado, o bien sí, por el contrario, estima que fue un error haber alterado el derecho consolidado (1967, p. 17). Para un análisis de casos concretos respecto de las distintas posturas de los tribunales inferiores ante la revocación de precedentes por parte del Tribunal Supremo, véase Note: "The attitude of lower courts to changing precedent" (1941, pp. 1450 y ss.).

veces, en cambio, revoca sus precedentes en forma tácita, esto es, reduce a tal punto su ámbito normativo que sólo es posible concluir que dicha regla ha perdido por completo su fuerza vinculante, lo cual, en algunas ocasiones, el Tribunal termina admitiendo de forma expresa en decisiones posteriores.⁷⁶

Sin embargo, sea cual sea el mecanismo que utilice el tribunal para revocar sus precedentes, ello siempre significa una ruptura abrupta con el pasado, una forma de establecer, de una vez por todas, un nuevo punto de partida. Ello, en el sistema de precedentes, es una medida extrema que sólo se justifica en situaciones en las que sea del todo evidente que la doctrina constitucional no responde en lo absoluto a las aspiraciones y demandas sociales de la época, lo cual, repetimos, hace que la revocación de precedentes sea poco frecuente.⁷⁷

Por consiguiente, cabe sostener que las grandes transformaciones de la doctrina constitucional norteamericana han ocurrido de manera gradual. A través de las diversas formas en que el tribunal determina la regla de sus propios precedentes se va gestando la nueva doctrina. Las decisiones anteriores lentamente van perdiendo autoridad, pero, al mismo tiempo y de forma paralela, el tribunal configura el nuevo derecho que ha de regir en la materia.

Dentro de este contexto, la transformación de la doctrina significa alterar el nivel de estabilidad del derecho de creación judicial; los precedentes,

⁷⁶ La revocación tácita de precedentes a través del abuso de la técnica de la distinción genera diversos problemas para los tribunales inferiores, ya que la fuerza vinculante del precedente del Tribunal Supremo se torna ambigua. El juez inferior, por tanto, es quien tendrá que interpretar si el precedente que le vincula ha perdido o no toda fuerza vinculante. Kelman describe estos problemas en los siguientes términos: "Lawyers are not unacquainted with the process of attrition by which Case # 1 is limited to its facts by Case #2, and eventually overruled in Case # 3. In the interval between the second case and the third, however, the subordinate judiciary is needlessly made to suffer a crisis of obligation. If the superior court is to be taken at its word, a fact situation identical to Case # 1 continues to be governed by that precedent. But adherence to Case #1 is deviation from the logic of Case # 2 and, pro tanto, a disregard of later authority" (1967, p. 26).

⁷⁷ Para un análisis detallado y crítico sobre las razones que han llevado al Tribunal Supremo a revocar sus precedentes, véase Blaustein y Field (1958, pp. 151 y ss.), y para un análisis sobre cuándo debería el tribunal revocar su doctrina, Stone (1989, pp. 67 y ss.).

diría Monaghan, cambian de posición dentro del espectro que determina su nivel de estabilidad: la cuestión constitucional deja de ser derecho consolidado y pasa a ser una cuestión controvertida y en movimiento.⁷⁸ Sin embargo, el hecho de que el tribunal genere un nuevo derecho de forma progresiva y sin romper tajantemente con los precedentes que le vinculan significa que, en último término, las fuerzas sociales que impulsan el cambio en el derecho son, en mayor o menor medida, limitadas y refrenadas por aquéllas que aseguran su estabilidad y continuidad.⁷⁹

¿Cómo se determinan los puntos de equilibrio entre estas fuerzas contrapuestas? ¿Por qué el movimiento de la doctrina constitucional es medido y, en cierta forma, predecible? En nuestra opinión, la perpetua dialéctica de posturas jurídicas opuestas, que se articulan en torno a la dinámica de los precedentes constitucionales, constituye, paradójicamente, el principio de orden del movimiento del *case law*. Veamos por qué creemos que ello es así.

Como es sabido, el Tribunal Supremo, a lo largo de su historia, ha hecho que la interpretación y el desarrollo del derecho constitucional transiten cíclicamente del *judicial activism* al *judicial self-restraint* y viceversa. Así, han existido periodos en los que el Tribunal Supremo asume un papel muy

⁷⁸ Como se puso de manifiesto con anterioridad, Monaghan estima que los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo se pueden ordenar en función del nivel de estabilidad con el que operan en la práctica judicial; en un extremo se encuentran los precedentes altamente estables (*settled law*) y en el otro aquellos que están en perpetuo cambio y redefinición (*contested law*). La transformación de la doctrina, por tanto, significa un cambio de posición dentro de este espectro (1988, pp. 744-46).

⁷⁹ La pérdida de estabilidad de la doctrina constitucional vinculante y el desarrollo gradual de una nueva línea de decisión evidentemente afecta de forma importante la forma en que los tribunales inferiores se vinculan a los precedentes del Tribunal Supremo. Se puede sostener que dicha transformación de la doctrina da lugar a que en los tribunales intermedios vuelva a darse un especie de proceso de *percolation*, a través del cual dichos tribunales determinen hasta qué punto se ha debilitado la autoridad de los precedentes del Tribunal Supremo y cuáles son las directrices de la nueva doctrina. El debate académico norteamericano a este respecto se ha centrado fundamentalmente en intentar establecer criterios para evaluar cuándo los tribunales inferiores deben estimar que la autoridad de los precedentes sujetos a un proceso de transformación se ha debilitado a tal punto que ha venido a ser sustituida por un nuevo derecho. Al respecto, véase "Note: Stare Decisis and the Lower Courts: Two Recent Cases" (1959, pp. 508-509); Bratz (1984 p. 97) y "Note: The attitude of lower courts to changing precedent" (p. 1455-1456), entre otros.

activo en cuanto al desarrollo y ámbito de protección de los derechos fundamentales, creando, a través de su doctrina, una "penumbra constitucional" en varias áreas del quehacer del Estado que cierra o limita las posibilidades del debate democrático de los órganos políticos. Sin embargo, estas épocas de activismo judicial han tenido una reacción en sentido opuesto: el tribunal, durante otros periodos, frena este alcance protector de la Constitución, de tal modo que deja en manos del sistema de deliberación democrática la responsabilidad de encontrar soluciones a varias cuestiones política o socialmente controvertidas.⁸⁰

Estos ciclos entre *judicial activism* y *judicial self-restraint* tienen que ver, fundamentalmente, con las distintas concepciones que han tenido, y tienen, los miembros que conforman el tribunal respecto de la idea de Constitución y la legitimidad última del *judicial review*. Ambas cuestiones, como es sabido, son extensamente discutidas por jueces y académicos. Sin embargo, para efectos de este trabajo de investigación, basta con destacar los rasgos más sobresalientes de este amplio debate.⁸¹

⁸⁰ Chemerinsky describe con claridad estos cambios oscilantes entre *judicial activism* y *judicial restraint*. Así, según señala, durante la denominada Era Lochner (1890-1937), la Corte fue un tribunal activista en cuanto que, de forma "agresiva", asumió un papel muy activo en la protección de determinados derechos. Como señalamos en el primer capítulo, a través de la doctrina constitucional del "debido proceso sustantivo", el tribunal protegió los derechos de propiedad y la libertad contractual frente a la legislación social que buscaba proteger los derechos de los trabajadores o regular directamente el mercado. Como reacción a estos años de activismo judicial, los nuevos miembros del tribunal asumieron de forma consensada que la Corte anterior había actuado incorrectamente al invadir la referida legislación social y económica, por tanto, la interpretación constitucional se movió hacia el otro extremo. El *judicial self-restraint* significó que, de 1937 a 1954, la Corte rara vez estimara la inconstitucionalidad de alguna acción gubernamental. Ello, según Chemerinsky, fue consecuencia de la tremenda presión que recibió el Tribunal por las críticas y ataques de la Era Lochner. Sin embargo, durante las décadas de 1960 y 1970, en la época del Tribunal Warren y el Tribunal Burger, la Corte vuelve a asumir un papel activista, que se ve reflejado fundamentalmente en la interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales en ámbitos como la segregación racial, el derecho a voto de las minorías, el derecho de autonomía en materia de procreación, la libertad de asociación, la libertad de expresión, los derechos del acusado en un juicio penal, entre muchos otros. En la actualidad, el Tribunal Rehnquist se está moviendo nuevamente hacia el paradigma del *judicial self-restraint*, limitando o evitando la extensión del alcance protector de algunos derechos fundamentales y enfatizando la neutralidad judicial y la deferencia a las decisiones de los poderes mayoritarios. Según señala el autor, estos cambios ideológicos en el tribunal tienen que ver con que el círculo que existe entre la política y la retórica: aquellos que critican a la Corte Suprema pasan a controlarla cuando cambia de dirección el poder (1989, pp. 61-65).

⁸¹ Un primer libro de referencia, que recopila algunos de los ensayos más importantes y representativos de las distintas posiciones académicas con relación a estos temas, es el de Garvey y Aleinikoff

En forma un tanto esquemática, cabe sostener que, cuando la mayoría de los *justices* tiene como modelo implícito una "Constitución de detalle",⁸² que obliga al juez de la constitucionalidad a interpretar sus preceptos en el nivel más bajo de abstracción y que privilegia las intenciones más específicas de los constituyentes (*original-intent*), entonces el desarrollo de la doctrina constitucional se moverá hacia el paradigma del *judicial self-restraint*. Esta lectura reductiva del texto constitucional se sustenta en una auténtica preocupación por la "objeción contra-mayoritaria" del control judicial de la constitucionalidad y, por tanto, en la idea de que los jueces deben limitarse a hacer efectivas las normas que estén explícitamente establecidas, o claramente implícitas, en el texto constitucional. Dicho de otra manera, los jueces no están legitimados para imponer al legislador democrático y demás órganos políticos limitaciones que la Constitución no establece claramente.⁸³

En contraposición, el Tribunal Supremo se mueve hacia el activismo judicial cuando la mayoría de sus miembros tiene como modelo implícito una "Constitución de principios", que permite que el texto constitucional sea

(1994); Asimismo, con respecto a la idea de Constitución y las técnicas de interpretación constitucional se puede ver la colección de ensayos del "Symposium of Constitutional Law of the A.A.L.S." (1989, pp. 21 y ss.).

⁸² Dworkin elabora la distinción entre "constitution of detail" y "constitution of principle" (1993, p. 119).

⁸³ Sobrepasa, por mucho, los objetivos de este trabajo de investigación analizar en extenso el debate norteamericano con relación al "originalismo" como método de interpretación constitucional. Sin embargo, cabe destacar que aquellos que defienden el originalismo no son un grupo homogéneo; existen, dentro del mismo, distintas posturas respecto de algunas cuestiones de fondo. Al respecto, es muy ilustrativo el libro *Interpreting the Constitution. The Debate Over Original Intent* (Rakove, 1990). Las posiciones más extremas en cuanto a la interpretación constitucional originalista, como es sabido, son las de Bork (1990) y Scalia, *justice* del Tribunal Supremo (1997, pp. 37-47). Sin embargo, la etiqueta de "originalista" se puede prestar a muchas confusiones, ya que varios de los jueces y juristas que tienen una visión *pro-judicial activism* coinciden en que la intención originaria de los *framers* debe tomarse en cuenta en el proceso de interpretación constitucional —y en este sentido pueden denominarse también "originalistas"— pero, según estos autores, el juez debe privilegiar la intención más abstracta sobre la más específica. Ello permite que el juez extienda la protección constitucional a ámbitos que no se hallan recogidos de manera explícita en los enunciados constitucionales. En este sentido, véase Perry (1991, pp. 669 y ss.). Por ello, más que hablar de originalismo, preferimos referirnos a los jueces y juristas que defienden el *judicial self-restraint* y que toman muy en serio la objeción democrática en contra de la justicia constitucional. Dentro de este contexto, por citar algunos de los trabajos que nos parecen interesantes, véanse: Monaghan (1981, pp. 353 y ss.); Nagel (1993); Schauer (1985, pp. 399 y ss.); Fiss (1982, pp. 739 y ss.).

leído de acuerdo con las exigencias éticas y valores contemporáneos, y no conforme a las convicciones más específicas de aquellos que, varios siglos atrás, la redactaron. El activismo judicial norteamericano, como señalamos, ha puesto un especial énfasis en la protección constitucional de las libertades y derechos fundamentales. A partir de la lectura abstracta y sustancialista de las cláusulas que conforman el Bill of Rights, la Corte ha expandiendo y protegiendo nuevas dimensiones de la libertad y dignidad humanas. Ello ha permitido que una Constitución de más de 200 años como la estadounidense se adapte, sin necesidad de reformas, a las exigencias contemporáneas de una sociedad democrática. Cabe destacar, asimismo, que el *judicial activism* es menos sensible a la objeción contramayoritaria, pues en general asume que los tribunales, antes que el legislador democrático, son órganos especialmente aptos y legitimados para garantizar aquellos "valores públicos fundamentales de la sociedad" (Brest, 1980, p. 227).⁸⁴

Sin embargo, sea cual sea la posición que defienden la mayoría de los *justices* que en un momento conforman el tribunal, lo cierto es que todos ellos están vinculados a los precedentes constitucionales de sus antecesores. La tensión entre continuidad y cambio en el derecho surge, principalmente, cuando existen cambios en la integración del tribunal y la nueva mayoría tiene que ajustarse a las reglas constitucionales elaboradas por *justices* que sostenían una idea opuesta de Constitución y concebían de forma distinta el papel del tribunal en una democracia. La transformación de la doctrina constitucional, en estos casos, es prácticamente inevitable.

⁸⁴ Al igual que los juristas a favor del *judicial self-restraint*, aquellos que defienden el activismo judicial no son, ni mucho menos, un grupo con posiciones uniformes y homogéneas. No obstante, la característica distintiva que todos comparten es que consideran que a través de la justicia constitucional los tribunales deben dar contenido a los valores públicos que le dan identidad y sustento a la nación estadounidense. Además, algunos de ellos consideran que, sobre todo en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales, los tribunales son órganos confiables y mejor equipados que las legislaturas para garantizar y proteger tales derechos. Está claro, según estos autores, que con pretexto del pluralismo político y la exageración de las virtudes del debate democrático se llegan a enmascarar verdaderas injusticias. Entre algunos de los juristas proactivismo judicial se encuentran: Tribe y Dorf (1992); Grey (1975, pp. 703 y ss.); Wright (1968, pp. 1 y ss.); Dworkin (1981, pp. 469 y ss.); Wellington (1982, pp. 486 y ss.); Perry (1981, pp. 278 y ss.).

No obstante, la fuerza imperativa del *stare decisis* horizontal asegura que existan determinados patrones de orden en el movimiento del *case law*.

En primer término, ningún tribunal, ni siquiera en términos prácticos, puede intentar transformar todas las áreas en las que la doctrina constitucional se ha consolidado. El dinamismo del *case law* constitucional, producto del cambio de integración del tribunal, sólo se da con relación a determinadas cuestiones que, por lo general, tienen la peculiaridad de ser, en mayor o menor medida, socialmente controvertidas. Ello significa que la doctrina constitucional que ha alcanzado un importante grado de legitimidad social no va a ser alterada por el tribunal, a pesar de que su contenido no coincida con la ideología e idea de Constitución de la mayoría de sus miembros.⁸⁵ Como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, las *social propositions*, esto es, los valores económicos, éticos y políticos de la comunidad son los *inputs* que activan el dinamismo y mutabilidad de las reglas.⁸⁶ Por tanto, mientras no exista un conflicto entre tales valores y el contenido de la doctrina constitucional, es muy poco probable que la Corte considere alterar o transformar su contenido. Incluso, es posible sostener que la legitimidad social de la doctrina constitucional evita siquiera que existan controversias jurídicas en la materia.⁸⁷

⁸⁵ Al respecto véase, por todos, Monaghan (1988, pp. 744-746).

⁸⁶ Según Gerhardt, los precedentes constitucionales adquieren permanencia y estabilidad a través de tres factores: 1) la importancia de su función estructural combinada con su propósito histórico; 2) la convicción social e institucional de que es buen derecho, y 3) la aceptación política respecto de su contenido. Si bien, señala el autor, no se requiere que existan los tres factores para que un precedente sea estable, cuando convergen los tres al mismo tiempo hace que el precedente sea prácticamente inmune a la transformación o revocación (1991, pp. 87-88).

⁸⁷ Como analizamos en el primer capítulo, los juristas pragmático-instrumentales destacaron que a través de los conflictos de intereses, de las disputas jurídicas que llegan a los tribunales, es el modo como las nuevas aspiraciones y demandas sociales podían ser acogidas por el derecho. Según estos juristas, la existencia de un conflicto jurídico es la más clara manifestación de que los valores y demandas sociales están cambiando y que, por tanto, se requiere transformar o configurar una nueva doctrina. Al respecto, véase Fuller (1934, p. 439). En este sentido, cabe sostener que cuando la doctrina constitucional cuenta con una sólida aceptación social es poco probable que los agentes sociales intenten presentar una demanda para solicitar al tribunal su revocación o transformación. Por ejemplo, hoy en día sería prácticamente impensable que alguien se planteara costear un litigio para intentar persuadir al tribunal de echar marcha atrás en la doctrina constitucional en materia de segregación racial. Uno de los efectos importantes del principio de *stare decisis*, como señalamos, es lograr la pacificación efectiva de conflictos sociales o políticos que en su momento fueron fuertemente con-

En este sentido, la mutabilidad de las reglas constitucionales, producto del cambio de integración del tribunal, sólo se dará en algunas áreas del derecho de creación judicial. La política que lleven a cabo los *justices* en la selección de casos a resolver, a través del *writt of certiorari*, determinará, a fin de cuentas, las cuestiones constitucionales que el tribunal está dispuesto a reexaminar.⁸⁸

Ahora bien, en estos casos en que el Tribunal está dispuesto a reexaminar la doctrina establecida por sus antecesores, la pregunta de fondo a resolver es cómo encontrar el equilibrio correcto entre el modo como concibe la mayoría de los *justices* que debería ser interpretada la Constitución y la necesidad de garantizar continuidad y certeza en el orden político y social a través del apego a sus propios precedentes constitucionales. No existen respuestas claras e incontrovertibles a esta interrogante. Lo que sí está claro es que el tribunal debe buscar, en todo caso, la correcta ponderación entre tales valores contrapuestos, pues en ello se juega su propia legitimidad.

En efecto, la creación judicial de derecho, y más en el ámbito constitucional, tiene sus propios procesos de legitimación, los cuales no vienen dados, como en el caso del *statute law*, por la discusión pública y la transacción entre distintas fuerzas políticas representadas en el Congreso. La legitimidad y autoridad del Tribunal Supremo para controlar la

trovertidos. Al respecto, resultan interesantes las reflexiones de Posner en el sentido de que, dada la diversidad de métodos de interpretación constitucional que existen y los problemas que en sí mismo encierra el precisar de sentido a los enunciados de la Constitución, la mejor forma de evaluar las decisiones de la Corte en esta materia es a través, precisamente, de sus efectos e impacto en la pacificación efectiva de conflictos constitucionales, lo cual sólo se puede hacer cabalmente cuándo ha transcurrido algún tiempo desde el momento en que el tribunal dictó su sentencia (1986, pp. 212-217).

⁸⁸ Así, según comenta Gerhardt, la agenda del Tribunal Rehnquist en materia de *certiorari* ha revelado que éste no va a reexaminar las decisiones (activistas) del Tribunal Warren en materia de libertad de expresión política, ni los estándares de protección a la privacidad de figuras públicas famosas. Tampoco parece que va a reexaminar cuestiones como las facultades del Congreso en materia de erogación de recursos públicos (*spending*), guerra o creación de impuestos (*taxing power*). En cambio, la política de *certiorari* del Tribunal Rehnquist parece indicar que está dispuesto a reexaminar el alcance de los derechos del acusado y garantías del proceso penal, el derecho a la privacidad, el derecho de aborto y la separación Iglesia-Estado (1991, pp. 78-82).

constitucionalidad de las acciones de gobierno y configurar reglas de aplicación general en esta materia provienen de la habilidad de los *justices* para convencer al auditorio jurídico, a los órganos políticos y a la opinión pública de que las soluciones propuestas son correctas, en el sentido de que son capaces de lograr restablecer la paz jurídica y el consenso social.⁸⁹

La Corte, a través de sus sentencias, establece un diálogo con la sociedad y muy particularmente con el auditorio jurídico. Si bien, como sostiene Eisenberg, el tribunal no está obligado a atender las críticas y comentarios que realizan los juristas y abogados a sus sentencias, por lo menos tiene que darles "respuesta".⁹⁰ La fuerza política del tribunal, así como la aceptación social de sus sentencias dependen, en gran medida, del éxito que tenga para provocar o acrecentar la adhesión, por parte de un auditorio altamente polarizado y participativo, a las soluciones propuestas. En este sentido, y siguiendo a Perelman, la obligación del tribunal no sólo es decidir, sino convencer. Ello, evidentemente, le obliga a intentar pronosticar las posibles reacciones del auditorio jurídico ante las distintas alternativas de solución y a elegir aquella que mejor puede conciliar los intereses en juego y las diversas posiciones jurídicas e ideológicas respecto del tema abordado (1988, p. 207).

Esta necesidad de satisfacer y lograr la adhesión del auditorio jurídico hace que el tribunal no pueda imponer, sin más, su propia idea de

⁸⁹ No hay que olvidar que el sistema de control constitucional americano no lo configura expresamente la Constitución, sino que fueron los jueces quienes, de forma un tanto sorprendente, decidieron que implícitamente la norma constitucional les daba esa enorme atribución. En este sentido, la aceptación política y social del *judicial review* la han tenido que luchar los propios tribunales y muy concretamente el Tribunal Supremo. Ello ha hecho que, por un lado, la Corte tome en cuenta los comentarios y críticas que realiza el auditorio jurídico respecto de sus decisiones y, por el otro, que el auditorio jurídico participe muy activamente en ese proceso de fiscalización y análisis de las sentencias del Tribunal. Para corroborar esta afirmación, basta observar la amplia y prolífica discusión académica norteamericana en torno a la actuación del Tribunal Supremo.

⁹⁰ Textualmente señala: "The courts are not obliged to follow the profession, but they are obliged to be responsive to what legal profession has to say. This obligation entails that the courts attend to the professional discourse and stand ready either to modify their views when that discourse is convincing or to give good reason showing why it is not convincing. The principle of responsiveness thereby both serves as the basis of a critical feedback mechanism and enhances the courts' legitimacy by providing a measure of judicial accountability" (1988, p. 12).

Constitución e ignorar o revocar la doctrina que entre en conflicto con la misma. La razón es simple: su idea de Constitución no es aceptada por todos; un importante sector del auditorio jurídico defiende la concepción opuesta, pues el debate entre *judicial activism* y *judicial self-restraint* es el eje de la discusión constitucional estadounidense. La necesidad que tiene el tribunal, en términos de su legitimación social, de generar adhesión y aceptación a sus decisiones le obliga a tomar en cuenta aquellas "voces disidentes" que les parecería intolerable que los *justices* simplemente impusieran su nueva ideología.⁹¹

La transformación de la doctrina constitucional, por tanto, tiene necesariamente que encontrar el correcto equilibrio entre las voces que reclaman el cambio en el derecho y que coinciden con la visión de los *justices* acerca del modo como se debe interpretar la Constitución, y aquellas que exigen la continuidad y estabilidad en el derecho pues estiman que las decisiones objeto de transformación son correctas.⁹²

⁹¹ Como vimos en el capítulo anterior, los *justices* del tribunal saben que no pueden imponer de modo tajante su ideología y forma de entender la interpretación constitucional. De ahí que, en el Tribunal Rehnquist, un grupo de *justices* a favor del *judicial self-restraint* haya optado por transformar la doctrina constitucional de forma gradual y paulatina a través de *holdings* en forma de estándares. Con ello, como destacamos, buscan contrarrestar las posiciones extremas, como las que defiende el *justice* Scalia, que intentan imponer su idea de Constitución sin dialogar y persuadir a aquellos juristas que defienden la concepción opuesta. Cabe destacar que, inclusive aquellos juristas que coinciden con el "originalismo", critican la posición extrema. Así, por ejemplo, Monaghan, estima que las nuevas controversias constitucionales que resuelva el tribunal tienen que decidirse de acuerdo con las premisas del originalismo. Sin embargo, según el autor, la fuerza vinculante de los precedentes constitucionales obliga a los *justices* a seguir aplicando los precedentes que no parten de esas premisas, esto es, el tribunal no debería intentar transformar la doctrina constitucional consolidada que está en conflicto con su propia idea de Constitución. Para Monaghan, la estabilidad y continuidad de las instituciones políticas y del orden social son valores que deben prevalecer frente a cualquier concepción, adecuada o no, que puedan tener los *justices* con respecto a la idea de Constitución y al modo como ésta debe ser interpretada (1988, pp. 723 y ss.).

⁹² Es bastante común que cuando el tribunal transforma la doctrina constitucional establecida por los *justices* con otra idea de Constitución, existan críticas y reacciones en contra por parte del sector académico que considera que la doctrina transformada era un buen derecho. Tales críticas operan como un mecanismo de control social a la actividad del tribunal. Así, por ejemplo, en el contexto actual del debate académico norteamericano, ante un tribunal que defiende el *judicial self-restraint*, los juristas que abogan por el *judicial activism* han expresado, una y otra vez, su inconformidad con aquellas sentencias del Tribunal Rehnquist que limitan el ámbito normativo de determinados derechos previamente definido por *justices* con otra ideología. Tal fue el caso, por ejemplo, de la decisión de *Webster v. Reproductive Health Services* (492 U.S. 490, 1989) que, como vimos, restringió en forma

Así, los cambios de integración del tribunal necesariamente provocan cambios en el derecho constitucional; sin embargo, éstos serán de algún modo limitados y refrendados por la necesidad que tiene el tribunal de conciliar y buscar puntos de consenso con quienes defienden desde el auditorio jurídico, y han defendido en el seno del tribunal, la posición opuesta. En este sentido, cabe sostener que la polarización que existe en el debate constitucional estadounidense respecto de la idea de Constitución, las técnicas de interpretación constitucional y el papel del Tribunal Supremo en una democracia constituye el eje que articula y ordena el movimiento del *case law*. La formación y transformación del derecho de creación judicial se lleva a cabo a partir de la discusión y confrontación de argumentaciones en sentidos diferentes. Los partidarios de las tesis que se debaten suministrarán justificaciones de todo tipo, jurídicas y

importante el *holding* de *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973). Asimismo, dichos juristas también han criticado aquellas decisiones del Tribunal Rehnquist que han impedido extender la protección constitucional de la libertad a nuevos ámbitos. Por ejemplo, la decisión del Tribunal en *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186, 1986) en la cual la mayoría de los *justices* decidió que el controvertido "derecho a la privacidad" no podía extenderse y proteger las relaciones sexuales entre homosexuales. En dicho asunto se reclamaba concretamente la inconstitucionalidad de la ley de Georgia que penalizaba la sodomía. El argumento central de los juristas a favor del activismo judicial es que el Tribunal Rehnquist está haciendo a un lado la fuerza imperativa de los precedentes constitucionales que le vinculan. Sobre el asunto del derecho del aborto y las críticas de los juristas pro activismo judicial véanse, entre otros, Tribe (1990, pp. 61-70) y Strauss (1993, pp. 10-20). Con relación a la sentencia de *Bowers*, se pueden ver Tribe y Dorf (1990, pp. 1065-1077) y Stoddard (1987, pp. 648 y ss.). En cambio, cuando el tribunal defiende el paradigma del *judicial activism*, como en la era del Tribunal Warren, las críticas más importantes a su actuación vendrán por parte de los juristas que abogan por el *judicial self-restraint*. En estos casos, como señala Chemerinsky, el "argumento de cajón" será la objeción contra-mayoritaria del control judicial de la constitucionalidad y la idea de que la Corte esta "imponiendo sus propios valores" de forma arbitraria (1989, pp. 63-4). Todas estas críticas a la actuación del tribunal forman parte del amplio debate académico y judicial norteamericanos y son mecanismos de control social de un órgano límite, cuyas decisiones no se pueden controlar a través del sistema de recursos judiciales, ni por medio del electorado y el proceso político. Los *justices* saben que la atención y fiscalización de su actuación, por parte del auditorio jurídico, les obliga a conciliar su propia idea de Constitución con aquella que han defendido sus antecesores, de tal modo que no pueden simplemente imponer su idea de Constitución y desconocer, lisa y llanamente, la experiencia judicial previa. El poder del tribunal para controlar la constitucionalidad de las acciones de gobierno sería un poder intolerable si los *justices* hiciesen a un lado la fuerza imperativa del principio de *stare decisis* horizontal. La ponderación y equilibrio entre su propia idea de Constitución y la fuerza vinculante de los precedentes constitucionales hacen que, a fin de cuentas, la transformación y movimiento del *case law* se realice a través de determinados patrones de orden y, por tanto, que la actuación del tribunal no sea percibida por el auditorio jurídico y la opinión pública como el ejercicio de un poder arbitrario y producto exclusivamente de las inclinaciones personales y políticas de los jueces que lo integran.

pragmáticas, con el fin último de lograr la adhesión a sus ideas. El juez de la constitucionalidad debe tomar en cuenta este amplio debate y buscar soluciones que logren alcanzar un grado de consenso social suficiente para poder generar un derecho estable y una paz jurídica duradera. El grado de permanencia y estabilidad de los precedentes constitucionales dependerá, precisamente, del éxito que tenga el tribunal en convencer al auditorio jurídico y a la opinión pública de que sus decisiones son justas, razonables y socialmente útiles.⁹³

En suma, en virtud del *stare decisis*, la interpretación del texto constitucional, fundamentalmente en el ámbito del Tribunal Supremo, no es una fragmentación de sentidos dados por los distintos jueces que en algún momento conforman dicho tribunal. La fuerza vinculante de los precedentes constitucionales significa entrelazar y armonizar el pasado con el futuro, de tal modo que los jueces de la constitucionalidad adapten el contenido de la doctrina y resuelvan nuevos conflictos en la materia sin desconocer o ignorar los principios y reglas establecidos por los *justices* que les precedieron. La dialéctica entre las fuerzas que reclaman un cambio en la doctrina y aquellas que demandan su estabilidad y permanencia regirán el movimiento del *case law*. Sin embargo, en todo caso, el *stare decisis* hace que la interpretación y aplicación de la Constitución se convierta en un proceso colectivo e histórico, en el cual convergen las diversas ideologías y posiciones de los miembros que van conformando el Tribunal a lo largo del tiempo. Este amplio debate entre los jueces del pasado y los del

⁹³ Por lo general, para evaluar la efectividad de las decisiones del tribunal en lograr establecer un grado de consenso social suficiente para generar precedentes estables y una paz jurídica duradera, se requiere que transcurran algunos años. La experiencia judicial estadounidense demuestra que las decisiones del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales controvertidas, por lo general, llegan a ser derecho estable con el paso del tiempo, esto es, cuando se puede tener una correcta perspectiva sobre sus efectos concretos en la sociedad y en el debate político. Tal fue el caso, por ejemplo, de la doctrina constitucional en materia de segregación racial, libre expresión de las ideas políticas, derecho a voto de las minorías, entre otras. Hoy en día, las decisiones en estas materias han logrado alcanzar un grado incuestionable de aceptación social, sin embargo, en su momento, muchas fueron decisiones criticadas y cuestionadas por aquellos que veían que el tribunal estaba expandiendo indebidamente el ámbito protector de las libertades y derechos fundamentales. Al respecto, véase Posner (1986, p. 212-217).

presente, entre juristas con diversas concepciones acerca de la Constitución y la forma en que debe ser interpretada, entre aquellos que defienden el *judicial activism* y los que abogan por el *judicial self-restraint* hace que, a fin de cuentas, la "realización" de la Constitución a través de la actividad jurisdiccional sea un perpetuo ensayo de persuasión, diálogo y deliberación que se articula y ordena a través de la dinámica del sistema de precedentes.⁹⁴

⁹⁴ De ahí que Tribe y Dorf sostengan: "The American experience teaches that the best way to achieve wisdom in constitutional interpretation is to subject all constitutional arguments and decision to constant analysis and continuing critique, both in terms of the text and in terms of our traditions for construing it" (1992, p. 32).

Fuentes

Abraham, H. (1962), *The Judicial Process*, Nueva York, Oxford University Press.

Ahumada, M. (1994,) "El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unido", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, pp. 129-130.

Alexander, L. (1965), "En Banc Hearings in the Federal Courts of Appeals: Accommodating Institutional Responsibilities (Part I)", *New York University Law Review*, vol. 40.

Alexander, L. (1989), "Constraint by Precedent", *Southern California Law Review*, vol. 63, pp. 25-28.

Aldisert, R. (1990), "Precedent: What It Is and What It Isn't; When Do We Kiss It and When Do We Kill It?", *Pepperdine Law Review*, vol. 17.

Alienikoff, A. (1988), "Updating Statutory Interpretation", *Michigan Law Review*, vol. 87, pp. 20 y ss.

Allen, K. (1969), *Las fuentes del derecho inglés*, Ortiz García, A. (trad.), Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

Aragón Reyes, M. (1986), "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17.

Aragón Reyes, M. (1997), "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", *Estudios de Derecho Constitucional*.

Auerbach, C. (1991), "A Revival of Some Ancient Learning: A Critique of Eisenberg's The Nature of Common Law", *Minnesota Law Review*, vol. 75, pp. 563-570.

Austin, J. (1885), *Lectures of Jurisprudence*, Campbell, R. 8 ed., Londres.

Balkin, J. M. (1989), "The Rule of Law as a Source of Constitutional Change", *Constitutional Commentary*, vol. 6, pp. 21-27.

Banks, C. (1992), "The Supreme Court and Precedent: An Analysis of Natural Courts and Reversal Trends", *Judicature*, vol. 75, pp. 262 y ss.

Bator, P. et al, (1988), *Hart and Wechsler's, The Federal Courts and the Federal System*, 3a. ed., Nueva York, Foundation Press.

Baum, L. (1990), *American Courts: Process and Policy*. 2a. ed., Boston, Houghton Mifflin Co.

Bennett, S. (1984), "Objectivity in Constitutional Law", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 132.

Bennett S. y Pembroke, C. (1986), "Mini in Banc Procedures: A Survey of Circuit Process", *Cleveland State Law Review*, vol. 34.

- Birnbaum, H. (1968), "Stare Decisis vs. Judicial Activism: Nothing Succeeds Like Success", *American Bar Association Journal*, vol. 54.
- Black, H. (1974), "The National Court of Appeals: An Unwise Proposal", *Yale Law Review*, vol. 83, pp. 883 y ss.
- Blaustein, A. y Field, A. (1958), "Overruling Opinions in the Supreme Court", *Michigan Law Review*, vol. 57, pp. 151 y ss.
- Bork, R. (1990), *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Nueva York, The Free Press.
- Branford, S. (1990), "Following Dead Precedent: The Supreme Court Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling", *Fordham Law Review*, vol. 59.
- Bratz, D. (1984), "Stare Decisis in the Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent", *Washington Law Review*, vol. 60.
- Brennan, W. (1973), "The National Court of Appeals: An Other Dissent", *The University of Chicago Law Review*, vol. 40, pp. 473 y ss.
- Brennan, W. (1986), "In Defense of Dissents", *Hastings Law Journal*, vol. 37, pp. 432-437.
- Brenner, S. y Spaeth, H. (1995), *Stare Indecisis. The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Brest, P. (1980), "The Misconceived Quest of Original Understanding", *Boston University Law Review*, vol. 60.
- Brest, P. (1986), "Congress as Constitutional Decisionmaker and its Power to Counter Judicial Doctrine", *Georgia Law Review*, vol. 21.

- Brilmayer, L. (1979), "The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the 'Case and Controversy' Requirement", *Harvard Law Review*, vol. 93, pp. 297 y ss.
- Bronaugh, R. (1987), "Persuasive Precedents", *Precedent in Law*, cit., pp. 217 y ss.
- Burton, S. (1995), *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, 2a. ed., Boston, Little, Brown and Company.
- Calabresi, G. (1982), *Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press.
- Cahn, E. (1949), *The Sense of Injustice. An Anthropocentric View of Law*, Nueva York University Press, New York.
- Cardozo, B. (1921), *The Nature of Judicial Process*, New Heaven, Yale University Press.
- Carter, L. (1994), *Reason in Law*, 4a. ed., Nueva York, Harper Collins College Publisher.
- Carrington, P. (1969), "The Power of District Judges and The Responsibility of Courts of Appeals", *Georgia Law Review*, vol. 3.
- Carrington, Meador y Rosenberg (1976), *Justice on Appeals*, Minnesota, West Publishing Press, St. Paul.
- Chayes, A. (1982), "Public Law Litigation and the Burger Court", *Harvard Law Review*, vol. 96, pp. 4 y ss.
- Chemerinsky, E. (1989), "The Vanishing Constitution", *Harvard Law Review*, vol. 103.

- Cohen, F. (1933), *Ethical Systems and Legal Ideas*, Nueva York, Harcourt, Brace and Company.
- Cohen, F. (1937), "The Problems of a Functional Jurisprudence", *Modern Law Review*, vol. 1.
- Columbia Law Review*, Note: "Stare Decisis and the Lower Courts: Two Recent Cases", vol. 59, 1959.
- Cross, R. Y Harris, J. W. (1991), *Precedent in English Law*, 4a. ed. Oxford, Clarendon Press.
- Currie, D. (1982), "The Constitution in the Supreme Court: The Powers of Federal Courts, 1801-1835", *The University of Chicago Law Review*, vol. 49.
- Damaska, M. (1996), *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Heaven, Yale University Press.
- David, R. y Brierley, J. (1978), *Major Legal Systems in the World Today. An Introduction to the Comparative Study of Law*, 2a. ed.
- Davis, J. y Reynolds, W. (1974), "Judicial Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court", *Duke Law Journal*, vol. 59.
- Dawson, J. (1993), *The oracles of the law*, 5a. ed., Ann Arbor, University of Michigan Law School.
- De Otto, I. (1989), *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia.
- Dellinger, W. y Sperling, G. (1989), "Abortion and the Supreme Court: The Retreat from Roe v. Wade", *University of Pennsylvania Law Review*, vol, 138.

- Dewey, J. (1924), "Logical Method and Law", *Cornell Law Quarterly*, vol. 10.
- Dickerson, R. (1961) "Symposium on Judicial Law Making in Relation to Statutes", *Indiana Law Journal*, vol. 36.
- Díez Picazo, L. (1991), *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Cuadernos Cívitas.
- Díez Picazo, L. (1993), *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3a. ed., Ariel, Barcelona.
- Díez Picazo, L. y Gullón, A. (1992), *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 8a. ed., Madrid, Tecnos.
- Dorf, M. (1994), "Dicta and article III", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142.
- Douglas, W. (1949), "Stare Decisis", *Columbia Law Review*, vol. 49, pp. 735 y ss.
- Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Massachusetts, Cambridge.
- Dworkin, R. (1981), "The Forum of Principle", *New York University Law Review*, vol. 56, pp. 469 y ss.
- Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Massachusetts, Cambridge.
- Dworkin R. (1993), *Life's Dominion*, Nueva York, Alfred A. Knopf.
- Easterbrook, F. (1982), "Ways of Criticizing the Court", *Harvard Law Review*, vol. 95.

- Easterbrook, F. (1983), "Statutes' Domains", *University of Chicago Law Review*, vol. 50, pp. 533 y ss.
- Easterbrook, F. (1988), "Stability and Reliability in Judicial Decisions", *Cornell Law Review*, vol. 73.
- Eisenberg, M. (1988), *The Nature of Common Law*, Cambridge, Harvard University Press.
- Ely, J. H. (1973), "The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade", *Yale Law Journal*, vol. 82, pp. 920 y ss.
- Ely, J. H. (1980), *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press.
- Eskridge, W. (1987), "Dynamic Statutory Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review*, vol.135.
- Eskridge, W. (1989) "Public Values in Statutory Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137.
- Estreicher S. y Sexton, J. (1984), "A Managerial Theory of the Supreme Court's Responsibilities: An Empirical Study", *New York University Law Review*, vol. 59.
- Evans, J. (1987), "Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century", en Laurence Goldstein, L. (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Fallon, R. (1987), "A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation", *Harvard Law Review*, vol. 100.
- Farber, Eskridge y Frickey (1993), *Constitutional Law. Themes for the Constitution's Third Century*, Minnesota, West Law Publishing Co., St. Paul.

Field, R., Kaplan, B. y Clermont, K. (1990): *Materials on Civil Procedure*, 6a. ed., Foundation Press.

Fiss, O. (1982), "Objectivity and Interpretation", *Stanford Law Review*, vol. 34, pp. 739 y ss.

Flud, S. (1962), "The Voices of Dissent", *Columbia Law Review*, vol. 62.

Frank, J. (1930), *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Brentono's Publishers.

Frankfurter, F. (1947), "Some Reflections on the Reading of Statutes", *Columbia Law Review*, vol. 47.

Freund, P. (1974), "A National Court of Appeals", *Hastings Law Journal*, vol. 25.

Friedman, L. (1985), *A History of American Law*, 2a. ed., Nueva York, Touchstone Books.

Friendly, H. (1964), "In Praise of *Erie* and the New Federal Common Law", *New York University Law Review*, vol. 39.

Fuller, L. (1934), "American Legal Realism", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 82.

Garry, J. (ed.) (1987), *Quarrels That Have Shaped the Constitution*, Nueva York, Harper and Row Publishers.

Garvey, J. y Alienikoff, A. (1994), *Modern Constitutional Theory. A Reader*, 3a. ed., Minnesota, West Publishing Company.

Gerhardt, M. (1991), "The Role of Precedent in Constitutional Decision Making", *The George Washington Law Review*, vol. 60, pp. 83 y ss.

- Gilmore, G. (1921), *The Ages of American Law*, New Heaven, Yale University Press.
- Goodhart, A. (1930): "Determining the Ratio Decidendi of a Case", *Yale Law Journal*.
- Gray, J. (1909), *The Nature and Sources of the Law*, Nueva York, Columbia University Press.
- Grey, C. (1989), "Holmes and Legal Pragmatism", *Stanford Law Review*, vol. 41.
- Grey, T. (1975), "Do We Have an Unwritten Constitution?", *Stanford Law Review*, vol. 27, pp. 703 y ss.
- Grinsburg, R. B. (1992), "Speaking in a Judicial Voice", *New York University Law Review*, vol. 67.
- Grossman, Kritzer, Bumiller y Dougal (1981), "Measuring the Pace of Civil Litigation in Federal and State Trial Courts", *Judicature*, vol. 65.
- Gunther, G. (1985), *Constitutional Law*, 11a. ed., Nueva York, The Foundation Press.
- Hall, F. (1951), "The common law: an account of its reception in the United States", *Vanderbilt Law Review*, vol. 4.
- Hardisty, J. (1979), "Reflections on Stare Decisis", *Indiana Law Journal*, vol. 55, pp. 41 y ss.
- Harold-Levy, B. (1991), *Anglo-American Philosophy of Law. An Introduction to its Development and Outcome*, Londres, Transaction Publishers.
- Harper, F. y Leibowitz, A. (1954), "What the Supreme Court Did Not Do During the 1952 Term", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 103.

- Hart, H. (1954), "The Relations Between State and Federal Law", *Columbia Law Review*, vol. 54, pp. 489 y ss.
- Harvard Law Review* (1942), "Note: The Power of a Circuit Court to Sit en Banc", vol. 55, pp. 663 y ss.
- Harvard Law Review* (1956), "Note: Supreme Court Per Curiam Practice: A Critique", vol. 69.
- Harvard Law Review*, (1964), "Note: The Competence of Federal Courts to Formulate Rules of Decision", *Harvard Law Review*, vol. 77.
- Harvard Law Review* (1981), "Note: Plurality Decisions and Judicial Decisionmaking", 94.
- Hayman, R. y Levit, N. (1994), *Jurisprudence. Contemporary Readings, Problems and Narratives*, Minnesota, West Publishing Co., St. Paul.
- Hazard, G. y Taruffo M. (1993), *American Civil Procedure. An Introduction*, New Heaven, Yale University Press.
- Hellman, A. (1983), "Caseload, Conflicts, and Decisional Capacity: Does the Supreme Court Need Help?", *Judicature*, vol. 67.
- Hill, A. (1967), "The Law Making Power of the Federal Courts: Constitutional Preemption", *Columbia Law Review*, vol. 67.
- Holdsworth, W. S. (1934), "Case Law", *The Law Quarterly Review*, vol. 50.
- Holmes, O. W. (1857), "The Path of Law", *Harvard Law Review*.
- Holmes, O. (1963), *The Common Law*, Boston, Little Brown and Company.
- Horowitz, M. (1992), *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Nueva York, Oxford University Press.

- Hufstedelr, S. (1971), "New Blocks for Old Pyramids: Reshaping the Judicial System", *South California Law Review*, vol. 44.
- Hughes, C. (1928), *The Supreme Court of the United States. Its Foundations, Method and Achievements*, Nueva York, Columbia University Press.
- Hull, N. E. H. (1997), *Roscoe Pound & Karl Llewellyn. Searching for an American Jurisprudence*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Iowa Law Review* (1958), "Note: Federal Appellate Practice: Certified Question on a Division Opinion Between Two Panels of a Court of Appeals Dismissed", vol. 43, pp. 432 y ss.
- Jay, S. (1985), "Origins of federal common law: part one", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 133.
- Jones, H. (1975), "Our Uncommon Common Law", *Tennessee Law Review*, vol. 42.
- Jones, H. (1979), "The Brooding Omnipresence of Constitutional Law", *Vermont Law Review*, vol. 4.
- Jones, H. (1983), "Precedent and Policy in Constitutional Law", *Pace Law Review*, vol. 4, pp. 11-16.
- Kaplow, L. (1992), "Rules versus Standards: An Economic Analysis", *Duke Law Journal*, vol. 42.
- Keeton, R. (1988), "Legislative Facts and Similar Things: Deciding Dispute Premise Facts", *Minnesota Law Review*, vol. 73.
- Keeton, R. (1990), *Judging*, Minnesota, West Publishing Press.
- Kelman, M. (1967), "The Force of Precedent in the Lower Courts", *Wayne Law Review*, vol. 14.

- Kempin, F. (1959) "Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800-1850", *The American Journal of Legal History*, vol. 3.
- Kennedy, D. (1976), "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review*, vol. 89.
- Kluger, R. (1975), *Simple Justice*, Nueva York, Vintage Books-Randhom House.
- Kniffin, M. (1982), "Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Action by United States Courts of Appeals", *Fordham Law Review*, vol. 51, pp. 52 y ss.
- Kress, K. (1989), "Legal Indeterminacy", *California Law Review*, vol. 77.
- Langdell, C. (1871), "*Cases and Contracts*", en Gilmore, G. *The Ages of American Law*, 1921, New Heaven, Yale University Press.
- Langdell, C. (1887), "Teaching Law as a Science", *American Law Review*, vol. 21.
- Leach, W. B. (1967), "Revisionism in the House of Lords: The Bastion of Rigid Stare Decisis Falls", *Harvard Law Review*, vol. 80.
- Levi, E. (1949), *An Introduction to Legal Reasoning*, University of Chicago Press.
- Llewellyn, K. (1931), "Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. 44.
- Llewellyn, K. (1960), *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown and Company.
- Llewellyn, K. (1989), *The Case Law System in America*, Asaldi, M. (trad.), Chicago, The University of Chicago Press.

- Llewellyn, K. (1991), *The Bramble Bush. On Our Law and its Study*, Nueva York, Oceana Publications.
- Long, T. (1984), "Deciding Whether Conflicts With Supreme Court Precedents Warrant Certiorari", *New York University Law Review*, vol. 59.
- Lowry, R. (1989), *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Laurence, University Press of Kansas.
- Lummas, H. (1937), *The Trial Judge*, Chicago, The Foundation Press.
- Lyons, D. (1985), "Formal Justice and Judicial Precedent", *Vanderbilt Law Review*, vol. 38.
- Lyons, D. (1993), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Editorial Tecnos.
- Madden, P. M. (1974), "Comment: "In Banc Procedures in the United States Court of Appeals", *Fordham Law Review*, vol. 43.
- Magaloni, A. L. (1997), "El juez norteamericano ante la ley. Las técnicas de interpretación del *statute law*", *Isonomía*, núm. 6, abril, pp. 131 y ss.
- Maltz, E. (1988), "The Nature of Precedent", *N.C. L. Rev.*, 367.
- Marcus, R. (1984), "Conflicts Among Circuits and Transfers Within the Federal Judicial System", *Yale Law Journal*, vol. 93.
- Marshall, L. (1989), "Let Congress Do It: The Case for an Absolute Rule of Statutory Stare Decisis", *Michigan Law Review*, vol. 88.
- Martínez-Torrón, J. (1991), *Derecho angloamericano y derecho canónico*, Madrid, Civitas.

- McGowan, C. (1969), *The Organization of Judicial Power in United States*, Illinois, Northwestern University Press.
- Meador, D. (1991), *American Courts*, West Publishing Press, St. Paul, Minnesota.
- Merrill, T. (1985), "The Common Law Powers of Federal Courts", *The University of Chicago Law Review*, vol. 52.
- Meyer, L. (1994), "Nothing We Say Matters: *Teague* and New Rules", *The University of Chicago Law Review*, vol. 61.
- Michelman, F. (1981), "Constancy to an Ideal Object", *New York Law Review*, vol. 56.
- Monaghan, H. (1979), "Professor Jones and the Constitution", *Vermont Law Review*, vol. 4, pp. 87-93.
- Monaghan, H. (1981), "Our Perfect Constitution", *New York University Law Review*, vol. 56, pp. 353 y ss.
- Monaghan, H. (1988), "Stare decisis and Constitutional Adjudication", *Columbia Law Review*, vol. 88, pp. 739 y ss.
- Montrose, J. L. (1953), *Annual Law Review of the University of Western Australia*.
- Montrose, J. L. (1957), "The Ratio Decidendi and the House of Lords", *Modern Law Review*, vol. 20.
- Moore, M. y Summers, R. (1984), "The Need for a Theory of Legal Theories: Assessing Pragmatic Instrumentalism", *Cornell Law Review*, vol. 69.

- Morgan, R. G. (1979), "Roe v. Wade and the Lessons of the Pre-Roe Case Law", *Michigan Law Review*, vol. 77.
- Murphy, W. y Pritchett, H. (1986), *Courts, Judges and Politics: An Introduction to Judicial Process*, 4a. ed., Nueva York, Random House.
- Nagel, R. (1993), *Constitutional Cultures. The Mentality and Consequences of Judicial Review*, Berkeley, University of California Press.
- Novak, L. (1989), "The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions", *Columbia Law Review*, vol. 80.
- Oliphant, H. (1928) "A Return to Stare Decisis", *American Bar Association Journal*, vol. 14.
- Owens, J. (1976), "The Huraska Commission's Proposed National Court of Appeals", *University of California Los Angeles Law Review*, vol. 23, pp. 580 y ss
- Perelman, C. (1988), *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Díez-Picazo, L. (trad.), Madrid, Cívitas.
- Perry, M. (1981), "Noninterpretative Review in Human Rights Cases: A Functional Justification", *New York University Law Review*, vol. 56, pp. 278 y ss.
- Perry, M. (1991), "The Legitimacy of Particular Conceptions of Constitutional Interpretation", *Virginia Law Review*, vol. 77.
- Posner, R. (1985), *The Federal Courts. Crisis and Reform*, Cambridge, Harvard University Press.
- Posner, R. (1986), "Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution", *Case Western Reserve Law Review*, vol. 37.

- Posner, R. (1988), *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Posner, R. (1990), *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press.
- Pound, R. (1908), "Mechanical Jurisprudence", *Columbia Law Review*, vol. 8.
- Pound, R. (1910), "Law in Books and Law in Action", *American Law Review*, vol. 44.
- Pound, R. (1921), *The Spirit of the Common Law*, New Hampshire, Marshall Jones Company.
- Pound, R. (1933), "Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law", *Tulane Law Review*, vol. 7.
- Pound, R. (1938), *The Formative Era of American Law*, Boston, Little, Brown and Company.
- Pound, R. (1941a), *Appellate Procedure in Civil Cases*, Boston, Little Brown and Co.
- Pound, R. (1941b), "What of Stare Decisis?", *Fordham Law Review*, vol. 10.
- Powers, W. (1976), "Formalism and Nonformalism in Choice of Law Methodology", *Washington Law Review*, vol. 53, pp. 28-33.
- Prieto Sanchís, L. (1993), *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Editorial Tecnos.
- Rakove, J. (ed.) (1990), *Interpreting the Constitution. The Debate Over Original Intent*, Boston, Northeastern University Press.

- Requejo, J. L. (1993), "Juricidad, precedente y jurisprudencia", *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo.
- Ripple, K. (1984), *Constitutional Litigation*, Virginia, The Michie Company Law Publishers.
- Scalia, A. (1989), "The Rule of Law as a Law of Rules", *The University of Chicago Law Review*, vol. 56.
- Scalia, A. (1997), "Common Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts Interpreting the Constitution and Laws", *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, en Gutmann, A. (ed.), pp. 3-47, Princeton University Press.
- Schauer, F. (1985), "Easy Cases", *Southern California Law Review*, vol. 58, pp. 399 y ss.
- Schauer, F. (1989), "Is Common Law Law?", *California Law Review*, vol. 60.
- Schauer, F. (1991), "Rules and The Rule of Law", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 14.
- Schauer, F. (1992), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination or Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press.
- Schauer, F. (1993), "Refining the Lawmaking Function of the Supreme Court", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 17.
- Schelly, J. (1985), "Interpretation in Law: The Dworkin-Fish Debate (Or, Soccer Amongst the Gahuka-Gama)", *California Law Review*, vol. 73, pp. 158 y ss.

- Schlag, P. (1985), "Rules and Standards", *University of California Los Angeles Law Review*, vol. 33.
- Schmidhauser, J. (1962), "Stare Decisis, Dissent, and the Background of the Justices of the Supreme Court of the United States", *University of Toronto Law Review*, vol. 14, pp. 194 y ss.
- Schwartz, B. (1963), *The Reins of Power. A Constitutional History of the United States*, Nueva York, Hill and Wang.
- Shaefer, W. (1985), "Precedent and Policy", *The University of Chicago Law Review*, vol. 58.
- Shapiro D. (1987), "In Defense of Judicial Candor", *Harvard Law Review*, vol. 100.
- Simpson, A. (1957), "The Ratio Decidendi of a Case", *Modern Law Review*, vol. 20, pp. 413 y ss.
- Simpson, A. (1958), "The Ratio Decidendi of a Case", *Modern Law Review*, vol. 21.
- Simpson, A. (1959), "The Ratio Decidendi of a Case", *Modern Law Review*, vol. 22, pp. 453 y ss.
- Simpson, W. (1961), "The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent", en Guest, A. G. (ed.), *Oxford Essays of Jurisprudence*, Londres, Oxford University Press.
- Spann, G. (1983), "Expository Justice", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 131.
- Stern, R. (1953), "Denial of Certiorari Dissipate a Conflict", *Harvard Law Review*, vol. 66, pp. 465 y ss.

- Stern, Gressman y Shapiro (1986), *Supreme Court Practice*, 6a. ed., Washington, The Bureau of National Affairs.
- Stevens, J. P. (1982), "Some Thoughts on Judicial Restraint", *Judicature*, 66, 177-183.
- Stoddard, T. (1987), "Bowers v. Hardwick: Precedent by Personal Predilection", *The University of Chicago Law Review*, vol. 54, pp. 648 y ss.
- Stone, J. (1959), "The *Ratio* of the *Ratio Decidendi*", *Modern Law Review*, vol. 22.
- Stone, J. (1969), "1966 and all That! Loosing the Chains of Precedent", *Columbia Law Review*, vol. 69.
- Stone, J. (1989), "Precedent, the Amendment Process and Evolution in Constitutional Doctrine", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 11.
- Strauss, D. (1993), "Abortion, Toleration and Moral Uncertainty", *Supreme Court Review*, pp. 10-20.
- Strauss, D. (1996), "Common Law Constitutional Interpretation", *The University of Chicago Law Review*, vol. 63, pp. 877 y ss.
- Sturley, M. (1989), "Observations on the Supreme Court's Certiorari Jurisdiction in Intercircuit Conflict Cases", *Texas Law Review*, vol. 67, pp. 1251 y ss.
- Sullivan, J. (1801), *The History of Land and Titles in Massachusetts*, Boston.
- Sullivan, K. (1992), "The Justices of Rules and Standards", *Harvard Law Review*, vol. 106.

- Summers, R. (1981), "Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and its Use", *Cornell Law Review*, vol. 66.
- Summers, R. S. (1997), *Precedent in the United States*, Nueva York State.
- Summers, R. y Atiyah, P. (1987), *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford, Clarendon Press.
- Sunstein, C. (1989), "Six Theses on Interpretation", *Constitutional Commentary*, vol. 6.
- Sunstein, C. (1996a), "Leaving things undecided", *Harvard Law Review*, vol. 110.
- Sunstein, C. (1996b), *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press.
- Surrency, E. (1981), "Law Reports in United States", *The American Journal of Legal Studies*, vol. 25.
- Sutherland, A. (1965), *Constitutionalism in America. Origin and Evolution of its Fundamental Ideas*, Nueva York, Blaisdell Publishing Company.
- Swift, Z. (1810), *A Digest of the Law of Evidence, in Civil and Criminal Cases, and a Treatise on Bills of Exchanges and Promissory Notes*, Hartford.
- "Symposium of Constitutional Law of the A.A.L.S", *Constitutional Commentary*, vol. 6, 1989.
- Thompson, T. (1984), "Increasing Uniformity and Capacity in the Federal Appellate System", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 11.

- Thurmon, M. (1992), "When the Court Divides: Reconsidering the Precedential Value in Supreme Court Plurality Decisions", *Duke Law Journal*, vol. 42.
- Tribe, L. (1990a), *Abortion: The Clashes of Absolutes*, Nueva York, Norton.
- Tribe, L. (1990b), *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Foundation Press.
- Tribe, L. y Dorf, M. (1990), "Levels of Generality in the Definition of Rights", *The University of Chicago Law Review*, vol. 57.
- Tribe, L. y Dorf, M. (1992), *On Reading the Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Ulmer, S. (1959), "An Empirical Analysis of Selected Aspects of Lawmaking of the United Supreme Court", *Journal of Public Law*, vol. 8, pp. 414 y ss.
- Uslaner E. y Weber R. (1979), "Public Support for Pro-Choice Abortion Policies in the Nation and States: Changes and Stability After the Roe and Doe Decisions", *Michigan Law Review*, vol. 77.
- University of Chicago Law Review* (1956), "Comment: Supreme Court no-clear-majority decisions. A study in stare decisis", vol. 24.
- Van Caenegem, R. C. (1988), *The birth of the common law*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press.
- Van Caenegem, R. C. (1993), *Judges, legislators & professors*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Wallace, C. (1983), "The Nature and Extent of Intercircuit Conflicts: A Solution Needed for a Mountain or a Molehill?", *California Law Review*, vol. 71.

- Warren, C. (1923), "New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789", *Harvard Law Review*, vol. 37.
- Warren, C. (1929), *The Making of the Constitution*, Boston, Little Brown and Company.
- Warren, E. (1974), "A Response to Recent Proposal to Dilute the Jurisdiction of the Supreme Court", *Loyola Law Review*, vol. 20, pp. 221 y ss.
- Wasserstrom, R. (1961), *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, California, Sandford University Press.
- Wellington, H. (1982), "The Nature of Judicial Review", *Yale Law Journal*, vol. 91, pp. 486 y ss.
- Wellintong, H. (1990), *Interpreting the Constitution: The Supreme Court and the Process of Adjudication*, New Haven, Yale University Press.
- Wesley-Smith, P. (1987), "Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis*", *Precedent in Law*.
- West, R. (1989), "Law, Literature, and Celebration of Authority", *Northwestern University Law Review*, vol. 83, pp. 977 y ss.
- White, E. (1972), "From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change", *Virginia Law Review*, vol. 58.
- White, E. (1988), *The American Judicial Tradition. Profiles of Leading American Judges*, Nueva York, Oxford University Press.
- White, J. B. (1989), "What Can a Lawyer Learn from Literature?", *Harvard Law Review*, vol. 102, pp. 2014 y ss.

- Winston, H. (1987), "On Treating Like Cases Alike", *California Law Review*, vol. 62, 1974.
- Wolfe, C. (1991), *La transformación de la interpretación constitucional*, Gracia Rubio, M. (trad.), Madrid, Civitas.
- Wright, C. (1957), "The Doubtful Omniscience of Appellate Courts", *Minnesota Law Review*, vol. 41.
- Wright, J. (1968), "The Role of the Supreme Court in a Democratic Society : Judicial Activism or Judicial Restraint?", *Cornell Law Review*, vol. 54, pp. 1 y ss.
- Wyzanski, C. (1952), "A Trial Judge's Freedom and Responsibility", *Harvard Law Review*, vol. 65.
- Yale Law Journal* (1941) "Note: The attitude of lower courts to changing precedent", vol. 50, pp. 1450 y ss.
- Zagrebelzky, G. (1995), *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Gascón, M. (trad.), Madrid, Editorial Trotta.
- Zobell, K. (1959), "Division of Opinion in the Supreme Court: A History of Judicial Disintegration", *Cornell Law Quarterly*, vol. 44, pp. 186-203.

Autora

Ana Laura Magaloni Kerpel es licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Cuenta también con estudios de especialización judicial ante el Instituto de Especialización de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como con estancias académicas en las universidades de Berkeley y Harvard en Estados Unidos de América, instituciones donde fue profesora e investigadora visitante.

Ha dedicado su vida profesional a estudiar el funcionamiento de las instituciones de justicia en México y a trabajar e impulsar iniciativas para fortalecerlo. Tras realizar sus estudios de posgrado, se incorporó al Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) como docente. En 1999 fundó y dirigió la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), espacio en el cual se desempeñó como investigadora y catedrática hasta 2020. En ese mismo año, fundó Magaloni Abogadas, un despacho especializado en litigio constitucional y en litigio estratégico de interés público.

Ha participado como consultora en las más importantes reformas judiciales de los últimos 25 años en México. En 1994 fue asesora externa de la Oficina de la Presidencia de la República para la elaboración del proyecto de reforma constitucional que reconfiguró a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y creó el Consejo de la Judicatura Federal. En 2008 fue asesora del secretario de Gobernación, en las reformas constitucionales de amparo y de acciones colectivas. En 2016 participó en la construcción de las reformas a la justicia cotidiana que buscaron mejorar el desempeño de las instituciones de justicia más cercanas a los ciudadanos. Ese mismo año fue diputada en la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, donde destacó por sus propuestas en materia de impartición de justicia. En 2018 fue presidenta de la Comisión Técnica para la Transición de la Procuraduría General de Justicia a la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México.

Finalmente, en 2019 formó parte de la terna para ser ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que envió el Ejecutivo federal al Senado de la República. Hoy es una de las voces más importantes en el debate público en torno a los desafíos del Estado de derecho en México. Desde hace 15 años tiene una columna quincenal en el periódico *Reforma*.

Precedente judicial

La finalidad de esta línea de investigación es la revisión crítica de los procesos de creación, cambio, publicación y seguimiento de la jurisprudencia de la Suprema Corte, así como de las tesis aisladas y de jurisprudencia. El estudio de los aspectos descritos anteriormente se lleva a cabo a la luz de las teorías del precedente en el derecho comparado, de los cambios que se han generado a partir de la apertura del sistema jurídico mexicano al derecho internacional de los derechos humanos y de evidencia empírica obtenida de resoluciones de la Suprema Corte y de tribunales vinculados por su jurisprudencia.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Noviembre de 2021.

La reciente reforma constitucional en materia de justicia federal introdujo el cambio más importante que se ha hecho al sistema de jurisprudencia en toda la historia de la Suprema Corte y sienta las bases para el tránsito a un sistema de precedentes para el Poder Judicial Federal. Estas modificaciones constitucionales y legales exigen que los operadores jurídicos adquieran herramientas argumentativas para hacer frente a estas modificaciones legislativas. Por esa razón la lectura de estas páginas es sumamente recomendable para los operadores jurídicos mexicanos.

En *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, Ana Laura Magaloni Kerpel realiza un análisis profundo y riguroso del *stare decisis* norteamericano en sus dimensiones vertical y horizontal. En esta obra el lector encontrará una explicación pormenorizada de conceptos que son básicos para leer las sentencias de los órganos judiciales en clave de precedente, tales como *holding*, *dictum* o *rationale*, así como una explicación de las maniobras que se utilizan cuando se trabaja con precedentes, como el *distinguish*, la selección de los hechos relevantes de un caso, el *overruling*, el valor del auto-precedente, o la forma en la que se determina el *holding* en las posturas maximalistas y minimalistas.

