

# SOBRE EL CAMBIO DE LOS PRECEDENTES

---

Eduardo Sodero\*

Constituye ya un lugar común en la discusión iusfilosófica actual que los “precedentes” ocupan una posición muy destacada entre los argumentos de que dispone el juez para justificar sus decisiones, tanto si hablamos del sistema de derecho continental o codificado, como si nos referimos al sistema del *common-law*.

En tal sentido -y como expresión del fenómeno de creciente acercamiento que experimentan ambos sistemas- basta un repaso a la praxis reflejada en sus colecciones de fallos para constatar que casi constantemente el centro de la argumentación judicial -en lugar de limitarse a la pura exégesis de textos legislativos- se desplaza hacia la consideración de decisiones anteriores, las que (según veremos) constituyen un material con el que siempre *debe* operar el juez “como uno de los novelistas de la cadena”, revisando lo que han escrito otros jueces, a fin de “interpretar lo que ha sucedido anteriormente, porque (el mismo) tiene la responsabilidad de hacer avanzar la empresa que tiene entre manos y no dar un viraje hacia otra dirección individual. (...) El deber de un juez es interpretar la historia legal que encuentra, no inventar una mejor”<sup>1</sup>.

Si consideramos que “el derecho es un concepto interpretativo”<sup>2</sup> y que los precedentes, al “completar la norma”, posibilitan precisamente esa “pre-comprensión” (*Vorverständnis*<sup>3</sup>) de la cual parte toda interpretación según lo denunciara la hermenéutica, comprenderemos entonces que aún cuando pueda ser exagerada la sentencia de Hughes -cuando señalaba, si bien pensando en la Constitución, que el derecho “es lo que

\* Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

<sup>1</sup> Dworkin, Ronald, “El derecho como interpretación”, en AA.VV., “Hermenéutica”, Arco/Libros, Madrid, 1997, pp. 225 y ss.

<sup>2</sup> “Law is an interpretative concept”: *vide*, al respecto Dworkin, Ronald, “Law’s Empire”, Cambridge, Mass./London, pp. 87 y 410.

<sup>3</sup> *Vide*, entre una bibliografía inagotable, la clásica obra de Josef Esser, “Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung”, Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1972.

los jueces dicen que es<sup>4</sup>—, resulta en todo caso innecesario un eventual alegato en pro de la centralidad de este tema, pues en definitiva —y para tomar palabras de Hart— dos son las técnicas de las que se vale el Derecho para regular las conductas: el precedente y la legislación<sup>5</sup>, siendo ambos elementos necesarios de todo sistema jurídico<sup>6</sup>.

Nuestra intención en el presente trabajo es formular algunas reflexiones acerca de uno de los aspectos más operativos de esta problemática, como lo es el vinculado con la observancia y el cambio o apartamiento de los precedentes, movidos por el interés de contribuir así al amplio debate que sobre la teoría de la interpretación o argumentación jurídica (o, en una terminología más clásica, teoría de las fuentes del derecho<sup>7</sup>)

<sup>4</sup> Hughes, Charles Evans, Speech Before the Chamber of Commerce, May 3, 1907, en “Public Papers of Charles Evans Hughes”, J.B.Lyons co., state printers, Albany, N. Y., 1908, p. 139.

<sup>5</sup> Hart, H. L. A., “El concepto de Derecho” (trad. Genaro Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 155.

<sup>6</sup> Los cuales vienen así a exhibir una nota común que, con todo, no le impide a Raz destacar que “las normas del common law son menos obligatorias que las normas legisladas”, por cuanto los precedentes, al contrario que las normas sancionadas por el legislador, pueden ser objeto de distinción (*distinguishing*) o de reemplazo/anulación (*overruling*) por los propios jueces, encontrándose por ello sometidas a una *especial revisibilidad* (*vide* Raz, Joseph, “La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral”, U.N.A.M., México, 1985, p. 237).

En su Lecture XXXVII (“Statute and Judiciary Law”), Austin decía que la principal diferencia que distingue al derecho legislado del judicial es que “a law made judicially is made on the occasion of a judicial decision. The direct or proper purpose of its immediate author es the decision of the specific case to which the rule is applied, and not the establishment of the rule. (...) He knows that similar cases may be decided in a similar manner; and that the principles or grounds of his decision may therefore be a law by which the members of the community may be bound to guide their conduct. But, this notwithstanding, his direct and proper purpose is not the establishment of the rule, but the decision of the specific case to which he applies it. He legislates *as properly judging*, and not *as properly legislating*. But a statute-law, or a law made in the way of direct legislation, is made solely, and is made professedly, *as a law or rule*. It is not the instrument or mean of deciding a specific case, but is intended solely to serve as a rule of conduct, and therefore to guide the tribunals in their decisions upon classes of cases” (Austin, John, “Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law”, 5ª ed., John Murray, London, 1885, vol. II, pp. 621/622).

<sup>7</sup> Entendiendo por fuentes del derecho a “toda razón que, de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica, puede ser usada como base justificatoria en la interpretación” (Aarmio, Aulis, “Lo racional como razonable”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 123), concepto éste que, si bien se mira, exhibe una total coincidencia en su perspectiva con la definición de argumento que proporcionaba Tomás de Aquino en sus “*Quaestiones disputatae de veritate*”, q. XIV, a. 2, ob. 14 (“*argumentum dicitur quod arguit mentem ad assentiendum alicui*”), pues en definitiva la justificación de las decisiones judiciales obedece-antes que nada- a la finalidad de convencer u obtener la adhesión de los destinatarios de las mismas, sin perjuicio de cumplir al propio tiempo una función validante del fallo.

se ha venido desarrollando con creciente intensidad –en particular desde que von Savigny publicara hacia 1840 su “System des heutigen Römischen Rechts”<sup>8</sup>– hasta llegar a constituirse en uno de los temas centrales de la filosofía del derecho y, más concretamente, de la lógica jurídica, configurando en ese ámbito lo que Bobbio diera en llamar “lógica de los juristas”<sup>9</sup>.

Por obvias razones de orden metodológico, nuestro análisis principiará por algunas observaciones acerca de los precedentes considerados en sí mismos y en cuanto a su obligatoriedad, para luego pasar al examen detenido de las diversas implicancias de lo que también se conoce como el problema del “cambio de jurisprudencia”<sup>10</sup>.

En cuanto a la importancia de los precedentes en esta reflexión, observa Alexy que “eine Theorie der juristischen Argumentation, die nicht auf die Rolle der Präjudizien eingeht, würde einen der wesentlichen Aspekte juristischen Argumentierens verfehlen” (Alexy, Robert, “Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung”, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978, p. 334).

<sup>8</sup> Savigny, Friedrich Carl von, “Sistema de Derecho Romano actual”, versión española por F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878. Cfr., en especial, tomo I, libro I, capítulo IV “Interpretación de las leyes”, pp. 145/221. A diferencia de Robert Alexy, quien le atribuye a von Savigny “haber dado el puntapié inicial” en la discusión (*vide* “Theorie der juristischen Argumentation”, *op. cit.*, p. 288) hemos preferido decir “en particular” porque –como se ha observado– “si bien es cierto que Savigny formuló los cánones con mayor expresividad que sus contemporáneos, sus predecesores fueron los juristas del derecho romano clásico. El emperador Justiniano inmortalizó las reglas para el hallazgo del derecho en su gran obra legislativa. La codificación justiniana estuvo desaparecida durante quinientos años. En el siglo XII fue despertada a una nueva vida por los juristas italianos de la Universidad de Bologna (destacándose Imerius -1055-ca. 1130-, fundador de la escuela boloñesa). Y a mediados del siglo XVI aparecieron en Italia las primeras teorías interpretativas” (Raisch, Peter, “Juristische Methoden: Vom antiken Rom bis zur Gegenwart”, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, p. 2).

De todas maneras, lo indiscutible es que “the theory of legal reasoning has recently become one of the central topics in the international discussion of legal theory and legal philosophy” (Aarnio, Aulis; Alexy, Robert y Peczenik, Alexander, “The Foundation of Legal Reasoning”, en *Rechtstheorie* 12 (1981), Duncker & Humblot, Berlin, p. 133) lo cual se explica por la necesidad de una teoría del razonamiento jurídico, derivada del hecho que “you cannot have an adequate theory of rights without having a theory of legal reasoning, and an adequate theory of legal reasoning presupposes a theory of rights” (Alexy, Robert, “Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse”, en *Ratio Juris*, vol. 5, nro. 2, 1992, p. 143).

<sup>9</sup> Bobbio, Norberto, “Derecho y Lógica”, Centro de Estudios Filosóficos, U.N.A.M., México, 1965, Cuaderno 18, p. 23.

<sup>10</sup> Un problema de cuyo alto grado de polémica dan testimonio los acalorados debates que siempre suscita la ruptura con precedentes anteriores, como el reciente ejemplo de la Corte Suprema de Justicia estadounidense, al dejar sin efecto “Bowers vs. Hardwick” (478 U.S. 186 [1986]) en “Texas vs. Lawrence” (junio 26, 2003), con una fuerte discusión entre sus integrantes.

## i. ¿Qué son, y cómo pueden ser, los “precedentes”?

Constituye un “precedente” a los fines de la interpretación jurídica toda decisión judicial anterior que tenga alguna *relevancia*<sup>11</sup> para el juez que debe resolver el caso. Se trata, según puede advertirse, de una noción amplia<sup>12</sup> que excluye eventuales restricciones como las que podrían derivarse de atribuir el valor de “precedentes” sólo a las decisiones emanadas de las cortes supremas respectivas, o que expresen criterios “reiterados” en otras decisiones –requisitos presentes en el artículo 1.6 del Título Preliminar al Código Civil español<sup>13</sup>–, o que estén “firmes” (esto es, que gocen del status de la *res iudicata*), o que hayan sido publicadas<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Aarnio, Aulis, “Lo racional como razonable”, *op. cit.*, p. 126.

<sup>12</sup> No podemos, sin embargo, ocuparnos aquí de las *dissenting opinions* y su rica problemática, muchas veces olvidada –con interrogantes como el de la posición en que se encuentra el juez respecto de sus propias disidencias, o el del valor que cabe reconocerles, destacado oportunamente por Hughes cuando decía –pensando en la Corte que presidió alguna vez– que “un voto particular, en un tribunal de última instancia, es una exhortación al espíritu permanente del derecho, a la inteligencia de un día futuro en el que una decisión ulterior pueda corregir el error cometido por la Corte a juicio del disidente” (Hughes, Charles Evans, “La Corte Suprema de Estados Unidos”, F.C.E., México, 1946, p. 78).

<sup>13</sup> Cuando define a la jurisprudencia como “la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

Lo dicho no obsta a remarcar que, indudablemente, la fuerza de un precedente es en principio mayor si integra una jurisprudencia constante (la “*perpetuo similiter judicatarum*” de los romanos) que si se trata de una sentencia aislada; lo mismo si proviene del tribunal de máxima jerarquía dentro del país, supuesto en el que frecuentemente basta con un solo pronunciamiento por aquello de que la Corte Suprema es “el intérprete final de la Constitución” (*vide*, por ejemplo, “Cooper vs. Aaron”, 358 U.S. 1 [1958]).

En México, por ejemplo, la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige que, para constituir “jurisprudencia”, las resoluciones “se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario” (arts. 192 y 193).

<sup>14</sup> Al respecto cabe mencionar el caso “Anastasoff v. United States” (223 F. 3d 898 -8<sup>th</sup> Circ. 2000-), donde la Court of Appeals del 8<sup>o</sup> Circuito, frente al planteo de que una decisión no publicada no sería *precedent* de conformidad a la Regla 28 A (i) del 8<sup>o</sup> Circuito –“unpublished decisions are not precedent (...)”–, declaró que tal regla es inconstitucional según el Artículo III de la Constitución, fundándose –entre otros– en el argumento originalista de que los *Framers* no veían en la ausencia de un sistema de *reports* un impedimento para la *predecisional authority* de una decisión judicial, concepción que coincidiría con la *immemorial tradition* del Common-law. La decisión judicial no publicada –se dijo– es un “precedente” en tanto, además, “unpublished” no significa “secretá”, y siempre los fallos están disponibles en los registros oficiales del tribunal. La inconstitucionalidad apuntada deviene de que la Rule en cuestión permite ignorar la “doctrina del precedente” sin una razón que lo justifique, confiriendo una discrecionalidad a los jueces más allá de los límites del citado Artículo III.

Según su origen, tales precedentes pueden provenir de tribunales de extraña jurisdicción (nacional o extranjera<sup>15</sup>), de la misma jurisdicción (de jerarquía inferior, igual o superior), de tribunales supranacionales o internacionales, o finalmente, del propio tribunal (“autoprecedente”<sup>16</sup>). Asimismo, y desde el punto de vista de la necesidad de su consideración, encontramos –para seguir la categorización de Peczenik referida a las fuentes del derecho<sup>17</sup>– que hay precedentes que “deben” (*must*), otros que “deberían” (*should*)<sup>18</sup> y, finalmente, otros que “pueden” (*can*) ser considerados por aquél.

Conjugando ambas distinciones, vemos que los precedentes que provienen de tribunales de extraña jurisdicción o de la misma jurisdicción con igual o inferior jerarquía, funcionan en el discurso como argumentos “*par l'exemple*” o “de ilustración”<sup>19</sup>, sin que exista ninguna obligación de considerarlos, por lo que es respecto de ellos que más propiamente vale decir con Martínez García que así como su técnica es la cita, la condición de su uso es la “erudición”<sup>20</sup>, o en palabras de Perelman, el “*prestige*”.

Si nos referimos, en cambio, a los precedentes emanados de tribunales de jerarquía superior (en la jurisdicción provincial o nacional<sup>21</sup>),

<sup>15</sup> Lo cual nos conduce al argumento comparativo, presente de manera reiterada –por ejemplo– en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, en particular por el seguimiento de criterios de su similar norteamericana, cuya “sabiduría práctica” ha reconocido alguna vez (así, Fallos, 178:327) –*vide* Miller, Jonathan, “The authority of a foreign talisman: a study of US Constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine Elite’s leap of faith”, *American University Law Review*, vol. 46, núm. 5, junio de 1997–.

<sup>16</sup> Lo cual plantea el interrogante de los eventuales cambios en la integración del tribunal o en la titularidad del propio juzgado unipersonal, de lo que nos ocuparemos *ut infra*.

<sup>17</sup> Peczenik, Alexander, “Grundlagen der juristischen Argumentation”, Springer Verlag, Wien-New York, 1983, p. 57.

<sup>18</sup> Refiriéndose precisamente a la obligatoriedad de sus fallos, la Corte estadounidense ha dicho que “if a precedent of this Court has direct application in a case (...) the Court of Appeals *should* follow the case which directly controls (...)” (“*Agostini v. Felton*”, 521 U.S. 203, 237 [1997], la cursiva me pertenece).

<sup>19</sup> Perelman, Chaïm et Olbrechts-Tyteca, L., “La Nouvelle Rhétorique. Traité de l’Argumentation”, Presses Universitaires de France, Paris, 1958, tome second, pp. 471 y ss., 481 y ss.

<sup>20</sup> Martínez García, J. I., “Decisión jurídica y argumento de autoridad”, en AFD, Nueva Época, 1984, T. I, p. 150.

<sup>21</sup> Schlüchter destaca que en los estados federales existen dos “Präjudizienpyramiden” independientes: la de la justicia federal y las de cada una de las justicias de los estados federados, existiendo un supuesto en que tal independencia se rompe: cuando el máximo tribunal del país

aparece la nota distintiva de la obligatoriedad, que –como enseña Aarnio– puede ser legal (*de iure*) o fáctica (*de facto*)<sup>22</sup>: en el primer supuesto, la inobservancia del precedente “está legalmente sancionada” –con la invalidación del fallo y/o la posibilidad de que el juez sea acusado de mal desempeño de sus funciones (incluso, de prevaricato<sup>23</sup>)–, mientras que en el segundo la consecuencia no consiste en una sanción sino, exclusivamente, en la posibilidad de que el caso sea decidido de manera diferente (de acuerdo con el precedente) por el tribunal superior.

Particular atención merecen igualmente los precedentes originados en fallos de tribunales con jurisdicción comunitaria, supranacional o, incluso, internacional, que plantean una serie de cuestiones –que tampoco podemos examinar– vinculadas con su observancia por los tribunales domésticos, impuesta fundamentalmente por consideraciones de responsabilidad internacional<sup>24</sup>.

Llegamos, finalmente, al “autoprecedente”: en este supuesto, a diferencia de los anteriores, el tribunal que dictó el precedente es el mismo que tiene que resolver el caso, por lo que el material “jurisprudencial” con el que opera está constituido por las propias decisiones, debiendo realizarse en definitiva –y para emplear palabras de Perelman– una “deliberación consigo mismo” (*délibération avec soi-même*)<sup>25</sup>.

ejercita su potestad constitucional y, por ejemplo, dice que la norma “X” es inconstitucional (Schlüchter, Ellen, “Mittlerfunktion der Präjudizien”, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1986, p. 74).

<sup>22</sup> Aarnio, Aulis, “Lo racional como razonables”, *op. cit.*, p. 126.

<sup>23</sup> En el caso de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana, la historia de su obligatoriedad legal se remonta a la Ley de Amparo Orgánica de los Artículos 101 y 102 de la Constitución (del 14.XII.1882), elaborada sobre la base del Proyecto Vallarta, cuyo autor estaba preocupado por que se reconociera “la altísima misión que la Corte tiene con ser el intérprete final de esa suprema ley” (*vide* Vallarta, Ignacio Luis, “El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus. Ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales”, 4º ed., t. V, Porrúa, México, 1989, pp. 319 y ss.)- donde se atribuía a sus pronunciamientos el valor de “suprema regla de conducta” para los tribunales a la hora de “fijar el derecho” (art. 47, ley cit.), al punto de que la ignorancia de la interpretación constitucional fijada por la Suprema Corte en por lo menos cinco ejecutorias uniformes sería castigada “con la pérdida de empleo y con prisión de seis meses a tres años, si el juez ha obrado dolosamente, y si sólo ha procedido por falta de instrucción o descuido, quedará en suspenso de sus funciones por un año” (art. 70, ley cit.).

<sup>24</sup> Un testimonio de esto lo constituye el valor reconocido por la Corte Suprema argentina a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos “Ekmekdjian” (Fallos, 315:1492), “Giroldi” (Fallos, 318:514), “Acosta” (Fallos, 321:3555), etc..

<sup>25</sup> Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, p. 53.

Dejando de lado interrogantes de enorme interés (como los que resultan de los cambios en la composición o titularidad del tribunal, que generalmente traen consigo modificaciones jurisprudenciales<sup>26</sup>, y donde cabe preguntarse si es realmente el “mismo” juzgado o la “misma Corte”, o si los nuevos jueces en realidad están libres de toda atadura), la cuestión fundamental que se plantea es sobre la posición en que se encuentra el juez respecto de sus anteriores decisiones, cuando éstas tienen relevancia para el caso actual, un punto donde Alexy nos aporta (como una de las reglas básicas del discurso práctico general) la regla de que “ningún hablante puede contradecirse”<sup>27</sup>, lo cual nos conduce ante el principio de coherencia y su papel en el discurso propiamente jurídico<sup>28</sup>.

## ii. Cambio de jurisprudencia y “*stare decisis*”

Repasando las distintas hipótesis vemos que el problema del “cambio de jurisprudencia” está planteado estrictamente en la última alternativa, o sea, cuando se abandona un criterio propio y ya “no se está a lo decidido”, para emplear con libertad la conocida fórmula “*stare decisis et quia non movere*”, fórmula que más allá de las polémicas sobre su significado<sup>29</sup>, expresa en definitiva el principio de que un tribunal debe seguir sus propios precedentes en casos análogos<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Como se lee en la disidencia del Justice Scalia en “South Carolina v. Gathers”, 490 U.S. 805 (1989), “overrulings of precedent rarely occur without a change in the Court’s personnel”.

<sup>27</sup> “Kein Sprecher darf sich widersprechen” (Alexy, Robert, “Theorie der juristischen Argumentation”, *op. cit.*, p. 234).

<sup>28</sup> Vide Alexy, Robert-Peczenik, Aleksander, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, vol. 3, n° 1 bis, March 1990, pp. 130 y ss.

<sup>29</sup> Pues para algunos por *stare decisis* hay que entender la regla que atribuye valor vinculante a las decisiones de los órganos judiciales de mayor jerarquía (en tal sentido, la clásica obra de sir Rupert Cross, “Precedent in English Law”, 3a. ed., Clarendon Press, Oxford, 1977; *vide*, también, el igualmente clásico libro de Julio Cueto Rúa, “El ‘Common Law’”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1957, pp. 32, 121 y 141).

<sup>30</sup> Así, Alonso García, quien agrega: “el que el tribunal inferior siga el precedente del superior no es una derivación del principio de *stare decisis*, sino de la regla administrativa que, para el buen funcionamiento de los tribunales y en aras de la uniformidad, implica el que dicho tribunal inferior siga las directrices del superior” (Alonso García, Enrique, “La interpretación de la Constitución”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 165).

También hay versiones que incluyen ambos aspectos, como las de Chamberlain (“a deliberate or solemn decision of a court or judge, made after full argument on a question of law fairly arising

Como es bien sabido, la doctrina del precedente –que según el *Chancellor Kent* se remonta a “los primeros períodos de la historia inglesa”<sup>31</sup>– fue definitivamente establecida en Inglaterra hacia el siglo XVIII<sup>32</sup>, correspondiendo a Blackstone el mérito de haber sido uno de los primeros autores en ocuparse de este principio en sus *Commentaries* (1769)<sup>33</sup>, al observar que «es una regla establecida (*established rule*) la de atenerse a los precedentes anteriores cuando los mismos puntos se presentan nuevamente en litigio: para mantener la balanza de la justicia firme y estable, y no sujeta a variación con la opinión de cada nuevo juez; y también porque el derecho solemnemente declarado y determinado en ese caso, y que antes era incierto o quizás indiferente, se ha convertido ahora en una *permanent rule* que no puede ser alterada o modificada por ningún juez posterior de acuerdo con sus sentimientos privados; (...) él no ha sido comisionado para pronunciar un derecho nuevo, sino para conservar y exponer el viejo”<sup>34</sup>.

Esta doctrina fue recibida en los Estados Unidos<sup>35</sup> a partir de los propios *framers*, notablemente influidos por las ideas de Blackstone<sup>36</sup>, siendo inmediatamente asumida como un principio fundamental por la literatura clásica, como es el caso de Kent, quien tras observar que

in a case and necessary to its determination, is an authority or binding precedent in the same court, or in other courts of equal or lower rank within the same jurisdiction, in subsequent cases where the very point is again presented” (Chamberlain, Daniel H., “The Doctrine of Stare Decisis as Applied to Decisions of Constitutional Questions”, 3 Harvard Law Review [1889], p. 125), o sir John William Salmond, para quien *stare decisis* significaba en el derecho inglés que “1º) todos los tribunales se encuentran absolutamente obligados por las sentencias de todos los tribunales que les son superiores (...); 2º) la Cámara de los Lores se encuentra absolutamente obligada por sus propias sentencias; 3º) el tribunal de apelaciones pareciera encontrarse absolutamente obligado por sus propias sentencias y por las de los antiguos tribunales de jerarquía coordinada (...)” (“Jurisprudence”, 9ª ed., Sweet and Maxwell Ltd., London, 1937, p. 234).

<sup>31</sup> Kent, James, “Commentaries on American Law”, 11º ed., Little, Brown and Company, Boston, 1867, vol. I, p. 517; sir Edward Coke decía al respecto que “los precedentes han sido siempre respetados” (“Slade v. Morley”, 4 Co. Rep. 91, 76 Eng. Rep. 1074 [K.B. 1602]).

<sup>32</sup> Holdsworth, sir William, “A History of English Law”, Methuen & Co Ltd and Sweet and Maxwell, London, 1964-66, v. xii, pp. 146 y ss.

<sup>33</sup> “Quien está ubicado con justicia a la cabeza de todos los modernos escritores que tratan los principios generales y elementales del derecho” (Kent, James, *op. cit.*, vol. I, p. 553).

<sup>34</sup> Blackstone, sir William, “Commentaries on the Laws of England”, 15ª ed., printed by A. Strahan for T. Cadell and W. Davies, London, 1809, Libro Primero, pp. 68/69.

<sup>35</sup> Donde ha funcionado con alcances «rather more liberal» (Patton, George Whitecross, “A Text-book of Jurisprudence”, Clarendon Press, Oxford, 1946, p. 159).

<sup>36</sup> Como se lee en “Schick vs. United States”, 195 U.S. 65, 69 [1904]).



“adjudged cases become precedents for future cases resting upon analogous facts, and brought within the same reason; and the diligence of counsel, and the labor of judges, are constantly required, in the study of the reports in order to understand accurately their import, and the principles they establish”<sup>37</sup>, postulaba en definitiva que “a solemn decision upon a point of law existing in any given case becomes an authority in a like case, because it is the highest evidence which we can have of the law applicable to the subject, and the judges are bound to follow that decision so long as it stands unreversed, unless it can be shown that the law was misunderstood or misapplied in that particular case. If a decision has been made upon solemn argument and mature deliberation, the presumption is in favor of its correctness, and the community have a right to regard it as a just declaration or exposition of the law, and to regulate their actions and contracts by it. It would therefore be extremely inconvenient to the public if precedents were not duly regarded, and implicitly followed”<sup>38</sup>.

Ahora bien: así como en un primer estadio de su desarrollo la doctrina del precedente era, al menos en la concepción de Coke, antes que nada un arma para defender la independencia judicial y limitar los poderes del rey<sup>39</sup>, y en un segundo momento su *ratio essendi* pasó a ser —como lo evidencia la cita de Kent— la de asegurar la previsibilidad de las decisiones judiciales<sup>40</sup>, en la actualidad tal argumento —que podríamos llamar “de seguridad jurídica”— ha dejado de ser el único (¿o principal?) fundamento de la exigencia de observar los precedentes, a partir de la irrupción de las teorías de la argumentación jurídica, que han venido a corregir y completar el panorama de pautas operativas en el

<sup>37</sup> Kent, James, *op. cit.*, vol. I, p. 517.

*Vide* también, Cooley, Thomas M., “A Treatise on the Constitutional Limitations”, 7th. ed., Little, Brown and Co., Boston, 1903, pp. 83/84, donde el autor cita al pie de la letra a Kent.

<sup>38</sup> Kent, James, *op. cit.*, vol. I, pp. 519/520.

<sup>39</sup> *Vide* Berman, Harold J./Reid, Charles J. Jr., “The Transformation of English Legal Science: From Hale to Blackstone”, 45 *Emory Law Journal* 437, 450 [1996].

<sup>40</sup> *Vide* Chamberlain, Daniel H., art. cit., p. 130 (donde califica al *stare decisis* como “a rule of convenience”, agregando que “law, to be obeyed or followed, must be known; to be known it must be fixed; to be fixed, what is decided today must be followed tomorrow, and *stare decisis et non quieta movere* is simply a sententious expression of these truths”).

Decía el citado Kent que “es gracias a la notoriedad y estabilidad” de las reglas jurisprudenciales que los profesionales “pueden dar seguro consejo a quienes los consultan”, y el pueblo en general puede emprender confiadamente negocios con otros (“*Commentaries on American Law*”, *op. cit.*, vol. I, p. 520).

punto, aunque sin desplazar totalmente a las otras razones, tal como se demuestra *ut infra*.

### iii. ¿Cuándo cambiar?

Explica Aarnio que “a fin de que la vida social no caiga en el caos (...) las regulaciones tienen que tener algún tipo de contenido. Cuando especifican los contenidos del sistema jurídico, tanto los funcionarios como los científicos tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias”<sup>41</sup>; con la primera se permite anticipar las relaciones sociales y la segunda, a su vez, posibilita ajustar el derecho a las nuevas realidades<sup>42</sup>.

Nos encontramos así con una exigencia ineludible de la teoría de los precedentes: reconciliar la obligatoriedad de seguirlos (*following*) con la facultad/deber de los jueces de encontrar la solución más correcta o justa para la disputa jurídica concreta. Al respecto ya Perelman advertía que el “principio de inercia” no significa que todo lo que es deba permanecer inmodificado, sino sólo que es irrazonable abandonar sin fundamento una concepción ya aceptada<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Aarnio, Aulis, “Lo racional como razonable”, *op. cit.*, p. 32

<sup>42</sup> Adaptación o ajuste ya reclamado, con relación a la Constitución, por John Marshall en el caso “*McCulloch vs. Maryland*” (4 Wheat. 316 [1819]), al señalar que ese instrumento está llamado a perdurar en el tiempo, teniendo que adaptarse “a las diferentes crisis de los asuntos humanos” (*vide* Corwin, Edward S., “La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual”, Ed. Fraterna, Buenos Aires, 1987, p. 13).

Sobre las reservas que merece la aplicación de la doctrina del *stare decisis* en materia constitucional también se pronunciaba Willoughby: “there are indeed good reasons why the doctrine of *stare decisis* should not be so rigidly applied to the constitutional as to other laws” (Willoughby, Westel Woodbury, “The Constitutional Law of the United States”, Baker, Voorhis and Company, New York, 2nd. ed., 1929, vol. I, p. 74). Con todo, sentenciaba Black que “the principle of *stare decisis* applies with special force to the construction of constitutions, and an interpretation once deliberately put upon the provisions of such an instrument should not be departed from without grave reasons” (Black, Henry Campbell, “Handbook of American Constitutional Law”, 4ª. ed., West Publishing Company, St. Paul, Minn., 1927, p. 90).

<sup>43</sup> Perelman, Chaïm, “Betrachtungen über die praktische Vernunft”, en *Zeitschrift für philosophische Forschung* 20, 1966, p. 219.; también Alexy, Robert, “Theorie der juristischen Argumentation”, *op. cit.*, p. 217.

Es que si bien todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener una rectitud absoluta “en el sentido de que sea tanto definitiva como válida para todos los tiempos. Nunca es definitiva porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones. Definitivamente válida tampoco puede serlo porque la interpretación tiene siempre una referencia de sentido a la totalidad del orden jurídico respectivo y a las pautas de valoración que le sirven de base”<sup>44</sup>, condicionados siempre por el factor tiempo, de suerte tal que un cambio en la situación demanda el consiguiente “ajuste jurisprudencial”.

Además, y si bien se mira, hablar de que existe un apartamiento del precedente supone que se ha determinado la sustancial similitud de casos, extremo que no se presenta cuando –más allá de la obvia la dificultad que existe para tal determinación– se ha verificado un cambio de circunstancias o de “contexto”.

En cualquier caso, el concepto clave es el de *racionalidad*: a la luz del mismo, la sujeción al precedente perderá justificación cuando sólo se sustente en lo que Bentham denomina falacia del “miedo a la innovación”, consistente en el rechazo de toda nueva medida simplemente porque es nueva<sup>45</sup> y que se da la mano con otros sofismas que discurren en idéntica dirección, también tratados por Bentham al hablar de las falacias de autoridad, como los de “la sabiduría de los antepasados o argumento chino” y de “la ausencia de precedentes”<sup>46</sup>.

Esa racionalidad supone que todo juez llamado a decidir un caso cuya materia ha sido resuelta en fallos anteriores puede y debe someter los precedentes a un “test de fundamentación racional”, y “decidir independientemente, según su convicción formada en conciencia, si la interpretación expresada en el precedente, la concretización de la norma o el desarrollo judicial del derecho son acertados y están fundados en el derecho vigente. Por tanto, el juez no debe aceptar, en cierto modo ‘cie-

<sup>44</sup> Larenz, Karl, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1994, p. 311.

<sup>45</sup> Bentham, Jeremy, “Falacias políticas” (trad. Javier Ballarín), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 84. Para Perelman esto “de ningún modo corresponde a un sofisma, sino al efecto de la inercia que favorece el estado de cosas existentes, el cual sólo debe modificarse si hay razones en pro de la reforma” (Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, L., *op. cit.*, p. 143).

<sup>46</sup> *Vide* Bentham, Jeremy, *op. cit.*, pp. 41 y 65.

gamente', el precedente. No sólo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado o si la cuestión rectamente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico"<sup>47</sup>.

Es que, aunque el respeto de los precedentes no sea una exigencia caprichosa, tampoco puede traducirse en un "aprisionamiento de la razón" (en la gráfica expresión del juez Frankfurter en su voto disidente en "U.S. v. International Boxing Club"<sup>48</sup>), ni significar que los jueces queden atrapados por antiguos errores<sup>49</sup>, tal como lo ha manifestado también el *Bundesverfassungsgericht* al ocuparse del problema del *overruling* en una decisión de 1991, cuando precisó que "la pretensión de validez de un precedente más allá del caso concreto se basa solamente en la fuerza de convicción (*Überzeugungskraft*) de sus fundamentos, como así también en la autoridad y competencia del tribunal"<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Larenz, Karl, "Metodología de la Ciencia del Derecho, *op. cit.*, p. 431.

Esto nos hace pensar en la vieja regla, pensada para las leyes, de "cessante razione legis, cessat lex ipsa", que hace decir a Austin que "in the case of judiciary law, if the ground of the decision has fallen away or ceased, the ratio decidendi being gone, there is no law left" (Austin, John, *op. cit.*, vol. II, p. 631).

Zagrebel'sky, por su parte, propone la fórmula de la "continuidad jurisprudencial críticamente evaluada" (Zagrebel'sky, Gustavo, "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución" en López Pina, Antonio (ed.), "División de Poderes e Interpretación", Tecnos, Madrid, 1987, p. 175).

<sup>48</sup> 348 U.S. 236, 249 (1955).

<sup>49</sup> Decía Hobbes que no hay juez que no pueda errar en un juicio y que "si posteriormente, en otro caso análogo, encuentra más de acuerdo con la equidad dar una sentencia contraria, está obligado a hacerlo. Ningún error humano se convierte en ley suya, ni le obliga a persistir en él: ni (por la misma razón) se convierte en ley para otros jueces, aunque hayan hecho promesa de seguirla" (Hobbes, Thomas, "Leviatan", F.C.E., México, 1940, p. 227).

En idéntica dirección se manifestaba Taney, pensando en los precedentes constitucionales: "I had supposed that question to be settled, so far as any question upon the construction of the Constitution ought to be regarded as closed by the decision of this court. I do not, however, object the revision of it, and am quite willing that it be regarded hereafter as the law of this court that its opinion upon the construction of the Constitution is always open to discussion when it is supposed to be founded in error, and that its judicial authority should hereafter depend altogether on the force of the reasoning by which it is supported" ("Passenger cases", 7 How. 283, cit. por Willoughby, *op. cit.*, vol. I, p. 74).

<sup>50</sup> "Aussperrung", BVerfGE 84, 212 -227-. Al respecto, *vide* Alexy, Robert-Dreier, Ralf, "Precedent in the Federal Republic of Germany", en McCormick, D. Neil-Summers, Robert S. (eds.), "Interpreting Precedents. A Comparative Study", *op. cit.*, p. 29.

#### iv. Las exigencias para el cambio

Alexy apunta que, como derivación del principio de universalidad (Universalisierbarkeitsprinzip), existe la “regla de la carga de argumentación” (Argumentationslastregel)<sup>51</sup>, que determina que quien quiera apartarse de un precedente tiene que asumir la carga de justificar tal apartamiento<sup>52</sup>, siendo inadmisibles el abandono discrecional de los precedentes, que sería ofensivo para la seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad de las decisiones judiciales; hay, pues, una necesidad de “tomar en serio” (para apropiarnos de la expresión patentada por Dworkin) los precedentes<sup>53</sup>.

El propio Alexy remite aquí al “principio perelmaniano de inercia” (Perelmansche Trägheitsprinzip)<sup>54</sup>, característico del derecho y de la mentalidad de los juristas<sup>55</sup>, que determina que la apelación a una praxis

<sup>51</sup> Alexy, Robert, “Theorie der juristischen Argumentation”, *op. cit.*, p. 335.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 339 y 366 (“Wer von einem Präjudiz abweichen will, trägt die Argumentationslast”. Martin Kriele diría que “Präjudizien sind zwar nicht verbindlich, aber sie kehren die Begründungspflicht um: Sie sind in aller Regel der Ausgangspunkt unserer juristischen Überlegungen” (Kriele, Martin, “Recht und praktische Vernunft”, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1979, p. 93); “die Verbindlichkeit der Präjudizien nur präsumptiv ist. Ein Gericht darf zwar Präjudizien nicht negieren, aber es darf sich mit ihnen auseinandersetzen und auf Grund von Gegenrunden von ihnen abweichen. Es ist nur zu beachten, dass es dabei die *Argumentationslast* hat” (Kriele, Martin, “Theorie der Rechtsgewinnung”, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, p. 253).

Al fundar la exigencia de argumentar en el principio de universalidad y coherencia, Alexy evita sustentarse en una suerte de “presunción de legitimidad” del precedente, y en esa suposición de rectitud del precedente de que habla el mismo Kriele (Kriele, Martin, “Theorie der Rechtsgewinnung”, *op. cit.*, pp. 160, 165, 245 y ss., 258 y ss.), y que motivara la crítica de Larenz -quien advierte que “el juez no debe abandonarse a ellos sin el menor reparo, sino que tiene que formarse un juicio propio, al menos cuando abraiga dudas respecto de la rectitud del precedente” (Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 431)-.

<sup>53</sup>Una exigencia que, si bien se mira, se proyecta directamente en la actitud que deben adoptar los tribunales al fallar, determinando que ellos -contra el modelo clásico de adjudicación- no puedan cerrar su mirada al caso particular, sino que deban siempre tener en cuenta que resuelven “más allá del mismo”, sentando reglas llamadas a funcionar en casos futuros, lo cual configura una de esas consecuencias que “deben ser ponderadas por los jueces”, para apelar a la conocida fórmula de Oliver Wendell Holmes (*vide* su “The Path of Law”, 10 Harvard Law Review [1897], p. 443 ), coincidente en su espíritu con la de Kriele: “der Jurist muss sich fragen, welche praktischen Konsequenzen es voraussichtlich haben wird, wenn er so oder so entscheidet” (Kriele, Martin, “Recht und praktische Vernunft”, *op. cit.*, p. 75).

<sup>54</sup> *Vide* Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, L., *op. cit.*, pp. 142 y ss.

<sup>55</sup> Y fundamento de la estabilidad de nuestra vida espiritual y social (Perelman, Chaïm, “Betrachtungen über die praktische Vernunft”, *art. cit.*, p. 219).

preexistente no necesite ninguna justificación<sup>56</sup>, ya que, para seguir con el fundador de la Escuela de Bruselas, “lo precedente se convierte en parte integrante del sistema jurídico, en un modelo del que (los jueces) pueden prevalerse con la condición de mostrar que el nuevo caso se asemeja suficientemente al antiguo. (...) En efecto, se estima que el enunciar ciertos actos, ya se trate de apreciaciones o decisiones, es un consentimiento implícito a su utilización en concepto de precedentes, una especie de compromiso (une sorte d’engagement) para comportarse de forma semejante en situaciones análogas”<sup>57</sup>, idea que se da la mano con la ya apuntada fórmula de justicia que prescribe “tratar igual a lo igual”, de suerte tal de no introducir discriminaciones arbitrarias.

El Tribunal Constitucional español se ha ocupado de esta exigencia que pretende derivarse del principio de igualdad, señalando que aunque éste no implica una férrea inmutabilidad de los criterios interpretativos, “impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”<sup>58</sup>.

Por ello, una vez adoptado un criterio el mismo sólo puede ser modificado por *raisons suffisantes*<sup>59</sup>, pues detrás se encuentra esa “continuidad” que constituye la base de la vida social y espiritual<sup>60</sup>, lo cual también determina que el apartamiento de los precedentes deba ser visto como la *última ratio*, cuando el juez, al considerar inconvenientes los criterios disponibles, no pueda eludir su aplicación aprovechando posibles ambigüedades o vaguedades lingüísticas<sup>61</sup>, o apelando a otros re-

<sup>56</sup> “Die Berufung aus eine bestehende Praxis bedarf keiner Rechtfertigung” (Alexy, Robert, “Theorie der juristischen Argumentation”, *op. cit.*, p. 216)

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 144 y 145.

Existe, pues, un deber *prima-facie* de los jueces de conformar sus decisiones a los propios precedentes (*prima-facie duty*; vide al respecto Brenner, Saul & Spaeth, Harold, “Stare Indecisis: The Alteration of Precedent on the Supreme Court 1946-92”, Cambridge University Press, New York, 1995, p. 1).

<sup>58</sup> STC 40/1979, del 14 de julio (F.J. 2º), reiterada en numerosos pronunciamientos (v. gr., SSTC 166/1985; 12/1988; 63/1988, etc.). *Vide*, al respecto, Vidales Rodríguez, Caty, “La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 98.

<sup>59</sup> Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, p. 142; también, Perelman, Chaïm, “Betrachtungen über die praktische Vernunft”, art. cit., p. 412.

<sup>60</sup> Perelman, Chaïm, “Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit”, en del mismo autor, “Die Gerechtigkeit”, München, 1967, p. 92

<sup>61</sup> *Vide ut infra*.

cursos (como la técnica del *distinguishing*, que permite “esquivar” la regla en el caso dejando al mismo tiempo incólume –al menos formalmente– el precedente, recurso que también debe ser utilizado dando razones suficientes<sup>62</sup>).

Si consideramos que en definitiva “la fuerza vinculante de un precedente depende del peso de los argumentos presentados para la decisión”<sup>63</sup>, y que “su autoridad judicial dependerá siempre en lo futuro de la fuerza del razonamiento en que se apoya”<sup>64</sup> será entonces claro que una de las notas distintivas del precedente es la de estar expuesto a la contraargumentación, y que ninguno ha de tener la autoridad suficiente como para “clausurar” el diálogo, determinando definitivamente la solución correcta para el caso al cual esté referido.

La dificultad de tal contraargumentación dependerá del peso de las razones fundantes del precedente a sustituir, y de la legitimación de que goce el mismo en la comunidad jurídica, cuyo grado se manifiesta a través de la existencia/ausencia de precedentes contrarios, del aval de las obras científicas o de su aceptación por la opinión dominante (*herrschende Meinung*), y que nos hablará eventualmente de cierta incorporación del precedente a la “tradición” jurídica, lo cual hace pensar en una variabilidad de la fuerza de los mismos según su antigüedad o novedad, de lo cual Scalia nos ofrece una lectura posible en su opinión disidente en “South Carolina v. Gathers”<sup>65</sup> al afirmar que “el respeto acordado a decisiones anteriores se incrementa, antes que decrece, con su antigüedad (...) La novedad del error no sólo priva del respeto que merece la práctica largamente establecida, sino que además aconseja que la oportunidad de corrección sea aprovechada de inmediato, antes de que el derecho y la práctica se hayan ajustado al mismo”.

<sup>62</sup> Kriele, Martin, “Theorie der Rechtsgewinnung”, *op. cit.*, pp. 246 y 286.

Como ha dicho Lloyd, “en un sistema jurídico que, como el common law, está fundado sobre precedentes obligatorios, los tribunales se encuentran con severas limitaciones (...) en virtud de la necesidad de conformarse con precedentes anteriores. Sin embargo, en tal sistema, entre el caso planteado y las sentencias anteriores queda todavía un amplio margen para el juez, con el recurso de establecer distinciones entre los hechos. En este sentido, pues, desde el punto de vista del juez el Derecho en cierto sentido se reduce al arte de establecer distinciones (...)” (Lloyd, Dennis, “Reason and Logic in the Common Law”, en *Law Quarterly Review* 64, 1948, p. 468, 482).

<sup>63</sup> Aarnio, Aulis, “Lo racional como razonable”, *op. cit.*, p. 127

<sup>64</sup> Voto del juez Taney en “Smith vs. Turner” (48 U.S. (7 How) 283 [1849]).

<sup>65</sup> 490 U.S. 805, 824 (1989).

Además no hay que perder de vista que –como vimos– la estabilidad de la jurisprudencia constituye en sí misma “a good reason”, y que si bien ninguna regla es inmutable, apartarse de un precedente siempre exige una “especial justificación”<sup>66</sup>, tal como se lee en la *dissenting opinion* del mencionado Scalia en “Lawrence vs. Texas”<sup>67</sup>, cuando critica la inconsistencia en el manejo de la doctrina del *stare decisis* por parte de la mayoría con el recuerdo de que “liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt”, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833, 844 (1992). That was the Court’s sententious response, barely more than a decade ago, to those seeking to overrule *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973). The Court’s response today, to those who have engaged in a 17-year crusade to overrule *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986), is very different”<sup>68</sup>.

## v. ¿Previsibilidad vs. justicia?

Aarnio afirma que “los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales”<sup>69</sup>, coincidiendo con Larenz, quien postulaba que “la continuidad de la jurisprudencia de los tribunales, la confianza del ciudadano, basada en ella, de que su asunto será resuelto de acuerdo con las pautas hasta entonces vigentes, es un valor peculiar”<sup>70</sup>. Es que la existencia de concretos criterios jurisprudenciales de hecho orienta la conducta de los particulares, quienes basándose en ellos (y no sólo

<sup>66</sup> “Even in constitutional cases, *stare decisis* carries such persuasive force that the Court has always required a departure from precedent to be supported by some special justification. E.g., *United States v. International Business Machines Corp.*, 517 U. S. 843, 856” (“*Dickerson v. United States*”, 530 U. S. 428, 429 [2000]).

<sup>67</sup> Cit.

<sup>68</sup> No es éste, por cierto, un ejemplo aislado de crítica de la minoría a la posición adoptada mayoritariamente por la Corte; así encontramos la disidencia del *Justice Jackson* en “*Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.*” (332 U.S. 194, 214 [1947]): “Me entrego. Ahora comprendo plenamente lo que Mark Twain quería decir cuando escribía: ‘Cuanto más os explicáis menos os comprendo’” (“I give up. Now I realize fully what Mark Twain meant when he said, ‘The more you explain it, the more I don’t understand it.’”).

<sup>69</sup> Aarnio, Aulis, “Lo racional como razonable”, *op. cit.*, p. 26. Y agrega: “en muchos casos, las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una planificación de futuro”.

<sup>70</sup> Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 311.



en las normas legislativas) obran en cierto sentido, emprenden ciertos negocios o celebran ciertos contratos, lo cual determina que la posterior modificación de las pautas tenidas originariamente en cuenta genere fuertes inquietudes desde el plano de las exigencias de justicia, que no pueden ser respondidas genéricamente sino sólo a partir de necesarias distinciones, pues cada clase de precedentes tiene sus propias implicancias y reglas para su abandono.

Así, entre algunas de las hipótesis imaginables, podemos diferenciar:

a) Precedentes “interpretativos”: resulta innegable que si el cambio se refiere a un precedente que, en definitiva, se limitaba a atribuir determinada inteligencia a una norma emanada del legislador, tal mutación exhibirá una menor dosis de “dramatismo” en orden a la seguridad jurídica que si se trata de precedentes “*praeter legem*” que en su momento hayan significado —mediante el recurso a la analogía, al derecho comparado, etc.— la creación *ex nihilo* de una norma (para el caso concreto, pero con proyecciones de generalidad) por inexistencia de pautas concretas<sup>71</sup>;

b) Precedentes “incorrectos”: también es claro que si el precedente a abandonar consagraba una interpretación defectuosa o no suficientemente fundamentada de la norma, “los puntos de vista que hablan a favor del seguimiento de los precedentes —la salvaguarda de la seguridad jurídica— tienen que pasar a segundo plano”<sup>72</sup>, a fin de que un “nuevo precedente” le devuelva a aquélla su significación originaria<sup>73</sup>. Lo mismo

<sup>71</sup> *Vide*, al respecto Iturralde, Victoria, “Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de *civil law*: el caso español”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1995, p. 403.

<sup>72</sup> Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 431.

<sup>73</sup> La cuestión del grado de error que habilita al “overruling” es harto compleja, habiéndose considerado en algunos casos que el mero error puede no ser razón suficiente para cambiar el precedente, siendo más fuerte la exigencia de “estar a lo decidido”. Así, por ejemplo, en “Patteron v. McLean Credit Union” (491 U.S. 164, 175 [1989]), la Corte dijo que más allá de si el precedente en el cual había decidido un caso análogo era correcto o incorrecto, “there is no special justification for departing here from the rule of stare decisis”.

Más aún: en ocasiones la doctrina del stare decisis desplaza las objeciones o dudas que se tienen respecto de la corrección del precedente, constituyéndose en el único fundamento de lo decidido, tal como ocurrió en “Planned Parenthood v. Casey” —cuando la Corte reafirmó el derecho constitucional al aborto establecido en “Roe vs. Wade” (410 U.S. 113 [1973]) sobre la base del stare decisis “with whatever degree of personal reluctance any of us may have” (505 U.S. 833, 861 [1992])— o en “Dickerson v. United States” (cit.) —ratificando “Miranda v. Arizona” (384 U.S. 436 [1966]) sobre idénticas bases: “whether or not we would agree with Miranda’s reasoning and its resulting rule, were we addressing the issue in the first instance, the principles of stare decisis weigh heavily against overruling it now”-.

puede predicarse respecto de los precedentes (incluso “no-interpretativos”) que creaban soluciones contrarias a la lógica, a la prudencia, desproporcionadas, etc. En tal sentido ya Blackstone decía que la obligación de someterse al precedente “admite excepciones cuando la decisión anterior es evidentemente contraria a la razón; y todavía más, si es claramente contraria a la ley divina. (...) La doctrina del derecho es entonces ésta: que los precedentes y las reglas deben ser seguidos a menos de que sean netamente absurdos o injustos”<sup>74</sup>, aserto que es particularmente valedero si lo violado son exigencias básicas de justicia material, configurándose lo que en la lógica de la fórmula de Radbruch/Alexy podemos llamar “precedentes insoportablemente injustos”<sup>75</sup> (una temática que ha encontrado un campo fértil en el tratamiento de los precedentes emanados de los tribunales de la antigua República Democrática Alemana<sup>76</sup>) donde el criterio a adoptar estará determinado por la respuesta al interrogante sobre la validez (y, por ende, obligatoriedad) de tales precedentes, respuesta condicionada a su vez por la idea que se tenga acerca del derecho<sup>77</sup>, lo cual demuestra una vez más que las teorías de la interpretación no son análisis independientes de las teorías acerca del derecho, sino que dependen de ellas<sup>78</sup>, y que, como observa Alexy, detrás de toda praxis jurídica existe un concepto del derecho<sup>79</sup>. Aceptado que el derecho extremadamente injusto “no es

<sup>74</sup> Blackstone, sir William, *op. cit.*, Libro Primero, pp. 69 y 70.

<sup>75</sup> *Vide* Radbruch, Gustav, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, p. 107, reeditado en Kaufmann, Arthur (ed.), Gustav Radbruch. Gesamtausgabe, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990, t. III, p. 89; Alexy, Robert, «Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit», *Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften e. V.*, Hamburg, Jahrgang 11-1993-Heft 2, Verlag Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1993, y «Der Beschluß der Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996», *Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften e. V.*, Hamburg, Jahrgang 15-1997-Heft 3, Verlag Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1997.

<sup>76</sup> Sobre el tema *vide* mis “Reflexiones iusfilosóficas sobre el caso de los guardianes del muro”, en Alexy, Robert/Vigo, Rodolfo/Seoane, José Antonio/Sodero, Eduardo, “La injusticia extrema no es derecho: de Radbruch a Alexy”, *La Ley-Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2004, pp. 289 y ss.

<sup>77</sup> Dworkin, Ronald, “El derecho como interpretación”, *art. cit.*, p. 230.

<sup>78</sup> Dice Dreier: “Welche Auslegungstheorie man wählt, hängt davon ab, welche Rechts- und Staatsphilosophie man hat” (Dreier, Ralf, «Zur Problematik und Situation der Verfassungssinterpretation», en del mismo autor, «Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechstheorie», Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981, p. 114).

<sup>79</sup> Alexy, Robert, “El concepto y la validez del Derecho”, *Gedisa*, Barcelona, 1984, pp. 14/15.

derecho”, el abandono de un precedente que lo establezca<sup>80</sup> no significará sino abandonar una “jurisprudencia” que en realidad nunca tuvo el valor de tal.

En tal sentido Aarnio advierte que “no es suficiente que las decisiones sean (muy) previsibles. Así, por ejemplo, en una dictadura la práctica de los tribunales puede no ser arbitraria en el sentido de que el grado de previsibilidad puede ser alto y, al mismo tiempo, cada decisión particular puede violar gravemente las más elementales exigencias de justicia”<sup>81</sup>, concordando en su dirección con Alexy, quien tras apuntar que la observancia de los precedentes contribuye al mismo tiempo a la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*) y a la protección de la confianza en la Jurisprudencia<sup>82</sup>, señala que ciertamente no son éstos los dos únicos objetivos.

Como lo expresara Rehnquist en “Payne vs. Tennessee”<sup>83</sup>, cuando las decisiones “son inaplicables o incorrectamente razonadas, ‘esta Corte no se ha sentido obligada a seguir un precedente’ (“Smith vs. Allwright”, 321 U.S. 649). *Stare decisis* is not an inexorable command<sup>84</sup>; ‘es un principio de política y no una fórmula mecánica de adhesión a la última decisión’ (“*Helvering vs. Hallock*”, 309 U.S. 106)”, idea sobre la cual se ha insistido recientemente en la citada causa “*Lawrence vs. Texas*”, donde la mayoría, ante la pregunta de si “*Bowers vs. Hardwick*” “should be overruled?”, respondió afirmativamente recordando que “the doctrine of *stare decisis* is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law. It is not, however, an inexorable command”.

<sup>80</sup> Pensemos, por ejemplo, en “*Dred Scott v. Sandford*” (60 U.S. 393 [1856]), donde se dijo que “the negro might justly and lawfully be reduced to slavery» en cuanto ser de un orden inferior.

<sup>81</sup> Aarnio, Aulis, *op. cit.*, p. 27.

<sup>82</sup> Alexy, Robert, “*Theorie der juristischen Argumentation*”, *op. cit.*, p. 338.

<sup>83</sup> 501 U.S. 808, 828 (1991)

<sup>84</sup> Aquí resulta obligada la cita del *Justice* Lurton en *Hertz v. Woodman* (218 U.S. 205) -“la regla del *stare decisis*, aunque provea a la consistencia y uniformidad de la decisión, no es inflexible. Si ella debe ser seguida o abandonada es una cuestión enteramente librada a la discreción del tribunal llamado a considerar una cuestión ya decidida alguna vez”- o los votos disidentes del *Justice* Brandeis en “*State of Washington v. Dawson*” (264 U.S. 219) -“*Stare decisis* is ordinarily a wise rule of action. But it is not a universal, inexorable command”- y “*Burnet vs. Colorado Oil & Gas Co.*” (285 U.S. 393) -“la regla del *stare decisis*, aunque tiende a la consistencia y uniformidad de las sentencias, no es inflexible. El que sea seguida o dejada de lado es una cuestión sometida a la discreción del tribunal ante el cual se encuentra pendiente de decisión una cuestión ya decidida antes”.

El problema, claro está, reside en establecer el grado de incorrección que debe exhibir el precedente para justificar la restricción a la seguridad jurídica que supone su abandono, tema librado en definitiva al juicio de ponderación, lo cual no impide observar que, en todo caso, a mayor gravedad del error<sup>85</sup> o de la inconveniencia de la regla jurisprudencial<sup>86</sup>, mayor evidencia y, con ello, menor lesión a la seguridad jurídica.

c) precedentes “inconstitucionales” o “ilegales”: si la incorrección del precedente deriva de consagrar soluciones contrarias a la Constitución o a una ley válida, las objeciones al cambio también quedan absolutamente debilitadas, pues ninguna protección merece la confianza en tales precedentes<sup>87</sup>, ni los tribunales pueden estar obligados a seguirlos; en un contexto tal puede presentarse una de esas situaciones en las cuales conferir efecto retroactivo a reglas jurídicas no sólo resulta tolerable sino que incluso puede ser realmente esencial para el avance del imperio del derecho<sup>88</sup>. Pensemos también en aquellas hipótesis en las que el derecho positivo que daba sustento al precedente sufre mutaciones, ya sea por la derogación de las normas antes vigentes (y su reemplazo por otras distintas), ya sea por la declaración de su inconstitucionalidad: en tales situaciones los tribunales «deben tomar nota» y ajustar su propia jurisprudencia al nuevo panorama normativo<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Pensemos en ese “acto inconcebible dentro de una racional administración de justicia” de que hablara Holmes en “Chicago Life Insurance Company *et al* v. Bertha R. Cherry”, 244 U.S. 25 (1917).

<sup>86</sup> Cueto Rúa plantea la hipótesis de que se haya operado “una alteración sustancial de la situación social de tal naturaleza que, a su luz, las sentencias precedentes hayan perdido sentido como expresión de justicia, transformándose en un factor de iniquidad y atentatorio contra el bienestar social” (Cueto Rúa, Julio, *op. cit.*, p. 142).

<sup>87</sup> “El ciudadano no puede confiar (...) en una medida que sea violatoria del sistema e injusta, de modo tal que existan serias dudas sobre su constitucionalidad” (BVerfGE 13, 215; 19,187; 30, 367)

<sup>88</sup> Al respecto Fuller hablaba de que es cuando las cosas van mal que una ley retroactiva frecuentemente deviene indispensable como *a curative measure* (vide Fuller, Lon L., “The Morality of Law”, Yale University Press, New Haven and London, 1964, p. 53).

<sup>89</sup> Cabría preguntarse también por el “legislative overrule”, esto es, la posibilidad de que el Congreso dicte normas legales para modificar reglas establecidas jurisprudencialmente, analizada por la Corte estadounidense en “Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.” (514 U. S. 211 [1995]) y en “Rivers v. Roadway Express, Inc.” (511 U. S. 298 [1994]) (vide el reciente artículo de Michael Stokes Paulsen, “Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?”, 109 Yale L. J., 1535 [2000]).

d) Precedentes “inferiores”: finalmente hay que pensar en el cambio de precedentes resultante de su pertenencia a un orden jerárquico o vertical de precedentes, de suerte tal que cuando los tribunales superiores modifican su jurisprudencia (en particular, si la misma es jurídicamente obligatoria) o explicitan por vez primera algún criterio en sentido contrario al de los tribunales inferiores, éstos tienen el deber *prima facie* de adecuar sus criterios a los de aquéllos<sup>90</sup>.

## vi. ¿A qué obliga un precedente obligatorio?

Decir que en principio hay que observar los precedentes obligatorios<sup>91</sup> no significa otra cosa que la exigencia de aplicar a los casos particulares las normas generales contenidas en los mismos, resolviéndolos dentro del marco de posibilidades que tales normas les ofrecen.

Para esto siempre será necesario determinar con antelación aquello a lo que obligan los precedentes en cuestión, lo cual nos coloca ante la pregunta de cómo se interpretan los precedentes, tópico que motivara la seria denuncia de Larenz de que “en la teoría ha sido hasta ahora sorprendentemente descuidada la interpretación de resoluciones judiciales, a diferencia de la interpretación de las leyes”<sup>92</sup>, y que plantea problemas complejos como el del valor que tienen las sentencias con votos plurales en cuanto al razonamiento, ninguno de los cuales es mayoritario (“plurality decisions”) o, fundamentalmente, el del propio fin de esa interpretación, polémica tradicional en el campo de la “interpretación de la ley”<sup>93</sup>, y a cuyo respecto podemos afirmar, refiriéndola a nuestro tema y parafraseando a Radbruch<sup>94</sup>, que en definitiva el pre-

<sup>90</sup> Sin perjuicio de que, tratándose de la “obligatoriedad fáctica”, puede admitirse la posibilidad de mantenerse en el criterio anterior, siempre y cuando se cumpla con la necesaria carga de argumentar o dar razones justificatorias para ello.

<sup>91</sup> En las reflexiones que siguen podemos incluir, además de los precedentes del propio tribunal, a los de los tribunales superiores, cada uno con una obligatoriedad fundada en razones distintas.

<sup>92</sup> Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 355.

<sup>93</sup> Donde se discute si hay que considerar la «ratio legis» (teoría objetiva) o la «ratio legislatoris» (teoría subjetiva, preocupada por descubrir la voluntad o intención del autor de la norma -que en nuestro caso sería un juez o tribunal-).

<sup>94</sup> “La ley puede y debe ser más inteligente que sus autores” (Radbruch, Gustav, “Introducción a la Filosofía del Derecho”, F.C.E., México-Buenos Aires, 1955, p. 122).

cedente tiene que ser más inteligente que el juez, y que su valor o fuerza no proviene de la concreta intención del “hacedor” (Borges), sino de ser expresión de la voluntad o poder del Estado; en la medida en que “define una cierta clase de casos a los cuales (...) vincula cierto tipo de consecuencias jurídicas, el fallo queda ‘desprendido’ de la decisión original y, por así decirlo, adquiere vida propia”<sup>95</sup>.

Además, “quizás podamos descubrir lo que ‘pasaba por la cabeza’ de todos los jueces que resolvieron”<sup>96</sup> casos similares al que tenemos que resolver, acumulando datos sobre las concretas (y a menudo muy diferentes) motivaciones de los jueces que contribuyeron a crear determinada “línea” o “criterio” jurisprudencial; podríamos incluso escoger las motivaciones de un concreto y particular juez (o grupo de jueces), a la manera de quien atribuye a una norma legal el sentido que resulta compatible con la intervención de algún legislador -entre un repertorio de intervenciones de igual valor, pero frecuentemente contradictorias- en el marco del debate parlamentario, “pero esta acumulación no sería de mayor ayuda para el juez que tratara de responder a la pregunta de qué alcance real tienen las resoluciones precedentes globalmente consideradas (...). Dicho juicio requiere, en todo caso, un ejercicio renovado de interpretación”<sup>97</sup>.

Tal “ejercicio renovado de interpretación” consistirá -antes que nada- en un “asunto lingüístico”, donde no sólo no podrá perderse de vista que “the reason and spirit of cases make law, not the letter of particular precedents”<sup>98</sup> sino, además, que los precedentes participan de la nota de irreductible “textura abierta” que caracteriza al derecho<sup>99</sup>, por lo que al determinar sus alcances también se han de presentar esas dificultades o “faltas de certeza” que provienen de la ambigüedad, oscuridad y vaguedad del lenguaje, de suerte tal que, si bien “habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares (...) habrá también casos frente a los cuales no resulta claro si aquéllas se aplican o no”<sup>100</sup>, encontrando en ello los precedentes un punto fuerte y, al mismo tiempo, un punto débil, porque si bien el lenguaje en el que

<sup>95</sup> Aarnio, Aulis, “Lo racional como razonable”, *op. cit.*, p. 129.

<sup>96</sup> Dworkin, Ronald, “El derecho como interpretación”, art. cit., p. 235.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> Lord Mansfield, en “Fisher vs. Prince”, 97 Eng. Rep. 876, 876 [K.B. 1762].

<sup>99</sup> *Vide* Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 159.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 157 y 158.

se expresan permite la adaptación a nuevas circunstancias sin necesidad de modificaciones jurisprudenciales, impide al mismo tiempo un sentido literal claro<sup>101</sup>, generando una situación ante la cual el juez tendrá la libertad de elegir “añadir (o no) un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas” (o diferencias)<sup>102</sup>.

### vii. ¿Qué es lo que obliga de un precedente obligatorio?

En el punto anterior decíamos que observar el precedente no es otra cosa que aplicar al caso concreto la norma general obligatoria<sup>103</sup> que aquél ha establecido, lo cual exige determinar, ante todo, de dónde se extrae esa norma general o, en otros términos, qué es lo que obliga de un precedente, de suerte tal que su apartamiento resulte generador de problemas.

Ello nos coloca ante la distinción entre *ratio decidendi*<sup>104</sup> y *obiter dictum*, respecto de la cual -más allá de polémicas<sup>105</sup>- existe acuerdo sobre que el punto que divide las aguas es la necesidad de las razones o *grounds* respectivos en orden a la justificación de la respuesta para el caso: si son fundamentos (necesarios), configuran la obligatoria *ratio decidendi*<sup>106</sup>; si en cambio se trata de “enunciados y comentarios contenidos en un fallo, sobre alguna regla de derecho o proposición jurídica que no esté necesariamente en juego ni sea esencial para la solución

<sup>101</sup> Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 317.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>103</sup> “The general principle or rule”, diría John Austin (*op. cit.*, vol. II, p. 622).

<sup>104</sup> O *holding*.

<sup>105</sup> Derivadas en gran medida de que -como lo observara Hart- «los términos claves usados en la teoría (del precedente): ‘ratio decidendi’, ‘hechos relevantes’, ‘interpretación’, tienen su propia penumbra de incertidumbre» (Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 167). Así, por ejemplo, se ha hablado de “narrow holding” (“Reno vs. ACLU”, 521 U.S. 844, 870 [1977]), “central holding” (“Sternberg v. Carhart”, 120 S. Ct. 2597, 2617 [2000], voto concurrente del juez Stevens; “essential holding” (“Apprendi v. New Jersey”, 120 S. Ct. 2348, 2353 [2000]), etc..

<sup>106</sup> “The general reasons or principles of a judicial decision (as thus abstracted from any peculiarities of the case) are commonly styled, by writers on jurisprudence, the *ratio decidendi*. (...) *Ratio decidendi* is itself a law” (Austin, John, *op. cit.*, vol. II, p. 627).

“The ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or implied treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him” (Cross, sir Rupert, *op. cit.*, p. 76).

del caso, son *obiter dicta* y carecen de fuerza obligatoria”<sup>107</sup>; “*a dictum* is an opinion expressed by a court not necessarily arising in the case”, que no exhibe por tales razones la fuerza de un “precedente obligatorio”<sup>108</sup>, aunque pueda tener alto valor retórico o persuasivo<sup>109</sup>.

De todas maneras hay que decir que se trata de un *distingo* –calificado incluso de “dudoso”<sup>110</sup>– difícil de operar, pues “la línea que separa el *holding* del *dictum* no es clara ni definida”<sup>111</sup>, lo cual explica las múltiples propuestas de que ha sido objeto el problema de la explicitación de la norma general contenida en el precedente<sup>112</sup>, suscitando polémicas cuya intensidad puede hacer olvidar que, en definitiva, lo importante es considerar –como ya lo enseñaba el mismo Kent– “the principle of the decision”<sup>113</sup> sin omitir los concretos hechos y circunstancias del caso que se juzgó, evitando incurrir en el error de entender a la decisión judicial, según advirtiera alguna vez Cohn, como “the theoretical answer to a more or less abstract question”<sup>114</sup>.

### viii. La preocupación final: ¿con qué efectos se cambian los precedentes?

Introduciéndonos finalmente en el tema de la aplicación temporal de los nuevos precedentes, se advierte la existencia de dos posibilidades -prospectividad o retroactividad- cada una de las cuales presenta argumentos en favor y en contra.

<sup>107</sup> “Black’s Law Dictionary”, 4th. Ed., West Publishing Co., p. 541. *Vide*, también, Tunc, André-Tunc, Suzanne, “El derecho de los Estados Unidos de América”, U.N.A.M., México, 1957, p. 252.

<sup>108</sup> “Union Tank Line v. Wright”, 39 S.Ct. 276, 249 U.S. 275.

<sup>109</sup> *Vide* Tunc-Tunc, *op. cit.*, p. 254.

<sup>110</sup> *Vide* Esser, Josef, “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 237 y 250.

<sup>111</sup> Cueto Rúa, Julio, *op. cit.*, p. 162.

<sup>112</sup> Observa Patton que la determinación de la *ratio decidendi* de un fallo sólo es necesaria cuando el tribunal considera esa decisión como “desafortunada”, o cuando hay un conflicto entre decisiones vinculantes (Patton, George Whitecross, “A Text-book of Jurisprudence”, *op. cit.*, pp. 160/1).

<sup>113</sup> Kent, James, *op. cit.*, vol. I, p. 522.

<sup>114</sup> Cohn, Ernst J., “Precedents in Continental Law”, en *The Cambridge Law Journal*, t. V (1935), p. 367; *vide*, también, Schlüter, Wilfried, “Das Obiter Dictum”, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973, p. 77.



La primera alternativa –conforme a la cual el nuevo precedente sólo ha de aplicarse hacia el futuro, resolviéndose el caso actual según la regla anterior<sup>115</sup>– parte de considerar que, en definitiva, el cambio de jurisprudencia supone siempre una modificación del derecho aplicable y que, por ello, aplicar la nueva regla al caso en el cual se la establece significa fallar conforme a un derecho *ex post facto*, vulnerando elementales exigencias de justicia, en particular si se trata de cuestiones penales, donde impera el principio de legalidad (con uno de sus corolarios, la prohibición de retroactividad de la ley, salvo que sea más benigna), que remite en definitiva a exigencias de justicia material constitutivas del Estado de Derecho. Para saber qué efectos han de tener allí las variaciones jurisprudenciales desfavorables habrá que precisar, ante todo, cuáles son los alcances del “principio de legalidad”, pues claro está que las conclusiones no serán las mismas si lo entendemos en un sentido formal (vinculado exclusivamente a la “ley” *stricto sensu*), que si en un sentido material, comprensivo –además– de la jurisprudencia<sup>116</sup>, un punto con relación al cual la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha pronunciado –por ejemplo, en *Marks et al. vs. United States*<sup>117</sup>– en el sentido de que si bien la cláusula que prohíbe las leyes *ex post facto* es una limitación que “no se aplica por su propia fuerza a la rama judicial del gobierno (‘Frank vs. Magnum’, 237 U.S. 309, 344 [1915]) (...) el principio sobre el cual se basa esa cláusula –la noción de que las personas tienen derecho a recibir una advertencia clara (*fair warning*) sobre aquellas conductas que darán nacimiento a penas criminales– es fundamental en nuestra concepción de la libertad constitucional (...). En ‘Bouie vs. City of Columbia’, 378 U.S. 347 [1964] (...) la Corte revocó las condenas (...) con base en que ellas se apoyaban sobre una interpretación inesperada de las leyes aplicadas por la Corte Suprema estadual: una inesperada interpretación amplia de una ley penal, aplicada retroactivamente, opera precisamente como una ley *ex post facto*. (...) Si la cláusula de las leyes *ex post facto* prohíbe a una legislatura estadual

<sup>115</sup> Como lo explica la Corte americana en “Linkletter v. Walker” (381 U.S. 618 [1965]), una regla que es puramente prospectiva no se aplica a las partes ante el tribunal.

<sup>116</sup> Al respecto advertía Larenz que la cuestión de «si el ‘derecho judicial’ se equipara al ‘derecho legal’ no puede sencillamente responderse de modo afirmativo» (Larenz, Karl, op.cit., p. 430). *Vide*, también, las dudas de Cardozo (“The Nature of the Judicial Process”, Yale University Press, New Haven, 1921, p. 148).

<sup>117</sup> 430 U.S. 191 (1976)

sancionar tales leyes, debe seguirse que una Corte Suprema estadual, por virtud de la cláusula del debido proceso, está impedida de alcanzar precisamente el mismo resultado a través de una interpretación judicial”<sup>118</sup>.

Objetando la misma se ha dicho que su tesis pierde de vista la posición del vencido en el pleito, quien habrá litigado en vano y se verá privado de su derecho no obstante reconocer el tribunal que le asiste razón en sus afirmaciones, consideración que constituye el principal argumento disponible contra la traslación lisa y llana del principio de irretroactividad de las leyes<sup>119</sup> al campo de los precedentes, motivando observaciones como las del *Bundesverfassungsgericht*—en el sentido de que ella “habría de conducir a que los tribunales hubieran de estar vinculados a una jurisprudencia incluso cuando se demuestra que ésta es insostenible a la luz del conocimiento esclarecedor o en vista del cambio de las relaciones sociales, políticas o económicas”<sup>120</sup>—o del mismo Larenz, cuando señala que “existen inconvenientes contra la propuesta de Wilhelm Knittel<sup>121</sup> de que los tribunales, en casos de confianza fun-

<sup>118</sup> En el mismo sentido, *vide* “James vs. United States”, 366 U.S. 213 [1961]; “Wilbert K. Rogers v. Tennessee” [mayo 14, 2001]; Morrison, Trevor W., “Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes”, en *Southern California Law Review*, vol. 74, 2001, pp. 455 y ss..

En la literatura, sin embargo, encontramos voces discordantes como la de Claus Roxin, para quien “respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de un modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es punición o agravación retroactiva, sino la realización de la voluntad de la ley, que ya existía desde siempre. pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida”, aunque dejando abierto el camino al funcionamiento del error de prohibición (Roxin, Claus, “Derecho Penal. Parte General”, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1999, t. I, p. 165. Vide, también, Jakobs, Günther, “Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”, Madrid, 1995, pp. 126 y ss.).

<sup>119</sup> Considerado por el Tribunal Constitucional Federal alemán como expresión del principio del Estado de Derecho (así, BVerfGE 7, 89, 92; 11, 64, 73; 13, 261, 271; 31, 222, 225, etc.), este “subprincipio”—también llamado de protección de la confianza del ciudadano hacia la legislación—prohíbe la aplicación de nuevas normas a supuestos de hecho ya concluidos, salvo que el ciudadano no hubiese podido confiar legítimamente en la subsistencia de la legislación anterior (por ser esta inválida).

<sup>120</sup> BVerfGE 18, 224, 240. El Tribunal dijo en ese mismo fallo que “die Grundsätze über das Rückwirkungsverbot und den Vertrauensschutz auf Entscheidungen der Gerichte ‘nicht ohne weiteres’ übertragen werden können”.

<sup>121</sup> En “Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung”, Verlag Gieseking, 1965, pp. 50 y ss.

dada (en la permanencia de una jurisprudencia) debían resolver el caso que se les someta —que por cierto se refiere a un hecho ocurrido en el pasado— todavía conforme a la jurisprudencia judicial de hasta entonces, pero anunciar a la vez que, en el enjuiciamiento de los casos que ocurran en el futuro, habrán de poner como base otra opinión jurídica. Los tribunales habrían de resolver entonces el caso según una máxima que ellos mismos han reconocido ahora que no era correcta; al mismo tiempo, respecto al enjuiciamiento de casos futuros, que ellos no conocen todavía en absoluto, habrán de atenerse a una determinada opinión jurídica. Pero esa opinión jurídica podría necesitar una revisión cuando en los casos futuros aparezcan aspectos que el caso en cuestión no ha dado motivo alguno a considerar. Los tribunales deberían evitar tales compromisos”<sup>122</sup>.

Esto nos conduce de manera directa a la técnica del *prospective overruling*, conforme a la cual —precisamente— se anuncia el nuevo criterio que habrá de seguirse en el futuro —en una suerte de “profecía”, como se lee en “Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.”<sup>123</sup>—, pero al mismo tiempo se falla el caso sometido a decisión según el criterio anterior, técnica que ha sido empleada por la Corte norteamericana a partir de considerar los intereses de la parte afectada por el cambio “in the law” (*vide* los casos reportados en 287 U.S. 358; 308 U.S. 371; 375 U.S. 411; 377 U.S. 13; 392 U.S. 481; 393 U.S. 544; 395 U.S. 701; 399 U.S. 204; 458 U.S. 50; etc.).

Sopesando el valor de esta técnica<sup>124</sup>, cabe considerar que así como el cambio de jurisprudencia “hacia atrás” (donde el viejo criterio ya no se aplica ni siquiera al caso enjuiciado) puede crear una fuerte impresión de injusticia en cabeza de quienes habrían confiado en la jurisprudencia existente al inicio del juicio sólo para encontrarse al final con que aquello que se consideraba como derecho ya no lo es, también resulta cierto que —como vimos— el otro criterio (*prospective overruling*) genera injusticia igualmente: la parte vencida obtiene una victoria moral al convencer al tribunal de cambiar el criterio que ella ha sostenido que es equivocado, pero al propio tiempo pierde su caso<sup>125</sup>, por lo cual

<sup>122</sup> Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 434.

<sup>123</sup> 287 U.S. 353, 366 (1932).

<sup>124</sup> Defendida, por ejemplo, por Cooley (*vide* su “A Treatise on the Constitutional Limitations”, *op. cit.*, p. 86)

<sup>125</sup> Observa Fuller que el sujeto “ha prestado un servicio público al rehusarse aceptar (el precedente erróneo) y al llevarlo ante el tribunal para que sea reexaminado. Sería seguramente iró-

se comprende que este proceder haya sido objeto de fuertes críticas, pudiendo agregarse a las objeciones antes apuntadas de Larenz las que surgen desde el propio ámbito anglosajón, como las de sir Leslie Scarman, quien comentaba: “encuentro difícil de comprender cómo un juez puede decir que un caso será decidido de este modo para las partes, y anunciar que en el futuro será decidido de otra manera para partes diferentes que puedan venir más tarde. Ello luce, en mi opinión, como una deformación o distorsión del proceso judicial que deberíamos evitar en lo posible”<sup>126</sup>.

Al respecto, y como obvia derivación de su naturaleza<sup>127</sup>, el Common Law ofrece una historia particularmente rica en materia de efectos temporales de la “derogación” de un precedente por otro, apuntándose la existencia de “una tradición de retroactividad para las decisiones judiciales”<sup>128</sup>, lo cual se verifica especialmente en Inglaterra, donde prevalece la tesis de la derogación retroactiva de la mano de Blackstone, quien entendía que los jueces al fallar apartándose de los precedentes contrarios a la razón o al *divine law* “do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation”<sup>129</sup>.

Si bien esta tesis ha merecido ciertamente adhesiones y defensas<sup>130</sup>, también ha sido objeto de fuertes críticas, calificándosela de “mito”<sup>131</sup>

nico que la única recompensa que reciba por su servicio sea que la regla que ahora se ha reconocido como errónea sea aplicada contra él. Si el tribunal tuviese que cambiar el precedente prospectivamente (...) es difícil pensar cómo un litigante particular podría tener algún incentivo para obtener la revocación de una decisión que era equivocada o que había perdido su justificación en virtud de un cambio de circunstancias” (Fuller, Lon L, *op. cit.*, p. 57).

<sup>126</sup> “Law Reform by Legislative Techniques”, 32 Sask. L. R. 217, 219 (1967).

<sup>127</sup> Se ha observado que, entre los tres *principes fondamentaux* sobre los cuales se apoya el Common Law el del “respect du précédent judiciaire” es “certainement de beaucoup le plus important à l’époque actuelle” (Tunc, André et Tunc, Suzanne, “Le Droit des États-Unis d’Amérique. Sources et Techniques”, Institut de Droit Comparé de l’Université de Paris, Serie “Les Systèmes de Droit Contemporains”, VI, Librairie Dalloz, Paris, 1955, p. 89; versión española citada, pp. 214/215).

<sup>128</sup> Laitos, Jan G., “Legislative Retroactivity”, en *Journal of Urban and Contemporary Law*, vol. 52 (1997), p. 97.

<sup>129</sup> *Vide* Blackstone, sir William, “Commentaries on the Laws of England”, *op. cit.*, Libro Primero, p. 69.

<sup>130</sup> Carter, James Coolidge, “Law: Its Origin, Growth and Function”, The Knickerbocker Press, New York and London, 1907; Mishkin, Paul, “The High Court, The Great Writ, and the Due Process of Time and Law”, 79 *Harvard Law Review* 56, 60 (1965).

<sup>131</sup> Traynor, Roger J., en su “Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility”, 28 *Hastings Law Journal*, 1977, p. 773.

o de “ficción”<sup>132</sup>, tal como recientemente lo ha dicho Lord Browne-Wilkinson quien al fallar en “Kleinwort Benson LTD. v. Lincoln City Council, etc.”<sup>133</sup> al expresar, con referencia a la teoría de que los jueces no hacen ni crean derecho, sino que sólo descubren y declaran el derecho como ha sido desde siempre (de suerte tal que cuando un criterio anterior es dejado de lado el derecho no cambia, sino que su verdadera naturaleza es descubierta), que, como lo decía Lord Reid, se trata de “un cuento de hadas en el cual ya nadie cree”<sup>134</sup>. En realidad, los jueces crean y cambian el derecho (...) Pero mientras que el mito subyacente ha sido dejado de lado, su progenie –el efecto retrospectivo de un cambio hecho por una decisión judicial– permanece (...)”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema americana, por su parte –y según anticipáramos– nos ofrece una zaga de antecedentes cuya antigüedad se remonta a los primeros años de existencia de ese tribunal<sup>135</sup>, conformándose un *repertorium* de respuestas que por su amplitud no podemos agotar aquí, limitándonos por ello a mencionar algunos casos que nos parecen relevantes, a saber:

i. “Kuhn v. Fairmont Coal Co.”<sup>136</sup>, donde el *Justice* Holmes en su voto disidente afirma no conocer ninguna autoridad entre los precedentes de la Corte (“no authority in this court”) “para decir que en general las decisiones (de los tribunales) locales deberían crear derecho sólo para el futuro” agregando que “las decisiones judiciales han tenido una operatividad retrospectiva por aproximadamente mil años”;

ii. “Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.”<sup>137</sup> –verdadero *leading*, en el cual se examinaba la validez constitucional de un fallo que había optado por la derogación exclusivamente prospectiva de un precedente, rehusándose a aplicar la nueva regla al caso juzgado. La Corte, al confirmar la decisión, señala con el voto del juez Cardozo que la Constitución federal “has no voice upon the subject”, y que por ello un Estado, al definir los límites de la adhesión al precedente, “puede

<sup>132</sup> Lord Diplock: «es una ficción legal el que los tribunales simplemente exponen el derecho como éste ha sido desde siempre», Presidential Address, The Holdsworth Club, 1965.

<sup>133</sup> House of Lords, 29.X.1998 3 WLR 1095.

<sup>134</sup> “A fairy tale in which no-one any longer believes”.

<sup>135</sup> Como «United States v. Schooner Peggy» (5 U.S.[1 Cranch] 102) que ya en 1801 fijó la doctrina «de la retroactividad limitada»; *Vide* al respecto Iturralde Sesma, Victoria, “El precedente en el Common Law”, Civitas, Madrid, 1995, p. 182.

<sup>136</sup> 215 U.S. 349, 372 (1910)

<sup>137</sup> Cit.

hacer por sí mismo una elección entre el principio de la operatividad hacia adelante (forward operation) o hacia atrás (backward operation)”, destacando que tal elección “puede ser determinada por la filosofía jurídica de los jueces de sus tribunales, sus concepciones del derecho, sus orígenes y naturaleza”;

iii. “Griffin v. Illinois”<sup>138</sup>, donde el juez Frankfurter observa que la elección judicial no está constreñida ni a una retroactividad de la nueva regla, ni a lo contrario (o sea, rechazo de la aplicación al caso de las nuevas reglas descubiertas); aunque “por buenas razones, el derecho generalmente habla de manera prospectiva”, “al arribar a un nuevo principio, el proceso judicial no es impotente para definir sus alcances y límites. La adjudicación no es un ejercicio mecánico ni tampoco exige decisiones por esto o aquello”. Y agrega a esto su juicio negativo respecto de la tesis de Blackstone, al observar que “no deberíamos permitirnos la ficción de que el derecho ahora anunciado ha sido siempre el derecho (...)”<sup>139</sup>. Es mucho más favorable para el autorrespeto del derecho reconocer abiertamente las razones que le confieren prospectividad a un nuevo pronunciamiento en derecho. Ello es consonante con el espíritu de nuestro derecho (...)”.

iv. “Linkletter v. Walker”<sup>140</sup>, donde la Corte señala que “at common law there was no authority for the proposition that judicial decisions made law only for the future”, y que ella misma había seguido la teoría de Blackstone en “Norton v. Shelby County”<sup>141</sup> donde “el juez, antes que creador del derecho, era su descubridor”. El criterio abandonado “sería considerado sólo como un error en el descubrimiento de la verdad y consecuentemente nunca habría sido derecho”, mientras que el criterio adoptado “no habría sido ‘nuevo derecho sino la aplicación de lo que es, y siempre ha sido, el verdadero derecho’”. Pero –agregó el tribunal– si bien la visión blackstoniana gobernó la jurisprudencia inglesa e incluso alcanzó la norteamericana, “algunos filósofos del derecho continuaron insistiendo en que tal regla no se compadecía con la realidad”, y así ya en 1863 la Corte adoptó este segundo punto de vista, cuando en *Gelpcke v. Dubuque* (1 Wall. 175 [1863]) sostuvo que un

<sup>138</sup> 351 U.S. 12, 26 [1956].

<sup>139</sup> Juicio reiterado por la Corte en “Chevron Oil Co. v. Huson” (404 U.S. 97, 107 [1971]).

<sup>140</sup> 381 U.S. 618, 622, 629 (1965)

<sup>141</sup> 118 U.S. 425 (1886).

cambio de criterio de la Corte de Iowa ‘no podía tener efecto sobre el pasado’ ”.

En todo caso, lo importante en “Linkletter” es que la Corte reafirma que “la Constitución no prohíbe ni exige el efecto retroactivo” (con explícita referencia al citado caso “Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.”) y que, por ello, “una vez aceptada la premisa de que no estamos obligados a aplicar, ni tenemos prohibido hacerlo, una decisión retroactivamente, debemos entonces sopesar los méritos y deméritos en cada caso (*weight the merits and demerits in each case*) por la vía de considerar la historia anterior de la regla en cuestión, su propósito y efecto, y si la aplicación retrospectiva fomentará o retardará su operación”;

v. “Desist v. United States”<sup>142</sup>, donde la Corte recuerda que desde “Linkletter”, establecido que la Constitución no prohíbe ni exige el efecto retrospectivo para decisiones que contengan nuevas reglas constitucionales en materia de juicios criminales, siempre ha considerado la retroactividad o irretroactividad de tales decisiones en función de tres factores, “recientemente reseñados en *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293”, que importan tener en cuenta: a) el fin al cual sirven los nuevos standards, b) el grado de confianza sobre los viejos standards, y c) el efecto sobre la administración de justicia de la aplicación retroactiva de los nuevos standards;

vi. “Chevron Oil Co. v. Huson”<sup>143</sup>, un caso clave en esta zaga, donde se discutía la aplicación de un precedente<sup>144</sup> dictado luego de iniciado el juicio, que cambiaba la interpretación del régimen legal aplicable a la prescripción de la acción por daños a la persona en supuestos como el allí ventilado. La Corte, partiendo de que “we do not blind ourselves to the fact that this is, in relevant aspect, a pre-Rodrigue case”, ingresa al repaso de su jurisprudencia y expone la idea de los “tres factores” que han sido generalmente considerados a la hora de resolver cuestiones de retroactividad: “primero, la decisión a ser aplicada no-retroactivamente debe establecer un nuevo principio jurídico, ya sea por cambiar un claro precedente anterior con el cual los litigantes pueden haber contado

<sup>142</sup> 394 U. S. 244 (1969).

<sup>143</sup> 404 U.S. 97 (1971).

<sup>144</sup> “Rodrigue v. Aetna Casualty & Surety Co.”, 395 U.S. 352 (1969)

(...) <sup>145</sup> o por decidir por primera vez una cuestión cuya resolución no era claramente previsible (...) <sup>146</sup>. Segundo, se ha subrayado que ‘debemos ... sopesar los méritos y deméritos en cada caso por la vía de considerar la historia anterior de la regla en cuestión, su propósito y efecto, y si la aplicación retrospectiva fomentará o retardará su operación (...)’ <sup>147</sup>. Finalmente, hemos ponderado la injusticia (inequity) generada por la aplicación retroactiva, pues ‘si una decisión de esta Corte podría producir resultados sustancialmente injustos de ser aplicada retroactivamente, existe una amplia base en nuestros casos para evitar la ‘injusticia o perjuicio’ sosteniendo la no-retroactividad’ <sup>148</sup>; a la luz de este test de tres niveles, el tribunal concluyó en concreto que el criterio de “Rodríguez” no podía aplicarse al caso, señalando que “la aplicación no-retroactiva aquí simplemente preserva para el actor *his right to a day in court*”.

vii. “Griffith v. Kentucky” <sup>149</sup>, que en materia criminal vuelve al criterio de que la decisión prospectiva viola “básicas normas de adjudicación constitucional” y no se condice con la naturaleza de la *judicial review*, reafirmando al mismo tiempo que la retroactividad civil sigue siendo gobernada por el standard anunciado en “Chevron Oil”;

viii. “American Trucking Assns., Inc. v. Smith” <sup>150</sup>, donde merece destacarse el voto del juez Scalia, quien comparte la percepción de la disidencia en el sentido de que decisión prospectiva “es incompatible con el rol judicial”;

ix. “James Beam Distilling Co. v. Georgia” <sup>151</sup>, donde “en sustitución de Chevron”, como dice el juez Souter, la mayoría estuvo de acuerdo en que, una vez formulada una nueva regla de derecho federal, la misma es aplicable a todos los casos sometidos a juicio, sin considerar si los mismos son anteriores o posteriores al anuncio de la nueva regla; la retroactividad –se dijo– es la regla preponderante, “y está de acuerdo con la función tradicional de los tribunales de decidir los casos sobre la base de su mejor comprensión actual del derecho. (...) Ella también

<sup>145</sup> Se cita “Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.”, 392 U.S. 481, 496 (1968).

<sup>146</sup> Citándose “Allen v. State Board of Elections”, 393 U.S. 544, 572 (1969).

<sup>147</sup> Cita de “Linkletter v. Walker”, ya mencionado en el texto.

<sup>148</sup> Citándose aquí “Cipriano v. City of Houma” (395 U.S. 701, 706 [1969]).

<sup>149</sup> 479 U.S. 314 (1987).

<sup>150</sup> 496 U.S. 167 (1990).

<sup>151</sup> 501 U.S. 529 (1991)



refleja la teoría declarativa del derecho (...) conforme a la cual se entiende que los tribunales sólo hallan el derecho, y no lo crean”;

x. “Harper v. Virginia Dept. of Taxation”<sup>152</sup>, que nos ofrece una intensa polémica sobre el problema, con el juez Thomas sosteniendo la aplicabilidad retroactiva al recordar –con cita de “Robinson v. Neil”<sup>153</sup>– que “tanto el common law como nuestras propias decisiones han reconocido una regla general de eficacia retroactiva para las decisiones constitucionales de esta Corte”, por lo que –siguiendo a “Beam” (y extendiendo la doctrina de “Griffith” a los casos civiles)- cuando el tribunal cambia un precedente por otro nuevo, esta nueva regla también es aplicable a las partes del juicio, y retroactivamente a las conductas anteriores a ella, sin poder efectuarse distinciones o aplicaciones selectivas; el juez Scalia, en su opinión concurrente, criticando la opinión disidente de la jueza O’Connor (en el sentido de que *Chevron Oil* articularía el “análisis tradicional de la retroactividad”), ya que por el contrario “la visión verdaderamente tradicional es que la decisión prospectiva es totalmente incompatible con el poder judicial (...)”, con raíces que se hunden en la antes citada disidencia de Oliver W. Holmes en *Kuhn*; la concepción del rol del juez –sigue diciendo Scalia- en América surge de la filosofía jurídica de Blackstone, quien veía a la retroactividad como una característica inherente al poder judicial”; y finalmente la jueza O’Connor, quien cuestiona la decisión de la mayoría por introducir aún mayor incertidumbre y desorden en un área ya caótica, explicitando su rechazo hacia la prohibición absoluta de la prospectividad selectiva, y su adhesión al “tradicional” test de ponderación equitativa (*traditional equitable balancing test*) de “Chevron Oil” como el método apropiado de decisión de la cuestión de retroactividad en casos individuales.

Lo expuesto permite constatar que el catálogo de respuestas es muy diverso, por lo que puede afirmarse –para emplear las palabras del Justice Harlan en su disidencia en “Desist v. United States”<sup>154</sup>– la existencia en los Estados Unidos de una “*ambulatory retroactivity doctrine*”, como lo confirma el propio tribunal supremo en “United States vs. Johnson”<sup>155</sup> o la misma jueza O’Connor al observar en “Harper”<sup>156</sup> que

<sup>152</sup> 509 U.S. 86, 97 (1993).

<sup>153</sup> 409 U.S. 505, 507 (1973).

<sup>154</sup> Cit.; también en su opinión concurrente en “Mackey v. United States”, 401 U.S. 667, 675 (1971).

<sup>155</sup> 457 U.S. 537 (1982).

<sup>156</sup> Cit.

“la jurisprudencia sobre retroactividad de esta Corte ha devenido algo caótica en los años recientes”, de lo que resulta que ese tribunal “se encuentra hoy confrontado con tal confusión que, en lugar de basarse en precedentes, debe recurrir al recuento de votos”.

Ahora bien: más allá de la materia concreta de que se trate, y de encuestas en la jurisprudencia y en la literatura, nuestra tesis es que ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello parece forzoso concluir en que será el juicio prudencial del juez el que ha de determinar en cada caso la alternativa más justa *hic et nunc*, a partir de ponderar “los méritos y deméritos en cada caso” (según la fórmula ya citada de “Linkletter v. Walker”)<sup>157</sup>, teniendo en claro que la cuestión “no debe ser gobernada por concepciones metafísicas sobre la naturaleza del judge-made law, ni por el fetiche hacia algún dogma implacable como el de la división de los poderes gubernamentales, sino (...) por el más profundo sentido de justicia”<sup>158</sup>, que exige evitar las “consecuencias sustancialmente inequitativas”<sup>159</sup>,

<sup>157</sup> Una ponderación en la cual no podrá ignorarse la naturaleza e importancia del caso de que se trate, como lo denunciara en su hora el *Chief Justice* Marshall cuando en “United States v. Schooner Peggy” (1 Cranch 103 [1801]) y al ocuparse del supuesto de que antes de la decisión aparezca una norma que cambia la regla que gobernaba el caso, señalaba que “es verdad que en casos meramente privados, entre individuos, un tribunal habrá de luchar duramente contra una construcción que vaya a afectar los derechos de las partes por vía de una operación retrospectiva, pero en los grandes asuntos nacionales (...) el tribunal debe decidir de acuerdo a las leyes existentes, y si es necesario dejar de lado un criterio, correcto cuando fue expuesto, pero que no pueda ser afirmado sin una violación del Derecho, ese criterio debe ser dejado de lado” (citado, también, en “Bradley v. Richmond School Board”, 416 U.S. 696 [1974] -donde precisamente se expresó que una cuestión de segregación racial en la escuela era uno de esos litigios diferentes de los “mere private cases between individuals”-).

Lo mismo apuntaba Willoughby: “there are indeed good reasons why the doctrine of stare decisis should not be so rigidly applied to the constitutional as to other laws. In cases of purely private import, the chief desideratum is that the law remain certain, and, therefore, where a rule has been judicially declared and private rights created thereunder, the courts will not, except in the clearest cases of error, depart from the doctrine of stare decisis. When, however, public interest are involved, and specially when the question is one of constitutional construction, the matter is otherwise” (*op. cit.*, vol. I., p. 74).

Se trata, en definitiva, de un distingo que también puede reconstruirse en términos de la mayor o menor incidencia que pueda tener la decisión concreta sobre el bien común.

<sup>158</sup> Cardozo, Benjamin, *op. cit.*, pp. 148/149.

<sup>159</sup> Para apelar a la fórmula de “Cipriano v. City of Houma” (cit.) -“substantial inequitable results”, reiterada entre otros en “Chevron” y “American Trucking” (cits.), utilizando aquí el concepto de equidad entendida como la romana *aequitas* (vide Rümelin, Max, “Die Billigkeit im Recht”, Verlag von J. C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1921, p. 27).

teniendo siempre en claro que no podremos pretender aquí respuestas generales y a priori, ni tampoco dotadas de certezas absolutas<sup>160</sup>, pues nos encontramos ubicados en un campo que explicita paradigmáticamente la naturaleza práctica de la razón jurídica, lo cual habilita a recordar la advertencia oportuna de Martin Kriele al sentenciar que “si se separan (...) el Derecho y la razón práctica no se comprende ni el Derecho ni la razón”<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> Lo cual era bien claro para Santo Tomás de Aquino, cuando enseñaba, siguiendo a Aristóteles que “no se debe exigir la misma certidumbre en todas las materias. Acerca de los actos humanos sobre los que versan los juicios y son exigidos los testimonios no puede darse una certeza demostrativa, ya que dichos actos tienen por objeto cosas contingentes y variables, y por lo tanto es bastante la certeza probable” (Summa Theologiae, II-II, q. 70, a. 2).

<sup>161</sup> “Wenn man Recht und praktische Vernunft in dieser Weise trennt, so versteht man weder das Recht noch die Vernunft”, Kriele, Martin, “Recht und praktische Vernunft”, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1979, p. 9.

