

Práctica
da
vai
Bc
ra
de

tr.
cc
d
e
n

I
?
?

Francesco Galgano
coordinador

con la colaboración de
Franco Ferrari y Gianmaria Ajani

Atlas de Derecho Privado Comparado

Traducción:

Juan Antonio Fernández Campos
Departamento de Derecho Civil
Universidad de Murcia

y
Rafael Verdera Server
Departamento de Derecho Civil
Universitat de València

luntades declaradas por sujetos distintos. Pero hay una región entera del civil law que la rechaza: los juristas escandinavos no conciben sino el negocio jurídico unilateral; descomponen el contrato en voluntades unilaterales conformes de los contratantes, cada uno vinculado no por el contrato, sino por la propia voluntad, en cuanto conforme con la voluntad del otro. De este modo, el realismo jurídico escandinavo rechaza el primer grado de abstracción, y al tiempo, acoge el tercero.

En la reunión de los elementos de conocimiento necesarios para la elaboración de los capítulos, así como en la revisión general del *Atlas*, ha sido de gran ayuda Franco Ferrari, que se ha podido servir del importante material normativo y bibliográfico de las universidades alemanas.

Para el comentario de apartados concretos del *Atlas*, nos hemos servido de la colaboración de juscomparatistas de valía como Ugo Mattei, Pier Giuseppe Monateri y Aldo Frignani. Otros comentaristas se deben a prestigiosos civilistas y mercantilistas, especialmente atentos al método comparatista, como Guido Alpa, Herbert Kronke, Luciana Cabella Pisú, Paolo Cendon y Roberto Weigmann. Jóvenes estudiosos han aportado al *Atlas* el fruto de sus experiencias de estudio en los Estados Unidos, como Francesca Moretti, Paolo Gallo y María Chiara Malagutti. Análisis específicos han sido elaborados por Luisa Antonioli e Irina Lucidi Finalmente, más de un comentario ha sido redactado por el propio Ferrari, al cual se debe también la guía bibliográfica final.

Francesco Galgano

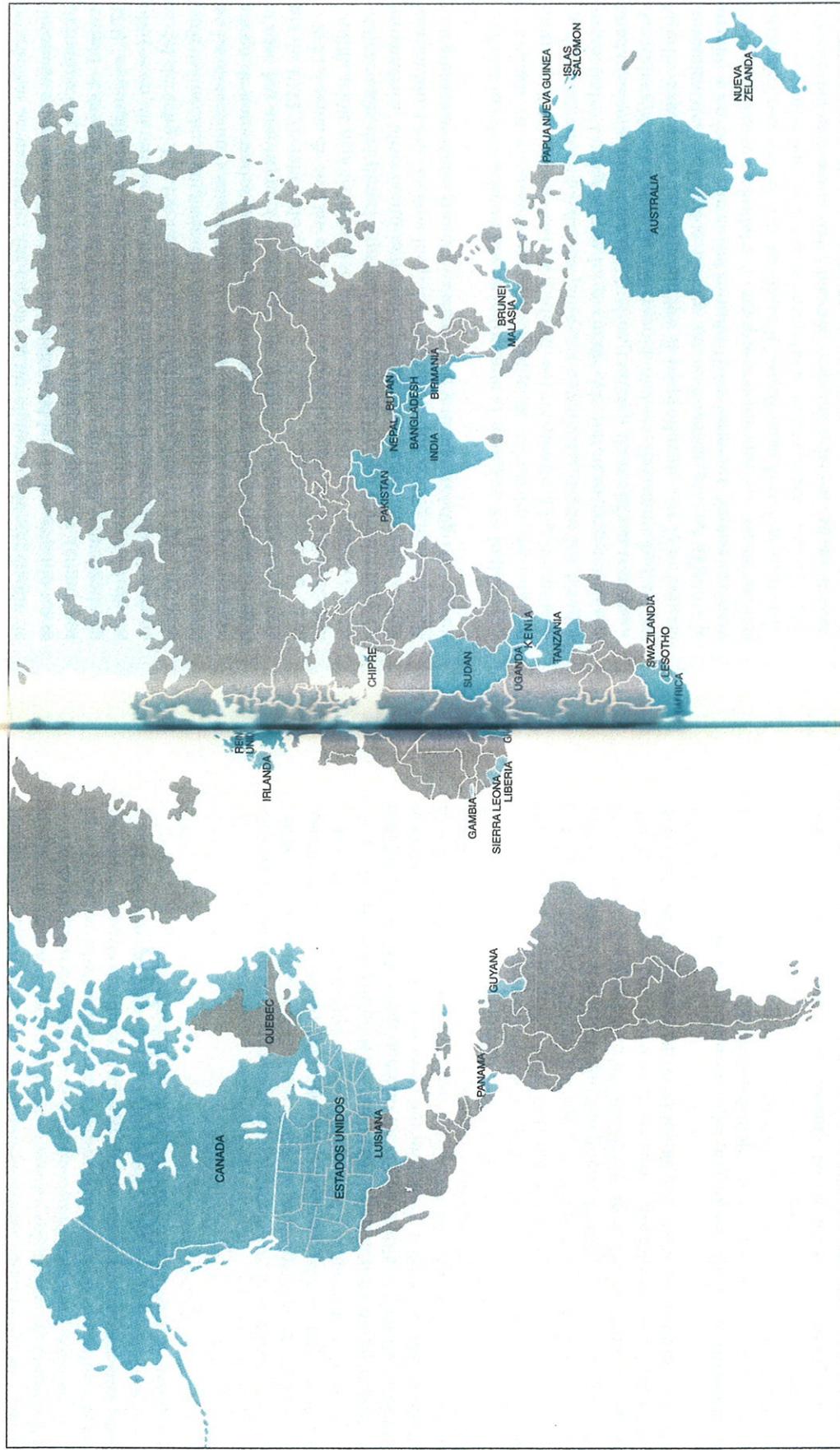
I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. Se entiende por países de *civil law*, según la terminología anglosajona, aquellos países con derecho de origen legislativo, en los cuales las normas jurídicas son de formación política, y los jueces sólo tienen la función de aplicarlas a los casos concretos, deduciendo de aquéllas la solución de la controversia sometida a su juicio.

En los países de *civil law*, por el contrario, el derecho es de formación prevalentemente judicial (*Judge made law*): rige la regla del *stare decisis* por la cual el juez, al decidir el caso a él sometido, está vinculado por los precedentes judiciales, o sea, por las sentencias dictadas por otros jueces al decidir casos análogos. Por eso son los jueces, y no el legislador, los que crean el derecho; y no lo crean, como el legislador de *civil law* con normas generales y abstractas, sino con reglas deducidas del criterio (*ratio decidendi*) adoptado para resolver el caso concreto.

Para sustraerse a la autoridad del precedente el juez de *civil law* puede usar la técnica del *distinguishing*, con la cual establece que, a pesar de las aparentes analogías, el caso sometido a su examen es distinto de los casos examinados anteriormente. El *distinguishing* es el principal instrumento mediante el cual el *civil law* se desarrolla; también el cambio de la realidad económica y social puede constituir una razón que justifique el abandono de un precedente.

Las distancias entre *civil law* y *common law* tienden a reducirse lentamente. En los países de derecho judicial se abre camino un derecho de formación legislativa (*statutory law*); en los países de derecho legislativo los precedentes judiciales, aunque no vinculantes formalmente, influyen de hecho en los jueces (la eficacia persuasiva del precedente). Entre los



Civil law y common law (planisferio): tabla 1.
Los países de civil law aparecen en color gris; los países de common law en color azul.

dos sistemas se mantiene, sin embargo, un elemento diferenciador de relevancia: en **common law** la intervención del legislador, cuando no es sistematización orgánica del precedente **judge made law** (como por ejemplo el caso de la *Sale of Goods Act* inglesa de 1893, actualizada en 1979), es considerada un hecho excepcional, casi una intrusión de los políticos en un mundo que está, por su naturaleza, reservado a los técnicos del derecho. Por eso las normas del **statutory law** son interpretadas restrictivamente, y encuadradas dentro de los principios del **judge made law**. Las colecciones sistemáticas de precedentes, ordenados por materias a cargo de autorizados juristas, permiten una rápida orientación dentro del **case law** americano (destaca en este sentido el **Restatement of contract** de 1932, reelaborado en 1979).

2. El sistema de **civil law** nace a comienzos del siglo XIX en Francia con la codificación napoleónica, y se propaga durante el siglo pasado con las codificaciones del derecho privado en toda la Europa continental y en Iberoamérica, alcanzando incluso el Japón. Más recientemente se han incorporado a este sistema los países islámicos, que configuran sus códigos según los modelos franceses (código civil) y alemán (código de comercio).

El sistema de **common law** nace durante el siglo XVII en Inglaterra y se propaga en el mundo con las conquistas coloniales inglesas, en América del Norte, en Asia y en África, sobreviviendo a las declaraciones de independencia de los países ex-coloniales, desde los Estados Unidos (salvo Luisiana, que ha permanecido fiel al sistema francés) y Canadá (salvo la provincia de Quebec, también de tradición francesa), a Australia y Nueva Zelanda, a Birmania, Malasia, Pakistán e India. Una posterior expansión del **common law** se ha producido por la influencia económica de los Estados Unidos en la América central (Canal de Panamá) y en otras partes del mundo (Islas Virgenes, Samoa occidental, etc.). En cuanto a Sudáfrica, hay que precisar que se trata de un país en transición desde el sistema de **civil law** (**Roman Dutch law**) al sistema de **common law** (como ocurre también en Botsuana y en Lesotho). Una valoración opuesta debe hacerse respecto a Israel, sujeto al **common law** durante el tiempo de dominio británico, pero que, desde la proclamación del Estado de Israel, ha desarrollado un sistema jurídico de base legislativa. Una ley de 1957 impone a todo tribunal que resalte los precedentes de los tribunales superiores, pero la experiencia ha superado progresivamente esta vinculación, también por la creciente presencia de jueces de procedencia y formación cultural alemana, francesa, etc.

Generalmente, el **common law** se considera un sistema unitario: un precedente inglés del siglo XVII puede, en teoría, ser aplicado por un juez indio o estadounidense; en estos países resulta, siempre en línea de principio, extraño el dogma de la nacionalidad del derecho. Durante mucho tiempo la independencia de los Estados Unidos fue considerada como una circunstancia exclusivamente política, irrelevante para el derecho. En realidad, el **common law** se ha diferenciado progresivamente en los distintos países, que sólo han conservado un modo común de formar y concebir el derecho. En este sentido, se aprecia una sensible diferencia entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, donde se reconoce autoridad no tanto al precedente aislado, sino más bien a una orientación constante de la jurisprudencia.

II. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL SISTEMA INGLÉS

por Francesca Moretti

1. Carácter vinculante, interno y externo, del precedente

«Nuestro sistema de **common law** consiste en aplicar a los nuevos supuestos las reglas de derecho que nosotros, jueces, derivamos de los principios jurídicos y de los precedentes judiciales; y con el fin de garantizar la uniformidad, la coherencia y la certeza del derecho debemos aplicar estas reglas, con tal que no sean claramente ilógicas o estén fuera de lugar, a todos los casos iguales que se presenten, y no tenemos posibilidad alguna de desatenderlas o de rechazar su aplicación analógica prefiriendo otras no consagradas nunca judicialmente, sólo porque consideremos que tales reglas no sean tan oportunas y ajustadas como deseámos. Considero de extrema importancia mantener este canon absolutamente firme, no sólo para la resolución del caso en cuestión, sino sobre todo por el interés superior del derecho como sistema científico» (Minchouse v. Rennel, 1833, C. 1, F. 527, 546, 6 ER 1015, 1023).

En esta afirmación del juez Park se resumen sustancialmente los elementos que componen la **doctrine of judicial precedent**, ciertamente, el rasgo más característico de todo el sistema jurídico británico. Teniendo en cuenta que la **doctrine**, extendida sucesivamente a los otros países de matriz anglosajona, encuentra su origen en Gran Bretaña, puede decirse que este breve fragmento contiene la idea misma del precedente judicial. En su formulación más rígida, la **doctrine** constituye una red de acero que envuelve al sistema en su conjunto y a cada órgano juzgador en el

desarrollo cotidiano de sus funciones. El producto final de la **doctrine of binding precedent** es un sistema denominado **case-law**, donde el conjunto de las decisiones judiciales constituye el principal punto de referencia de los abogados y, sobre todo, del juez, protagonista indiscutible de lo que no por causalidad recibe el nombre de **judge made law**. Twining subraya cómo el derecho inglés también se considera atípico en el ámbito de los sistemas de **common law**, por el grado de respeto otorgado al precedente.

Aunque pueda parecer extraño, la vinculación absoluta al precedente sólo fue definitivamente proclamada en 1898, con el caso *London Street Tramways Ltd. v. London County Council* (A.C. 375), donde precisamente, la **House of Lords**, supremo órgano judicial de Inglaterra, se consideró obligada a atenerse a sus propias decisiones anteriores, obligación extendida autoritariamente a los tribunales inferiores. No es ésta la sede oportuna para profundizar en el análisis de las abundantes opiniones que se han ido acumulando acerca del problema de los **ipse dixit** de la **House of Lords**, que en éste como en otros casos (el principal de los cuales es, como veremos, el **Practice Statement**), establece substancialmente cánones de derecho pseudo-procesal destinados a una especie de obligatoriedad normativa, que implica también a otros órganos. La cuestión se centra en el poder de la corte suprema inglesa: si ésta está efectivamente legitimada para este tipo de determinaciones «positivas» (establezco que mis decisiones me vinculan, y siendo ésta una decisión mía, también ésta me vincula), deberá admitírsela también un poder igual y contrario, capaz de eliminar, de modo autovinculante, cualquier decisión asumida por ella anteriormente, incluida, paradójicamente, aquella que fija la obligatoriedad de sus propias decisiones.

Un tribunal tiene, por tanto, el poder de establecer reglas que los tribunales inferiores estarán obligados a respetar. Estas reglas, cuando tienen una gran importancia doctrinal y práctica, son conocidas con una terminología especial, hablándose de «regla de *Rylands v. Fletcher*» o de «*Tulk v. Moxhay*»; y es evidente que un principio se convierte en regla en tanto en cuanto su aplicación se repite con una cierta constancia y uniformidad. Como acertadamente se ha indicado, la orientación acerca de una determinada cuestión se precisa posteriormente cada vez que la regla es analizada en juicio y reafirmada, pues cada nueva circunstancia y cada nuevo juez contribuyen a transformar en exhaustivo un principio que debió ser formulado sólo en lo indispensable. Como decía Jeremiah Smith, tres son las posibles interpretaciones del papel del juez: a) los jueces tienen un poder meramente declarativo del derecho existente; b) los

jueces tienen un espacio creativo limitado a las áreas no cubiertas todavía por decisiones precedentes; c) los jueces están legitimados no sólo para «hacer» un nuevo derecho, sino también para «deshacer» el derecho ya existente.

El carácter vinculante de un precedente está además estrechamente conectado con el órgano judicial que lo dicta, en función de su ubicación en la «jerarquía de los tribunales», esto es, en ese sistema de estructura rigidamente piramidal en el que se organiza la magistratura británica. La eficacia obligatoria de un precedente se mueve, por así decirlo, desde arriba hasta abajo, o sea desde las **Superior Courts** a las **Inferior Courts**; se excluye que pueda operar en sentido inverso, aunque en este caso deben examinarse otros fenómenos de compleja y casi misteriosa naturaleza, que serán explicados a continuación.

Inevitable corolario de cuanto hasta ahora se ha dicho es la progresiva disminución del peso del precedente a medida que se desciende en la escala jerárquica; y los tribunales de grado inferior afrontan frecuentes problemas de no escasa entidad hallándose ante decisiones contradictorias (lo cual es posible también en el ámbito de la regla **stare decisis**) provenientes de órganos de nivel jerárquico diverso. Este código de prioridad comporta lo que se podría definir como «vinculación externa» al precedente, que opera entre los tribunales en las relaciones reciprocas de jerarquía, a lo cual, por otras vías, se añade una «vinculación interna», o sea la obligación, para un determinado órgano judicial, de atenerse a sus propias decisiones anteriores.

A excepción de la **House of Lords**, sometida, como órgano que ocupa el vértice, sólo a un poder de naturaleza legislativa, los otros tribunales británicos se someten a la autoridad de todos los tribunales que le preceden en la jerarquía (en este orden: **Court of Appeal**, **Divisional Court of the High Court**, **High Court**, **Crown Courts**, **County Courts** y **Magistrates Courts**).

Naturalmente, el máximo carácter vinculante en su aspecto externo corresponde a las sentencias de la **House of Lords**, cuya incidencia puede ser anulada sólo en presencia de pocas y rígidamente formuladas excepciones. Al menos en principio. En cambio, la práctica depara a menudo sabias maniobras dirigidas a eludir un precedente incómodo, pero objetivamente vinculante. Y se perfila, entre las redes del sistema, la sutil hendidura que permite al **common law** rejuvenecerse a la luz de nuevas exigencias.

En cambio, por lo que se refiere al carácter vinculante interno, afirmado, como se ha dicho, en 1898, ha sido objeto en 1966 de una de las



Civil law y common law (Europa): tabla I.
Los países de civil law aparecen en color gris; los países de common law en color azul.

más relevantes «revoluciones» de la historia jurídica inglesa, si bien no productora de efectos prácticos fundamentales, sin duda si perturbadora en su alcance teórico-doctrinal. Se trata del **Practice Statement** (1966, 3 All ER 77), solemne pronunciamiento efectuado por el entonces **Lord Chancellor** en nombre de todos los **Lords**.

El punto central de esta declaración consiste en establecer para el futuro el poder de la **House of Lords** para apartarse de sus propias decisiones «cuando parezca justo hacerlo», manteniéndose en las hipótesis normales, la obligatoriedad de los precedentes. En la declaración se precisa –con evidente intuición de las tendencias independentistas que de otro modo podrían provocarse– que el cambio no afecta a ningún otro órgano judicial.

En sustancia, la corte suprema ha hecho aquí uso de aquel poder equivalente e inverso que se apuntaba antes; en consecuencia, quien desde siempre ha considerado ilegítimas las autodeterminaciones hechas en sede no legislativa, ha puesto seriamente en duda el valor normativo del **Practice Statement** (*Lord Reid*, en *Jones v. Secretary of Service*, 1972, A.C. 966); quien, por el contrario, exalta el papel del poder judicial en el proceso de formación del derecho ha aprovechado la ocasión para reivindicar análoga facultad en otros tribunales, y, ante todo, para la **Court of Appeal**.

El poder concedido ha sido hasta ahora escasamente utilizado, indicio tangible de la prudencia y del conservadurismo que caracterizan el orden judicial inglés. La cautela de los **Lords**, que hablaron de facultad de «separarse» de un precedente, y no de anularlo, ha suscitado actitudes similares por parte de los compiladores ingleses. Así, en el ambiguo juego de las terminologías, no siempre ha aparecido claramente la postura real del tribunal, con el resultado de que la doctrina misma se ha encontrado en desacuerdo al establecer cuál ha sido el primer caso de utilización efectiva de esa facultad. La mayoría se inclina por *British Railways Board v. Herrington*, 1972, A.C. 879; otros, en cambio, por *Conway v. Rimmer*, (1968), All E.R. 874. Gross, considerado el máximo estudioso contemporáneo del precedente inglés, opta, sin embargo, por Johanna Oldendorff, 1974, A.C. 479.

En cualquier caso, se puede afirmar que la importancia del **Practice Statement** no reside en la cantidad o la calidad de las modificaciones aportadas al **corpus** de los precedentes judiciales, sino en su influencia sobre los mecanismos de razonamiento de los jueces, hasta el punto de desmitificar la absoluta intangibilidad de las decisiones, permaneciendo firme, para la **communis opinio** inglesa, la validez del sistema en sí.

2. Capacidad de persuasión del precedente

El precedente judicial desempeña, en efecto, un papel determinante no sólo cuando resulta ineludible según la **doctrine of stare decisis**, sino también, y en modo nada despreciable, cuando no existe obligación de conformidad, al menos, formalmente. Es bastante frecuente que los jueces de tribunales superiores se atengán a decisiones emitidas por tribunales de nivel jerárquicamente inferior, o sea, atribuyan a precedentes solo «persuasivos» un peso diverso y superior a cuanto se deriva de los imperativos normativos.

Es igualmente usual que jueces de gran prestigio, guiados por un sentido de la justicia que a menudo se confunde con veleidades reformistas, ejerzan toda clase de artes mágicas para sustraer el caso a examen del tribunal de la aplicación literal de reglas no queridas, a veces formuladas por ellos mismos.

Se encuentra entre las figuras míticas del derecho inglés Lord Denning, **Master of the Rolls** (primer presidente) de la **Court of Appeal** desde 1962 hasta 1982, firme defensor de la necesidad y legitimidad de un pronunciamiento que liberase también a esta tribunal del vínculo de sus propios precedentes. En contra de su **one man's crusade** se han alzado muchas objeciones. Se considera, en efecto, que permitir a una corte con un volumen de más de seiscientas causas al año, modificar a placer las propias líneas de tendencia, comportaría inevitablemente el fin del dogma de la certeza y la uniformidad del derecho. Se ha observado, además, que la **House of Lords** y la **Court of Appeal** no pueden ocupar la misma posición en el ámbito de la **doctrine of stare decisis**. En efecto, la **House of Lords** es tribunal de última instancia; en teoría sólo el Parlamento está legitimado para modificar sus decisiones, aunque en la práctica esto no sucede a menudo. En tal caso parece imprescindible conferir a dicha corte un poder de anulación (*overruling*) de sus propias sentencias (*Davis v. Johnson*, 1978, All E.R. 1132, además *Attorney General of St. Christopher, Nevis and Anguilla v. Reynolds*, 1979, 3 All E.R. 129). Por el contrario, la **Court of Appeal** es casi exclusivamente una corte intermedia, y la sede más apropiada para la corrección de sus errores sigue siendo la **House of Lords**. Es bastante probable que todo esto sea fruto de miedos excesivos. Nada induce a pensar que la seriedad y el sentido de autolimitación de los jueces de la **Court of Appeal** sea inferior al de los **Lords**, y es naturalmente cuestión abierta establecer qué valor, entre la certeza del derecho y la justicia, sea digno de mayor respeto. Queda además, como elemento último de seguridad, la posibilidad de un juicio de la **House of Lords** en sede de apelación.

Por otra parte, la sentencia que establece el carácter autovinculante de los precedentes para la **Court of Appeal** [Young v. Briston Aeroplane Ltd. (1944, KB 718)] es considerada el caso fundamental de la doctrina del precedente inglés. En ella se procedió además a enunciar las excepciones, aparentemente taxativas, a la regla introducida. En sustancia, la corte:

- a) puede decidir, entre dos decisiones suyas aplicables, cuál seguir;
- b) debe rechazar aplicar una decisión propia cuando, según su parecer, contrasta con una decisión de la **House of Lords**;
- c) no está obligada a seguir una decisión propia emitida **per incuriam** (esto es, en la ignorancia de una ley o de un precedente vinculante para aquel caso).

Pero, en realidad, las excepciones son ahora tan numerosas que están probablemente destinadas a «devorar» la propia regla. Los pronunciamientos de otros tribunales no vinculan al tribunal que los ha dictado (a excepción de la **Divisional Court of the High Court**), sino sólo a aquellos inferiores.

Resulta de todo esto la existencia de una *summa divisio* en el ámbito de los precedentes ingleses, entre **binding precedents** y **persuasive precedents**, deduciéndose la segunda categoría a *contraria*, por la ausencia del requisito de la obligatoriedad. Así sucede con todas las sentencias emanadas de tribunales jerárquicamente inferiores, o provenientes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de la Supreme Court de los Estados Unidos, etc. Establecer qué sea exactamente un precedente vinculante —y por contraposición, un precedente persuasivo— es menos sencillo de cuanto parece; no, obviamente, tanto desde un punto de vista formal, donde la subdivisión es clara, como desde un punto de vista concreto, en relación con el contenido y con la práctica. Para que se pueda fundadamente considerar que un precedente vincula a un juez posterior, deben concurrir dos presupuestos: la decisión precedente debe ser ante todo *in point* respecto a la posterior, esto es, no deben encontrarse diferencias relevantes en puntos de hecho y de derecho, tales que impidan someter ambos supuestos de hecho al mismo régimen jurídico. En segundo lugar, ésta debe provenir, como se ha dicho, de un órgano judicial superior. El distinto peso atribuible a estos dos elementos puede comportar resultados bastante divergentes en función de un acercamiento «autoritario» o, por el contrario, «sustancial». Indudablemente parece preferible un criterio más conexo con el análisis de los hechos de la causa y del razonamiento jurídico, que con un rígido principio jerárquico (Summers).

Muy a menudo, el carácter vinculante de un precedente, a causa de una serie de factores, es tan débil que se acerca a la mera persuasividad; por el contrario, algunos precedentes persuasivos son honrados con una devoción parejía a los mejores precedentes vinculantes. Varios elementos contribuyen a debilitar o a fortalecer el peso de un principio establecido. La frecuencia de su utilización es lógicamente el primero de los datos a favor; pero también incide mucho el prestigio del juez que lo ha dictado, el haber sido decidido por unanimidad o por simple mayoría, el haber sido **reserved**, esto es, no establecido inmediatamente a la conclusión de la deliberación, sino tras el final de una reserva expresa de reflexión (lo cual viene señalado adjuntando a la propia sentencia la sigla CAV –Curia **Advisari Vult**–). Influyen además, tanto para una como para otra categoría, la presencia de opiniones disidentes (y la fama de los que las formulan...) y la eventual coincidencia sobre la parte dispositiva y el **reasoning**, o sólo sobre la primera.

De ello se deriva que un precedente jerárquicamente vinculante pero bastante antiguo, adoptado por mayoría estrecha, con autorizadas contestaciones en el propio tribunal, tendrá amplias posibilidades de ser **distinguished**, y por tanto, evitado por un juez ocupado de un caso análogo; mientras que un precedente proveniente de una corte inferior, pero compuesta de jueces eminentes, dictado en tiempos recientes y sin disposiciones, dejará una impronta determinante en la jurisprudencia, incluyendo incluso a tribunales superiores a tomarlo seriamente en consideración.

Pero ¿cómo y cuándo se produce la inserción de un precedente persuasivo en el procedimiento decisori? Ante todo, debe excluirse previamente la presencia de fuentes legales que vinculen al juez; verificada la ausencia de directrices imperativas, se podrá acudir con total libertad al precedente, como también discretionalmente puede ser desatendido, sin tener que ofrecer motivación alguna de la elección realizada y sin que, obviamente, la sentencia pueda ser posteriormente considerada *per incuriam vice*. Resulta particularmente curioso observar que a menudo precedentes sólo persuasivos son citados únicamente para ser **distinguished**, lo cual es al menos extraño a la vista de la absoluta ausencia de obligación de adherirse a ellos. Véase, por ejemplo, *Donoghue v. Stevenson*, 1932, en All E.R. 4, 20, donde la sentencia americana *Mac Pherson v. Buick Motor Co.* es citada sólo para ser «diferenciada». Naturalmente un juez que cita y después sigue un precedente persuasivo manifiesta con ello la propia convicción sobre la corrección de tal solución, demostrando apreciar espontáneamente sus méritos intrínsecos;

sí embargo, dichos precedentes pueden ser, como se ha dicho, citados y no aplicados, mientras que citar un precedente vinculante comporta la adhesión, salvo que se trate de una operación de «demolición» ejecutada en el modo que a continuación se indicará.

La principal diferencia respecto a los precedentes vinculantes se halla por tanto en este punto: un juez, si se encuentra vinculado por un precedente, está obligado a adoptar su motivación, incluso a falta de convicción, esto es, aunque personalmente nunca hubiera mantenido una posición semejante. Los precedentes persuasivos, en cambio, pueden ser citados como mera referencia o para constituir materia de distinción, pero son seguidos si y sólo si convencen. De esto deriva que mientras cabe expresar una discrepancia acerca del resultado de la aplicación de un precedente vinculante, esto es impensable cuando se adopta la solución de un precedente meramente persuasivo.

3. La ratio decidendi

Alcanzadas estas conclusiones, se impone una nueva cuestión: ¿cuál es, efectivamente, la parte vinculante de un precedente? Esta pregunta se responde fácilmente identificando en la *ratio decidendi* el núcleo normativo de la sentencia. Pero con esto se ha dado sólo un aparente paso adelante, siendo como es tan controvertido, incluso hoy, cuál sea el mejor método para identificar este elemento, y la definición que más exhaustivamente capte su contenido. Técnicos del precedente como Goodhart, Montrose, Wambaugh y otros, han amontonado innumerables propuestas y testis individualizadores; el único dato incontrovertible –en el cual se funda luego la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*– es que la primera debe consistir en un elemento determinante de la decisión, en el eje de su esqueleto justificativo. Pero sería simplista concebirla como «razón del decidir» o motivación *tout court*, siendo normalmente dos los factores de la motivación, uno de hecho y otro de derecho: la *ratio decidendi* de la sentencia inglesa no coincide con ninguno de éstos, sino que es más bien la resultante del uno y del otro, en una interrelación compleja entre principio de derecho y aspectos de la controversia que el juez considera cualificantes y esenciales.

De todos modos, desde un punto de vista doctrinal, la *ratio decidendi* es un falso problema: tanto el Parlamento como los tribunales de mayor prestigio, habrían podido fácilmente formular una definición autorizada de *ratio* o hacer un elenco de criterios inequívocos de los cuales

les derivar la *ratio* de una sentencia precedente; pero tanto el Parlamento como los tribunales se han abstenido de hacerlo, demostrando una fuerte resistencia a la formalización de la **doctrine of precedent**. Cualquiera que sea el motivo de esta decisión, el resultado es una mayor elasticidad en la interpretación de los precedentes. Esto diferencia grandemente la práctica interpretativa relativa a los precedentes, de la relativa a los *Statutes* (leyes escritas). Un precedente puede ser cuestionado en su contenido efectivo, e incluso en el razonamiento jurídico del cual procede; los *Statutes* son, en cambio, leyes por sí mismas, y no tienen necesidad de soportes explicativos. Ello no quita que bastante a menudo *Statutes*, considerados carentes de soporte justificativo, sufren interpretaciones restrictivas; pero el grado de libertad otorgado en el caso de los precedentes es decididamente más amplio (*Templer v. Mitchell*, 1956, S.C. 267; *Ridge v. Baldwin*, 1964, A.C. 40; *Malloch v. Aberdeen Corporation*, 1971, S.R.L. 245). Es ésta una de las características sobresalientes del *common law*, desde siempre refractario a la traducción de un principio o de una práctica en una rígida forma escrita; ello comporta efectos indudables en nuestro campo de investigación, no sólo en el sentido antes apuntado de una consistente *leeway* en la interpretación, sino también porque la propia *ratio*, incluso cuando se identifica en el cuerpo de una determinada sentencia, asume un valor (sea vinculante, sea persuasivo) no en su exacta formulación sintáctica, sino solo y exclusivamente con relación al principio sostenido por aquélla. Por tanto, la *ratio* no es siempre una regla fija en forma verbal y, en efecto, a menudo los jueces de tribunales inferiores no se sienten vinculados por las palabras textuales usadas en el pronunciamiento que son llamados a aplicar, existiendo una especie de tácita convención en tal sentido.

En función de las exigencias, la *ratio* puede ser identificada con la regla jurídica situada en la base de la sentencia, con la justificación expresa de la decisión, con el principio jurídico implícitamente presente en el proceso justificativo realizado por el juez, o con el concepto normativo a propósito del cual, con mayor o menor fundamento, será sucesivamente citada la propia sentencia. De ésta se puede hacer, pues, un uso bastante articular; cuál de estas perspectivas prevalecerá luego en concreto depende esencialmente del contexto.

No es pues la *ratio* la que, como alguien ha sugerido, cambia con el tiempo; más bien es el tiempo el que progresivamente proporciona el ángulo visual de los jueces, el que impone la consideración de cada cambio no como un evento aislado y autónomo, sino como origen y al mismo tiempo proyección de fermentos innovadores. Ninguna *ratio* como por

otra parte ninguna norma, brilla con luz propia, sino que se justifica y se explica sólo en una panorámica del sistema en su conjunto (*Twinning*).

4. Los *obiter dicta*

Con método más elástico se afronta el problema de los *obiter dicta*, categoría normalmente obtenida por exclusión respecto a las *rationes*. Igualmente nos cuestionamos aquí el criterio más idóneo para conseguir clasificar una opinión, expresada por un tribunal como un simple *aside* o, en cambio, como uno de los eslabones de la cadena del razonamiento jurídico, y en consecuencia, negarle o atribuirle fuerza vinculante. La dificultad de una definición omnicomprensiva de los *obiter* comparte las incertezas ya señaladas en torno a la *ratio*, teniendo en cuenta la peculiaridad de los dos problemas: hemos de añadir que, en último término, la tipología de los *dicta* resulta aún más variada que la de las *rationes decidendi*.

Existen, ante todo, afirmaciones hechas por el juez sin ninguna relación con los hechos decisivos de la causa, dirigidas a fundamentar las argumentaciones jurídicas utilizadas para fines decisores; hay, asimismo, observaciones hechas en relación con los elementos materiales de la controversia, pero que no son incorporadas a la sentencia definitiva (por ejemplo, las *dissenting opinions* de los jueces en minoría); existen, finalmente, motivaciones jurídicas desproporcionadas o redundantes respecto a las necesidades del caso concreto. El peso atribuible a un *dictum* deriva de sus propias características; la doctrina británica más eminentemente a considerar «verdadero» *obiter* sólo aquél encuadrable en la primera categoría, o sea, una afirmación hecha de pasada acerca de cuestiones que no son objeto de discusión. En cambio, otra suerte se separa a los juicios expresados sobre cuestiones colaterales, pero profundamente debatidas en sede juzgadora, especialmente si se puede deducir que, si los hechos hubieran sido en alguna medida diversos, dichos juicios se habrían convertido en parte de la *ratio decidendi* del caso. A esta categoría de *dicta* se le suele atribuir el nombre de *judicial dicta*, y gozan sin duda de un prestigio más próximo al de la *ratio* que al de los *obiter*. Es evidente que el *obiter*, cualquiera que sea su naturaleza, no puede encuantar tal asumir valor vinculante: su eficacia será, pues, meramente persuasiva, mayor o menor en función del órgano del cual proviene. En cualquier caso, en la economía del sistema el papel es sin duda fundamental; hasta el punto que algunas decisiones no adquieran relevancia por sus

rationes sino por los *dicta* que contienen: de hecho, el esfuerzo interpretativo que encierran los presenta a menudo como verdaderas y propias anticipaciones de futuros pronunciamientos. La nebulosa en la que se ha envuelto el concepto de *ratio*, además, hace posible un sabio juego de desplazamiento de los confines, de modo que al juez se le ofrece la chance de calificar como *obiter* parte de la *ratio* de la sentencia considerada vinculante, y declarar esa *ratio*, entendida restrictivamente, como no pertinente al caso en cuestión.

5. Las *opinions*

Hagamos al menos una breve referencia a una característica de la organización jurídica inglesa que tanto la diferencia de la nuestra, a saber, la institución de las *opinions*. En la estructura dialéctica y discursiva del juicio inglés las *opinions* pueden asumir, incluso, la forma de autónomos *speeches* (como en el caso de la *House of Lords*), *speeches* que después son llevados a conocimiento general por medio de su publicación en los diversos *Reports*. La relevancia de las *opinions* como factores productores de nuevo derecho puede ser fácilmente constatada con un análisis de la influencia que estas *opinions*, incluso disidentes, ejercen en los jueces llamados sucesivamente a decidir casos análogos. Una teoría no acogida en una ratio pero expuesta en una *opinion* puede estar dotada de una fuerza incalculable en manos hábiles, y un juez disidente a menudo encuentra conseguida más consenso y adeptos que quienes expresan un juicio en la misma *ratio*. En organizaciones muy numerosas a menudo se forman incluso mayoría y minorías de *opinions* y -lo cual hace la cuestión particularmente delicada- a veces los concretos juicios que forman la mayoría convergen en la decisión, pero se diferencian en el *legal reasoning*, originando curiosos problemas en orden a la identificación del principio vinculante y de la *ratio*. *Opinions* uniformes dan vida a una única *ratio*, pero *opinions* concordantes en la parte dispositiva y divergentes en la motivación, siendo compatibles, ofrecen a los futuros intérpretes una gama de posiciones igualmente autorizadas en las que inspirarse. En cambio, cuando las motivaciones sean incompatibles, se tendrá una sentencia sin *discoverable ratio*, y por tanto no vinculante según la doctrina de *binding precedent*, sino sólo en la parte dispositiva. Como observa De Franchis, las *opinions* contribuyen a dar un vigoroso desarrollo al derecho y a responsabilizar a los jueces; y además se prestan, como ya hemos señalado para los *dicta*, a ser citadas en juicios sucesivos en apoyo de eventuales cambios de tendencia.

6. *Distinguishing y otras excepciones a la regla stare decisis*

Es precisamente al desarrollarse la exigencia de un cambio cuando entra en juego una serie de mecanismos, bastante diferentes entre sí, que paralizan, de forma definitiva o provisional, la eficacia vinculante de un precedente judicial. Se trata de las llamadas excepciones a la regla del **stare decisis**, cuya identificación es todo lo contrario que unánime, tanto en la práctica judicial como en las discusiones doctrinales. Aun siendo evidente que las clasificaciones, sea quien sea su autor, no tienen valor absoluto y sirven sobre todo para enfocar de modo científico y claro el análisis de un determinado problema, resulta necesaria, sin embargo, una precisión. En el sistema inglés están previstas, sustancialmente, tres técnicas para minar la eficacia de un precedente; se le puede acusar de estar viciado en la estructura o en el procedimiento que ha determinado su formulación; se le puede considerar no pertinente para el caso en cuestión; y se puede, más radicalmente, negar la existencia de presupuestos que justifiquen su supervivencia. Los elementos que permiten el uso de una u otra técnica son bastante distintos, y profundamente diferentes son también sus efectos. En el primer grupo se incluye una serie (en realidad, no taxativa) de defectos *ab origine*; el segundo mecanismo es el que lleva el nombre de *distinguishing*, el aspecto más fantoso y fascinante de la entera *doctrine of binding precedent*; el tercero y último, llamado *overruling*, provoca la expulsión de un precedente del sistema de las fuentes del derecho. Los textos británicos tienden a considerar estas tres categorías como excepciones; por el contrario, sólo la primera y la última responden plenamente a esta definición. En las hipótesis (que seguidamente examinaremos) de decisiones tomadas *per incuriam o sub silentio, o con ratio decidendi* oscura, etc., existe un vicio objetivo y comprobable, intrínseco a la decisión, que la priva de todo carácter vinculante: contrariedad a una norma imperativa, contradicción en un punto, no claridad del principio expresado. En estos casos al juez sólo le corresponde declarar la constatable ilegitimidad de la sentencia; pero esta ilegitimidad, por así decirlo, está *ya in re*. La función del juez es exclusivamente la de constatarla, pues sustancialmente se encuentra frente a la evidencia de los hechos, y si en estos casos hay también un cambio del derecho, el juez es, ciertamente, su mero ejecutor material.

En el *overruling*, y aún más en el *distinguishing*, el papel del juzgador es mucho más amplio e incisivo, y comporta un análisis conjunto del supuesto de hecho en relación, incluso, con reglas de conveniencia y razonabilidad. La utilización de estos mecanismos es totalmente discre-

cional, hasta el punto que normalmente en estas hipótesis se constatan en los órganos colegiales opiniones favorables y contrarias, y en definitiva sólo una mecánica cuestión de mayoría determina el resultado final. Estas operaciones, a diferencia de las examinadas antes, dependen fundamentalmente de la formación cultural y política del juez: el juez no está obligado a llevar a cabo esas operaciones, de modo que puede suceder que un mismo principio resista el asalto producido en el seno de un determinado tribunal, o en presencia de cierta composición de éste, y ceda, en cambio, a uno posterior. Esto es lo que se puede llamar *judicial room for manoeuvre* y no responde al concepto de excepción a una regla, que comporta una operación bastante más automática. Ante estos datos, resulta oportuno un rápido excursus acerca de las principales excepciones (en el sentido antes aclarado) al *stare decisis*.

La hipótesis más común es probablemente la relativa a las decisiones tomadas *per incuriam*, esto es, con desconocimiento de una ley escrita o de un precedente vinculante sobre el punto en cuestión. La tendencia ha sido siempre la de limitar estrechamente el supuesto de hecho a estos dos casos, debiendo resultar que, por causa de la *ignorantia legis*, algunos aspectos de la decisión y algunos fragmentos del *legal reasoning* sean manifestamente erróneos. Tres son, por tanto, las condiciones a satisfacer:

- a) la presencia en el sistema de una norma legal o de un precedente vinculante que, de haber sido tomado en consideración, habría modificado el resultado de la decisión;
- b) la ignorancia o el olvido por el tribunal del principio aplicable;
- c) el manifiesto error de la decisión en conexión con los dos factores enunciados.

Diversamente, pueden presentarse casos en los que la *ratio decidendi* de la sentencia a aplicar haya sido expresada en modo tan oscuro que resulte incomprensible, o que incluso resulte imposible identificar el principio enunciado por el juez. Respecto a un mismo supuesto de hecho sustancial, los jueces posteriores no estarán obligados a respetar una parte dispositiva cuya justificación no aparezca individualizable. El juicio definitivo mantendrá su validez en la parte dispositiva, pero la decisión no tendrá ningún valor en relación con el *stare decisis*.

Más aún, es inaplicable una *ratio* que exprese un principio, o se refiera a un aspecto, no plenamente discutido durante el proceso, aunque por algunos se distingue (probablemente con razón) la hipótesis en la cual esto suceda por responsabilidad del juez o por falta de impugnación de

las propias partes. Se trata de las decisiones *sub silentio*, sobre las cuales el debate doctrinal ha sido siempre muy vivo a causa del carácter opinable de los aspectos constitutivos del supuesto.

Es de uso relativamente reciente la hipótesis conocida bajo el nombre de *de cessante ratione cessat ipsa lex*. Se da cuando una regla ha perdido su substrato lógico a causa del cambio de las circunstancias, por lo cual ya no parece oportuno mantenerla con vida: significa que ya esa regla, ya la decisión basada en la misma, perderán su fuerza vinculante. El instrumento es uno de los más interesantes a disposición de los jueces británicos, siendo perceptible la utilidad de establecer una excepción en nombre de las cambiantes exigencias de nuestros tiempos. Sigue siendo indispensable una ponderada valoración de la oportunidad de hacer uso de dicho instrumento: una estructura jurídica de composición plurisecular, como la inglesa, podría ser radicalmente alterada.

Por último, están viciadas las decisiones contrarias a un principio implícito, fundamental pero no codificado, del sistema, mientras son inaplicables aquellas decisiones con *ratiōnes* demasiado amplias o en conflicto con otras emitidas por tribunales de igual grado, donde se abrirá una posibilidad de elección. Común a todas estas situaciones, tan diversas entre sí, es que no determinan la desaparición de una sentencia del panorama de los precedentes: el vicio ocasionado es relativo, circunscrito a la específica ocasión en la cual surge, lo cual es, por otra parte, intuitivo. La irregularidad de una sentencia adoptada *per incuriam* se refiere a uno o varios puntos viciados específicos, pero no necesariamente a todo el *legal reasoning*, que podría perfectamente mantener su validez y relevancia para otras hipótesis.

El efecto de cancelar para siempre una determinada *ratio* es performativa exclusiva de la operación de *overruling*.

Ésta consiste en el acto de derogación sustitutiva (Criscuoli) que un tribunal de grado superior a aquel que ha emitido la decisión impugnada efectúa en relación con el núcleo normativo de dicha decisión, sustituyéndolo con el núcleo normativo de su nueva decisión. El resultado es análogo a la derogación de una ley con la consiguiente sustitución de la misma. Una importante y problemática diferencia se encuentra con relación al término inicial de eficacia del nuevo principio: la ley escrita dispone normalmente hacia el futuro, en cambio, el *overruling*, excepción hecha de los derechos cuestionados, tiene una especie de eficacia retroactiva, que se manifiesta con todas su fuerza en el caso concreto examinado por los jueces. Las expectativas de las partes pueden de hecho ser fácilmente frustradas sin posibilidad de apelación, y esto no parece justificado.

La segunda técnica a disposición del juez anglosajón para huir de los estrechos límites en los cuales es confinada su actividad como creador del derecho es el ya mencionado *distinguishing*, con razón definido como *fascinating game*. Ésta es la operación por la cual el juez del caso concreto declara que no considera aplicable un determinado precedente, vinculante respecto a la situación en examen, porque no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que estaría obligado a aplicar.

Sabemos ya que un precedente, para ser vinculante, no debe sólo ser *binding* según la organización jerárquica del sistema, sino también *in point*, es decir, referido a los mismos hechos. Al valorar el elemento de la identidad del hecho, la postura de los jueces ingleses es fuertemente restrictiva y está, por tanto, muy abierta la posibilidad de evitar la aplicación de la regla reconocida como vinculante, evidenciando en el caso concreto elementos incluso sólo parcialmente divergentes de aquellos que habían dado vida al precedente. Este último resulta por tanto *distinguised*, y degradado desde una posición de *binding* a la de *persuasive precedent*. Se podría argumentar que esta práctica casi vanifica el mecanismo del *stare decisis* y suscita la duda de que en realidad las *rationes decidendi* son escasamente coercitivas. En cambio, también podría sostenerse razonablemente que la existencia de la *chance* del *distinguishing* es una prueba irrefutable de la presencia de una obligación de conformidad, en cuanto aquella perdería su propia razón de ser si los jueces pudieran orientarse libremente sobre el principio a aplicar.

La segunda posición parece corresponder mejor a la realidad práctica y doctrinal del derecho inglés: sólo por medio del *distinguishing* vienen evitadas desagradables situaciones de evidente falta de lógica y sólo por medio del *distinguishing* (y del *overruling*) se concilian el rigor del *stare decisis* y el papel innovador y creativo de los jueces.

Rodeados por una infinita mole de decisiones vinculantes, sucede raramente —pero sucede— que los jueces puedan encontrarse ante el llamado *hard case*, es decir, un supuesto todavía no contemplado en ninguna ley o en ningún precedente, en cuanto que los hechos objeto de producción normativa en las precedentes reglas o decisiones no están presentes en el caso en cuestión. En este tipo de situaciones, los jueces, convencidos de la primacía del precedente vinculante sobre cualquier elemento sustancial del caso en examen, atraviesan momentos de profunda crisis operativa, siendo llamados a realizar complejas valoraciones y difíciles elecciones de orden práctico, en las cuales no son guiados por ninguna opinión autorizada. Resulta preferible a sus ojos un conflicto

entre **ratiōnes decidendi**, donde puede encontrar espacio el **distinguishing** (y donde hay al menos una «norma» a aplicar) u otra de las maniplaciones jurídicas en las cuales son maestros: los casos de **first impression** colocan a menudo al juez británico en una situación para la cual no está preparado, obligándolo a entrar en la materialidad del supuesto de hecho, más allá, por así decirlo, de su territorio natural, los **Reports**. En cualquier caso, queda dicho que no es posible trazar una neta demarcación entre **clear cases** y **hard cases**. Lo que hace un caso jurídicamente claro es el ser encarnación de una regla pre establecida, pero también las reglas pre establecidas pueden ser objeto de cambiantes interpretaciones, de modo que resulta relevante no sólo la existencia de una norma aparentemente pertinente, sino también la pertinencia de la norma en relación con la interpretación que en tal momento histórico le viene dada (*Mac Cormick*). La vitalidad de un sistema basado en el precedente (sin tratar en esta sede el problema del fundamento de las decisiones) impone que los jueces comprendan la variedad y amplitud de los casos a los cuales la **doctrine of binding precedent** no puede ofrecer respuesta alguna, y donde los presupuestos sustanciales, y no aquellos vinculantes, se convierten en los elementos con base en los cuales resolver el nudo jurídico.

Volviendo al análisis del **distinguishing** el juez puede, por tanto, considerar que el caso que le es vinculante fue decidido correctamente, pero la decisión contiene, o carece de, algún elemento irrelevante, o esencial, para el caso de autos. Si es capaz de delimitar las diferencias significativas, o definibles como tales, encontrará acogida el **non restrictive distinguishing** (o **genuine distinguishing**), o sea, un análisis que tiene como resultado final la pretendida inaplicabilidad, por falta de pertinencia, del precedente vinculante al caso concreto, sin que con ello su *ratio* sea de algún modo impugnada. Otra cosa es el **restrictive distinguishing**, que se verifica cuando el juez posterior advierte que la regla emergente del precedente vinculante es demasiado amplia respecto al supuesto que le ha dado origen; el juez, por tanto, propone considerar la **ratio decidendi** de la sentencia invocada en sentido más limitado y más cercano al supuesto originario: la conclusión del razonamiento será que, interpretada tan restrictivamente, la **ratio aries** vinculante ya no comprenderá en su esfera de aplicabilidad una situación exactamente correspondiente a la de la controversia en examen; y el precedente judicial resultará así una vez más evitado.

Se impone, en verdad, una observación respecto al **distinguishing**: dadas las infinitas posibilidades de combinación de los elementos de

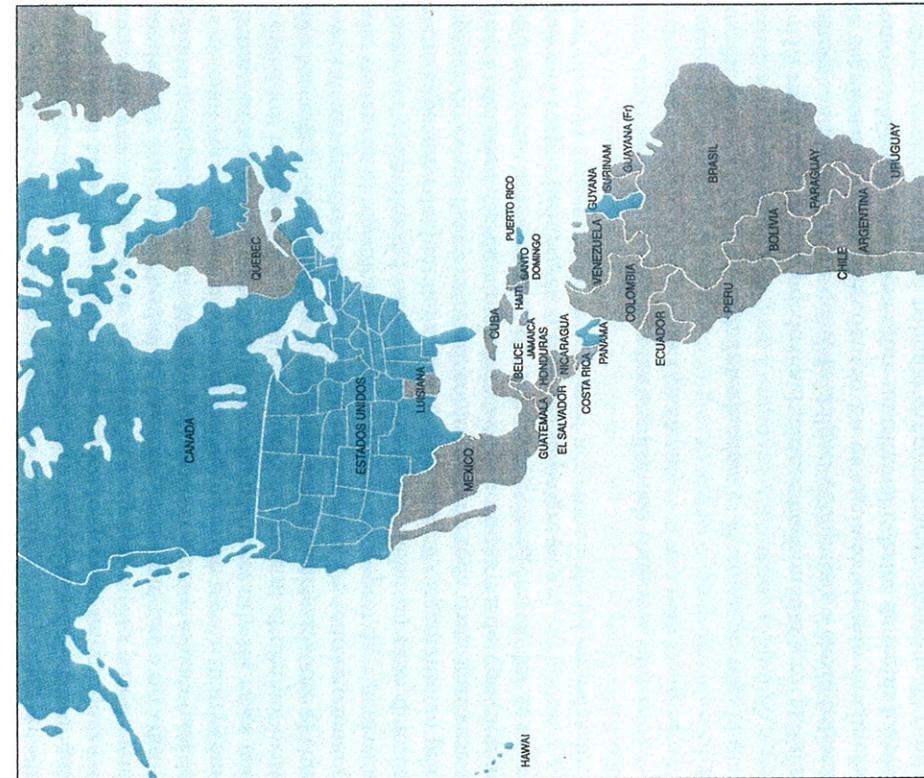
hecho con los de derecho, prácticamente cualquier caso podría ser «distinguido» de otro similar pero no idéntico. La validez del instrumento depende en buena parte del uso que hacen los jueces: ningún juez está sometido a la obligación de distinguir dos supuestos sólo porque estos puedan ser distintos. El hecho de que un precedente sea o no «distinguido» no depende sólo de la existencia de las condiciones para hacerlo: es necesario que el tribunal advierta una buena razón para actuar, y como dichas razones se encuentran en la propia naturaleza de los casos controvertidos, incorporadas en valores que cambian con el tiempo, existe sólo bastante probabilidad, pero ninguna clase de certeza, sobre el comportamiento que los jueces adoptarán en concreto. De todo esto emerge con evidencia el significado relativo que el concepto de vinculación asume en el ámbito del **case-law**. En todo ello tiene un peso determinante la persona del juez llamado a decidir. Aplicar ciegamente un principio dado es tan fácil y extremo, como querer a toda costa sustraerse al vínculo del **stare decisis**; ninguna de las dos posturas puede, con carácter general, considerarse justificable o estimable; ninguna de las dos enriquece el **corpus iuris** inglés, o estimula su progreso.

III. STARE DECISIS EN LOS ESTADOS UNIDOS

por Ugo Mattei

1. Introducción

La regla **stare decisis** puede tener alcance horizontal o vertical. En el primer sentido se concibe como la obligación impuesta a cierto tribunal de seguir sus propios precedentes. En el segundo sentido se concibe como la obligación que pesa sobre un tribunal inferior de seguir los precedentes decididos por un tribunal jerárquicamente superior. El fundamento de la regla es diferente en cada caso: para los jueces inferiores se trata de un corolario de la relación jerárquica, a la que están sometidos como consecuencia de la organización piramidal de los tribunales (la organización piramidal en Inglaterra fue instituida sólo con las **Judicature Acts** de 1873; en las colonias, por el contrario, los tribunales fueron organizados inmediatamente de dicho modo para que el ligamen jerárquico con las instituciones de la metrópoli apareciera in natura rerum). Los jueces superiores, por el contrario, encontraron en la doctrina del valor vinculante del precedente en sentido horizontal, un modo para perpetuar en el tiempo su propia influencia, ejerciendo así una fun-



*Civil law y common law (América): tabla 1.
Los países de civil law aparecen en color azul; los países de common law en color azul.*

ción nomoflática. Éstos están deseosos de proclamar que están obligados jurídicamente a seguir los precedentes de sus iguales, como modo elegante de asegurarse que los propios precedentes no serán barridos por los posteriores. En este sentido, también las Cortes Supremas americanas justifican su propia praxis de seguir el precedente (praxis frecuentemente etiquetada como *stare decisis*). Al mismo tiempo, tal teoría puede constituir una importante fuente de legitimación en relación con el poder legislativo, en cuanto garantía de estabilidad.

La regla *stare decisis* en sentido horizontal ha tenido una duración más bien breve. En los Estados Unidos no ha sido nunca observada estrictamente a nivel de Tribunal Supremo. Tal alcance, como es sabido, no sobrevive hoy en el máximo nivel, ni siquiera en Inglaterra, donde la House of Lords, que se ha sentido vinculada por sus propios precedentes durante cerca de un siglo, se ha liberado de esta obligación en 1966: Practice Statement (Judicial Precedent).

En los tribunales intermedios puede observarse, en general, una vinculación por sus propios precedentes. Sin embargo, mientras en los Estados Unidos tal obligación se puede considerar como costumbre «elástica», la misma ha sido formalizada para la Court of Appeal inglesa en los años cuarenta del siglo XX; ésta, al menos en teoría, está todavía estrechamente vinculada por sus propios precedentes. Como la regla *stare decisis* en sentido horizontal es una obligación estrechamente relacionada con la función nomoflática de las cortes, se comprende que sea desconocida a nivel de tribunales inferiores en todo el mundo de *common law*.

2. Actividades elásticas y rígidas frente a la regla *stare decisis*

Frente a la regla *stare decisis* se puede decir que han convivido, desde sus albores hasta hoy, dos posturas: una reverente y otra escéptica. Estas posturas culturales se han difundido de modo diverso en el mundo de *common law*: la primera ha triunfado en Inglaterra, la segunda en América. En los otros territorios del *common law* la actitud es variable, y depende de la órbita que más las atrae. La vecindad cultural con los Estados Unidos (Canadá) tiende a hacer más elástica la regla, mientras que la afinidad cultural respecto a Inglaterra lleva a los jueces a tomar más en serio la obligación *stare decisis* (Irlanda, Nueva Zelanda). En general, puede notarse una tendencia desde el rigor a la elasticidad a medida que la cultura estadounidense impone su liderazgo en el mundo de *common law* (Australia, Canadá).

En la fase clásica de la doctrina del precedente existía una sustancial coincidencia entre los **dicta** de las cortes (inglesas y americanas) y las obras de los juristas, tanto desde el punto de vista de las razones que justifican la regla del precedente, como desde el punto de vista de su fundamiento concreto.

Desde el primer punto de vista sobresalen, como es fácil de imaginar, la certeza del derecho, la uniformidad de las decisiones, la seguridad de las posiciones subjetivas; a este respecto no queda sino el embarazo de la elección ante el ofrecimiento de citas enfáticas y solemnes. Nótese, con todo, que certeza, uniformidad y seguridad del derecho serán puestas en crisis, como categorías de referencia, sólo en un breve período americano, en el cual el nihilismo jurídico hará su aparición como última consecuencia del realismo. Aparte de este breve paréntesis, estos valores siempre constituyen la justificación teórica de la doctrina del precedente (Calabresi).

3. Factores que inciden en el rigor de la regla stare decisis

Una multitud de factores determinan el carácter más o menos rígido de la regla **stare decisis** en el mundo contemporáneo del common law: la unidad o la pluralidad de las pirámides judiciales, con su relativa mayor o menor posibilidad de precedentes conflictivos; la presencia o la ausencia de constituciones escritas que incorporan o hacen inmediatamente actuables reglas jurídicas de amplio contenido y de notable alcance político; el nivel de madurez de la cultura jurídica nacional, con su correspondiente impacto crítico en las decisiones de los jueces a las que hay que atenerse; las características de los repertorios jurisprudenciales, y la cantidad de decisiones publicadas. En los Estados Unidos todos los factores contribuyen a hacer elástica la regla **stare decisis**: existen más de cincuenta pirámides distintas, teóricamente independientes; la Constitución induce a una decisión en clave de **public policy**; la cultura académica es hasta demasiado crítica; la cantidad de decisiones publicadas ha superado desde hace tiempo un nivel crítico, de modo que para todo se puede encontrar una cita favorable y contraria.

Los otros sistemas de common law se sitúan, en general, en posiciones intermedias entre los ingleses y los americanos. En consecuencia, en América, la teoría clásica del precedente, basada en la contraposición formal entre **ratio y obiter**, y en la distinción entre **decisión y opinión**, ha sido rápidamente abandonada; en cambio, esta teoría sobrevive en mayor medida en Inglaterra.

Por otra parte, también en este último escenario, no ha sido difícil darse cuenta de que las vías ofrecidas a los jueces para apartarse de sus obligaciones de fidelidad a los precedentes han sido tales que les confieren un poder semejante en la práctica al de sus colegas continentales. Sin embargo, el análisis comparativo no aconseja el acogimiento de la tesis de quienes autorizadamente han defendido la convergencia (Cappelletti): las diferencias entre common law y civil law sobreviven netamente desde el punto de vista del valor del precedente judicial entre las fuentes del derecho.

Stare decisis es ante todo un instrumento utilizado por los **common lawyers** para describir el propio sistema; es ésta una regla cotidiana de trabajo para el juez de common law, que el colega romanista ciertamente no conoce. Esta, aun colocada en un nivel descriptivo y no operativo, no carece de reflejos en este último plano: el juez, por formación cultural, se siente obligado a seguir el precedente. Cierto que allí donde la cultura del juez sea más crítica, éste se sentirá menos dispuesto a seguir una regla burocrática; de aquí la antinomia histórica entre regla del precedente y cultura jurídica universitaria.

A pesar de todo, es suficiente un análisis de las particulares técnicas desarrolladas en el derecho jurisprudencial del common law para verificar cómo la regla **stare decisis** y las concepciones subyacentes son operativas en la actualidad. En estos sistemas se ha desarrollado una serie de técnicas, que merecen la atención del comparatista, más que las abstracciones formales de la teoría clásica del **stare decisis**.

La moderna doctrina del precedente, que resulta del análisis de dichas técnicas, es en cualquier caso compatible con los concretos artificios a disposición del juez parastraerse al deber enunciado. Frente a ésta el jurista romanista que se haya familiarizado sólo con la teoría clásica se encuentra completamente perdiido: ni el binomio **ratio decidendi-obiter dictum**, ni el **distinguishing-overruling**, bastan ahora para comprender la moderna doctrina del precedente.

4. La organización judicial en los Estados Unidos

Existe en los Estados Unidos una completa dualidad entre los tribunales federales y los tribunales estatales, en el sentido de que, experiencia única en el mundo, la justicia federal está provista de un sistema completo de cortes tanto **at nisi prius** como **appellate**. A pesar del crecimiento de los campos de intervención del gobierno federal, debido sobre

todo a la gran utilización de la **commerce clause**, siguen siendo en cualquier caso los tribunales estatales los que desempeñan la mayor parte del trabajo judicial. La razón del fenómeno ha de buscarse, por un lado, en la limitación de la cuantía para la competencia en **diversity jurisdiction** de las cortes federales, que desde siempre ha cerrado las puertas de estos tribunales a los litigios de cuantía media-baja, y que ha sido recientemente aumentada a 50.000 dólares.

5. Los tribunales estatales

La organización de los tribunales estatales varía de un Estado a otro. Los jueces son en unos casos nombrados entre técnicos por el Gobernador, en otros son elegidos; en algunos casos gozan de la garantía de ser inamovibles, en otros no. La composición, y hasta la propia existencia, del jurado en primer grado es también una variable. La denominación de los tribunales es diversa, y puede ser desconcertante para el nómada: por ejemplo, en el Estado de Nueva York la instancia suprema se llama **Court of Appeals**, mientras la **Supreme Court** conoce en primer grado.

El prestigio social del cargo de juez está a su vez en función de la valoración general de la cultura jurídica de un determinado Estado. Que el prestigio de la cultura jurídica de Nueva York o de California no es el mismo que el de Wyoming o de Arkansas queda claro, a pesar del papel unificador desarrollado por las **law schools** nacionales. Ser juez del órgano supremo californiano, por ejemplo, es considerado al menos tan prestigioso como formar parte de una **Court of Appeals** federal; el mismo nivel de prestigio no ha sido en modo alguno alcanzado por el Tribunal Supremo de otros Estados.

Consecuencia de estas divergencias de nivel cualitativo es el declive de la doctrina más reciente del principio, difundido después de *Erie R.R. v. Tompkins*, de la plena intercambiabilidad funcional entre cortes federales y cortes estatales, obligadas éstas últimas a desarrollar la misma función que las primeras, según cuanto dispuso el celebérrimo caso *Testa v. Katt* (330 U.S. 384, 1947). Las decepcionantes decisiones de ciertas cortes estatales ante el relevante problema de la discriminación racial en los años cincuenta y sesenta, han empujado a la convicción de que la organización judicial federal constituye el modelo a alcanzar.

Este resultado ha sido ya alcanzado en múltiples y no secundarias áreas del derecho, comenzando por el procedimiento modelado, hoy en

casi todos los Estados, sobre la base de las **Federal Rules**. Puesto que esta tendencia de unificación institucional está destinada a triunfar, resulta legítimo concentrar la atención en el ámbito de este trabajo en el modelo federal antes que en las diversidades específicas de ciertas manifestaciones estatales.

El esquema fundamental de la organización de la justicia en todos los Estados y en la Federación está basado en un primer grado de **trial courts**, en las cuales se conoce tanto de los hechos como del derecho (*courts at nisi prius*); en un segundo grado de **appellate courts**, en las cuales se conoce sólo respecto al derecho, y de un último y eventual grado de jurisdicción ejercido por un Tribunal Supremo. El carácter obligatorio o discrecional de este último grado varía de Estado a Estado, aunque en general el sistema es en todas partes mixto. Por otro lado, es necesario tener presente dos características que se encuentran aún hoy en algunos Estados. Ante todo, junto a la **trial court** (en general conocida como **county court**, con jurisdicción territorial limitada al condado) operan diversas **municipal courts** y diversos **justice of the peace**; estos últimos personajes, y en muchos Estados también los jueces de las **municipal courts** (superiores a aquéllos pero subordinados a la **county court**), no tienen por lo general ninguna formación jurídica. El Tribunal Supremo Federal en una conocida decisión luego emitida por distintas cortes supremas estatales, ha considerado admisible y no contraria al **due process** la competencia de jueces no técnicos, incluso en material penal, cuando hayan dispuesto medidas restrictivas de la libertad personal, con tal que sea garantizada una apelación a un juez técnico (*North v. Russell*, 427 U.S. 328, 1976). En consecuencia, una gran proporción de la jurisdicción de primer grado resulta organizada en América a nivel estatal sin jurado, de manera informal, muy similar a Inglaterra. Aún hoy, cerca del cincuenta por ciento de los Estados carece de un sistema de tribunales intermedios de apelación.

6. Tribunales federales inferiores

Por cuanto se refiere al sistema federal, tampoco la pirámide descrita de tres niveles ha sido el único modelo de organización históricamente conocido. Durante muchos años, y precisamente hasta el final del siglo XIX, no existían tribunales federales intermedios. La actual organización de la justicia federal está regulada por el **Judicial Code** de 1948, una auténtica codificación federal de la organización y de las funciones de las cortes federales.

Todo el territorio de los Estados Unidos está hoy cubierto por la competencia de primer grado de 95 **District Courts**. Cada uno de estos tribunales está constituido por un cierto número de jueces, cada uno de los cuales actúa por lo general individualmente, salvo en un cierto número de hipótesis particularmente delicadas en las cuales la decisión se confía a una diversa composición, la llamada *three judge district court*. El actual número de **district judges** en todos los Estados Unidos es algo superior a seiscientos. La decisión se toma en alrededor del cincuenta por ciento de los casos con el concurso del jurado lego, tanto en materia penal como en materia civil. El número de casos instados en estas cortes se mueve en la actualidad en torno a los trescientos mil al año, sólo en los ámbitos penal y civil, a pesar de los continuos intentos de limitar la jurisdicción en diversity para dejar que su atención se concentre principalmente en las **federal questions**; muchas energías son además absorbidas por asuntos cuasi-judiciales (naturalización, **probation**, etc.).

Desde estos tribunales se apela ante las **United States Courts of Appeals**, previstas y reguladas a su vez por el **Judicial Code** de 1948 en el tercer capítulo, en sustitución de las **precedentes Circuit Courts of Appeals**. A pesar del cambio formal de denominación, éstas son todavía conocidas como **circuit courts**, pues en efecto están organizadas en circuitos. Formalmente a la cabeza de cada circuito se encuentra uno de los nueve jueces del Tribunal Supremo, cuyos jueces más jóvenes asumen también los circuitos restantes. Se trata, por otro lado, de una presencia hoy casi meramente formal, herencia de un pasado lejano; sin embargo, cierto poder ha sido mantenido por algún *justice* sobre su propio circuito.

La presidencia de la **U.S. Court of Appeals** es confiada en cada circuito a un **Chief Judge**, por lo general el juez más antiguo, nombrado por el **Chief Justice** del Tribunal Supremo federal. Las **U.S. Courts of Appeals** son hoy trece, once en circuitos estatales, una para el **District of Columbia**, y otra para el llamado **Federal Circuit**. Estos tribunales están compuestos por un número variable de jueces, desde un mínimo de seis para el primer circuito (Maine, Massachusetts, New Hampshire, Puerto Rico, Rhode Island) a un máximo de veintiocho en el noveno circuito (Alaska, Arizona, California, Idaho, Montana, Nevada, Oregon, Washington, Guam, Hawaii). Su actividad «puede clasificarse fácilmente en tres categorías: 1) jurisdicción de apelación sobre las decisiones de las **district courts**; 2) emisión de **prerogative writs**; 3) control sobre las decisiones de ciertos entes o comisiones administrativas» (Bator, Meltzer, Mishkin, Shapiro).

Los jueces son en total poco menos de doscientos. Por regla general, los casos son conocidos por tres jueces; en ciertos casos raros, tras una

decisión tomada por mayoría de los jueces en servicio regular, la corte puede decidir incluso en **banc**, o sea, con todos sus componentes. A causa del alto número de apelaciones (en la actualidad cerca de treinta mil al año), el proceso decisional ha cambiado notablemente: «en un tiempo casi todos las apelaciones eran tratadas oralmente; hoy esto no sucede ni siquiera en un tercio de los casos. La duración de la discusión oral ha descendido considerablemente; hoy son menos de veinte minutos por parte (en 1960 era de cuarenta y cinco a sesenta minutos por parte)» (Posner).

7. Técnicas de trabajo sobre el derecho basado en el precedente

Un caso puede ser **harmonized**, o sea, el juez posterior puede dedicarse a hacer desaparecer diferencias aparentemente suficientes para ejercitar el **distinguishing**. Puede ser además **criticized**, esto es, sometido a crítica por parte de un juez que, sin embargo, se declara vinculado a seguir el precedente. El caso puede ser, asimismo, **limited** cada vez que el juez posterior considere la adopción de un procedimiento de interpretación restrictiva, limitando estrictamente a los hechos la decisión del juez precedente. Incluso el caso puede ser **questioned** por el juez posterior cuando el carácter de sabiduría, cuidado y fundamento o rigor del precedente sea simplemente puesto en duda, sin una explícita toma de posición crítica con relación al caso. El **Shepard Citator**, y en cierta medida su homólogo inglés previsto en la **Current Law**, utilizan una serie de letras para indicar cada uno de estos diversos tratamientos: O para **overruled**, D para **distinguished**, H para **harmonized**.

Junto a estas operaciones efectuadas por la mayoría, un importante papel a la hora de limar el valor de un precedente es desempeñado por los jueces disidentes. Éstos tienen a su disposición el instituto de la **dissenting opinion**, un potente instrumento de crítica a las argumentaciones jurídicas de la mayoría. Ante todo, una decisión con uno o más jueces disidentes nace más débil que una decisión unánime. No es en absoluto raro, además, que una línea jurisprudencial, antes de ser abandonada, sea erosionada y discutida repetidamente por algún miembro solitario del órgano, que poco a poco, consigue convencer a la mayoría de sus colegas (quizás también gracias al apoyo proporcionado por parte de los comentaristas) del fundamento de su propia solución; clásicas desde este punto de vista son las **dissenting opinions** de Oliver Wendell Holmes. Cada una de estas técnicas constituye, con diversos matices, un «atentado» al valor de un precedente: es fácil comprender el fenómeno que

puntualmente se verifica, por el cual un caso a menudo **criticized**, **distinguished**, **harmonized** o **questioned** antes o después está destinado a encontrar el hacha del **overruling**. Por otro lado, aun cuando esto no suceda, su valor se verá notablemente reducido respecto a un caso convincente y consecuentemente siempre **followed**, cuya legitimación no está en la regla burocrática y positivista del deber **stare decisis**, sino en su sabiduría.

De aquí el alcance operativo tan limitado que, ante semejante escenario, pueden tener las expresas intervenciones normativas o reglamentarias (como el **Practice Statement** inglés de 1966), dirigidos a desvincular (o a vincular) a los jueces de la regla **stare decisis**.

Resulta claro, además, cuando dirímos el análisis hacia un plano operativo, que en cada uno de estos diversos matices se sustancia la naterialidad no fija, sino cambiante e instrumental, de la **ratio decidendi**, que el juez posterior, según los casos, modela con un mayor o menor grado de abstracción. Operaciones como las de extraer la «verdadera **ratio decidendi**» de un caso, de moda en América a principios de nuestro siglo y en Inglaterra en los años treinta y cuarenta, y que se están difundiendo hoy en día en la doctrina italiana, con una nueva sensibilidad por el derecho jurisprudencial (por la difusión del modelo de **common law** en el **civil law**), muestran sus límites ante la fascinante complejidad de las vías abiertas ante un juez consciente del propio papel que desempeña en la interpretación del derecho.

Cada una de estas diversas técnicas es, en efecto, por sí misma, prueba a un tiempo de la vitalidad de la doctrina **stare decisis** (sin la cual, por ejemplo, técnicas como el **harmonizing**, el **questioning** y el **criticizing** no tendrían sentido porque el juez podría simplemente obviar el precedente molesto), y además de la obsolescencia de la imagen en la que centran su propia atención las contraposiciones clásicas. En este orden de ideas, ha sido ya apuntado que muchas veces en **common law** la técnica del **distinguishing** es utilizada también en relación con los precedentes ajenos a la jurisdicción (incluso extranjeros), allí donde no existe, según el sentido clásico de la regla **stare decisis**, ni siquiera un deber de tomar en consideración el caso (Moretti).

Las técnicas descritas son instrumento de trabajo cotidiano en todo el mundo del **common law**. Además de estos matices, otros importantes aspectos caracterizan la regla del precedente. Uno de estos, el **anticipatory overruling**, compromete el alcance vertical del deber **stare decisis**. En cambio, el otro, el llamado **prospective overruling**, opera estrictamente en relación con la jurisdicción suprema, y da la medida de la vita-

lidad de los jueces-legisladores en el mundo de **common law**. Ambas técnicas se han desarrollado más acabadamente en los Estados Unidos que en Inglaterra.

Desde el punto de vista de la doctrina de la regla **stare decisis** la combinación de las diversas recepciones y de los factores autóctonos que han caracterizado el desarrollo del derecho americano, ha creado un modelo distante de aquél clásico, elaborado sobre los fundamentos teóricos de la teoría declarativa blackstoniana. La crítica a esa teoría ha arraigado principalmente en América, y parece haber supuesto una verdadera revisión general de la teoría clásica del precedente, y en particular, el rechazo de la contraposición entre **ratio decidendi** y **obiter dictum**.

8. *Anticipatory overruling*

La técnica del **anticipatory overruling** tiende a desarrollarse derrogando la proclamada sagrabilidad de la regla **stare decisis** en sentido vertical. Si ésta fundamente el actuar cotidiano de un juez inferior de **common law**, es necesario, con todo, considerar el hecho que ningún juez ha sido nunca sometido al procedimiento de **impeachment** por no haber observado un precedente. Un caso decidido en un tribunal inferior de forma manifiestamente contraria a un precedente de una corte superior, será, presumiblemente, examinado por la jurisdicción superior, que tendrá cuidado de restablecer en vía de apelación la legalidad. Lo mismo sucede en Inglaterra, con tal que se tenga en cuenta el mayor control preventivo de una corporación profesional mucho más pequeña y unida. Se recordará que las grandes y arrasadas empresas de Lord Mansfield, han dado paso como mucho a alguna solemne censura por parte de los Lord Eldon de turno.

Hace falta verificar hasta qué punto hay lugar, en la moderna teoría del precedente, para operaciones de **overruling** explícito de precedentes de un tribunal superior por parte de cortes inferiores. La locución **anticipatory overruling** ha sido acuñada en América, donde, como ya se ha visto, la postura ante la regla **stare decisis** es menos rígida. Con todo, hay que tener presente que el mismo fenómeno no está ausente en Inglaterra, donde en algunos casos excepcionales se ha conferido a la High Court el poder de no seguir precedentes de la **Court of Appeal** y de la **House of Lords**, sobre la base de consideraciones análogas a las que nos disponemos a describir en materia de **anticipatory overruling**.

Los jueces inferiores, en la gran mayoría de los casos, toman tan cabalmente en serio su propia obligación de seguir los precedentes que

la teoría clásica del precedente, fundada en la distinción entre ***ratio decidendi*** y ***obiter dictum***, ha sufrido una profunda herida. En efecto, un análisis de la jurisprudencia, antigua y moderna, nos confirma que, en la mayor parte de los casos, los jueces inferiores en los Estados Unidos no sólo no suenan con ignorar un precedente sobre el mismo punto emanado del Tribunal Supremo, sino que incluso admiten explícitamente sentirse vinculados hasta por los ***obiter dicta***.

Como regla de actuación cotidiana, al menos hasta los tiempos de la Corte Warren, el deber ***stare decisis*** no ha sido un principio desconocido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, si bien éste no se ha sentido nunca estrechamente vinculado por sus propios precedentes. Por otra parte, el Tribunal Supremo ha sido siempre categórico al considerar absolutamente vinculados a todos los restantes tribunales de los Estados Unidos, estatales y federales, ante sus decisiones en materia federal. La situación no es, por tanto, diferente de cuanto ha sucedido en la ***House of Lords*** a partir de 1966. A partir de los años cuarenta del siglo XX, justo cuando los miembros designados por Roosevelt comenzaron a predominar, se inició el período del llamado activismo del Tribunal Supremo; dicho activismo se manifestó inevitablemente en cambios de jurisprudencia sobre temas cruciales, afrontados sucesivamente y resueltos muy a menudo con radicales cambios de rumbo.

Cambió en primer lugar la actitud ante la legislación social, y después la postura ante la segregación racial, y en general, ante las garantías de los derechos civiles y políticos. Sin embargo, no siempre estos cambios, incorporados en casos que se hicieron celeberrimos, se configuraron en ***overrulings*** explícitos por parte del Tribunal Supremo. En la mayor parte de los casos, la Corte fue reacia a cambiar expresamente de opinión, de modo que los precedentes contrarios a la nueva tendencia no fueron formalmente vaciados de valor vinculante, sino sólo erosionados en sus fundamentos teóricos.

El problema se hizo patente, por ejemplo, en el asunto del más famoso caso de segregación racial, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 1954. Formalmente este caso resulta decidido del todo ***ex novo***; se limitó a establecer la ilegitimidad en el sentido de la ***equal protection clause*** de la separación racial en las escuelas públicas. En el plano formal, este caso no constituye ***overruling*** de la doctrina contenida en *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), que elaboró la llamada ***separate but equal doctrine***, en el sentido de que la división de compartimientos ferroviarios para blancos y para negros no es inconstitucional siempre que el servicio sea de nivel parecido. ¿Qué sucede cuando sucedeivamente a *Brown v. Board*

of Education se presente un caso in ***all fours*** respecto a *Plessy v. Ferguson*? ¿Estará el tribunal inferior obligado a seguir el precedente, dejando que sea el Tribunal Supremo Federal quien supere formalmente *Plessy v. Ferguson*, o podrá ejercitar el poder de ***overruling***, siguiendo la nueva tendencia hecha patente por el caso *Brown v. Board of Education*? El problema planteado se ha presentado en *Browder v. Gayle*, 142 F. Supp. 707, a propósito de asientos separados en un autobús de línea. La Corte Federal se negó a seguir *Plessy v. Ferguson*, caso obviamente in ***all fours***, declarando que ésta había sido implicitamente ***overruled*** por *Brown v. Board of Education*.

En ambas hipótesis el juez inferior podrá con perfecta buena fe sostener que sigue a la Corte Suprema; se trata de dos precedentes sustancialmente en conflicto, que también en Inglaterra confieren a los tribunales libertad de elección. En un panorama donde el tribunal superior cambia con frecuencia de tendencia, sin a menudo superar formalmente todos sus propios precedentes afectados por tal cambio, el poder de ***overruling*** de una corte inferior encuentra una justificación teórica, y puede llegar a ser relativamente frecuente. ¿Por qué tendría un juez inferior que aplicar un precedente superior formalmente válido, sabiendo que en apelación su decisión será revocada por un cambio jurisprudencial de la corte superior?

Consideraciones de este tipo están en la base de la doctrina conocida hoy como ***anticipatory overruling***, o ***anticipatory stare decisis***, avanzada en los años cuarenta por los jueces intermedios americanos Jerome Frank y Learned Hand; ésta es su más reciente formulación: «una corte inferior podrá rechazar seguir un precedente del Tribunal Supremo cuando resulte razonablemente cierto, a partir de pronunciamientos judiciales de los componentes de ésta, que el Tribunal Supremo ya no seguirá dicho precedente».

Los casos en que este poder de previsión del resultado ha sido ejercitado no son tan raros, si se tiene en cuenta las que una corte inferior ha decidido que un precedente ha sido implicitamente ***overruled***, aquellas otras en las que una corte inferior ha rechazado seguir un ***prospective overruling***, o aquellas, en fin, en las que ciertas decisiones de una Corte Suprema dividida son consideradas de reducido valor como precedente, y por tanto, no son seguidas. Pero no están ausentes ni siquiera cuando se tiene en cuenta únicamente la hipótesis extrema y expresa en la que «una corte inferior se aparta de la decisión de una corte superior que contiene una regla jurídica que la corte superior jamás ha repudiado ni explícita ni implicitamente» sobre la base de una

previsión de que la corte suprema ya no seguirá uno de sus precedentes anticipando así la acción del tribunal superior y superando su precedente» (Knifflin).

El fenómeno de una regla *stare decisis* no basada en decisiones precedentes, sino en probables decisiones futuras, es particularmente notable en un Tribunal Supremo que tiende cada vez más a enfrentarse con temas políticamente controvertidos, donde las opiniones de sus miembros resultan a menudo notorias. Más en general, se puede ver cómo en los Estados Unidos también la teoría del precedente, y no sólo su práctica, se enriquece con matices absolutamente externos a la concepción tradicional. La distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* parece hacer agua por todas partes, y los *obiter* asumen un valor determinante en el resultado de las futuras controversias, no sólo a causa del general *celo* de las cortes inferiores, sino también como elemento principal de previsión y de conocimiento de las opiniones personales de los jueces.

9. Prospective overruling

Hasta hace poco tiempo el concepto de *prospective overruling* parecía «ser virtualmente desconocido fuera de los Estados Unidos» (Friedmann), pero en la actualidad ha atraido la atención y ha sido recibido en cierta medida por otros ordenamientos, en particular por el alemán (Fulda) y (siquiera de modo bastante titubeante) por el inglés. Su admisión en el mundo de las técnicas jurisprudenciales explícitamente utilizables choca con una serie de obstáculos que constituyen el núcleo mismo de la doctrina *stare decisis*, tal como es comúnmente entendida; no debe por eso sorprender la actitud titubeante de los ingleses.

Dicha técnica se configura como la posibilidad de un juez de modificar un precedente, considerado inadecuado para regular cierto supuesto con relación a todos los casos que se presenten en el futuro, diciendo, sin embargo, el caso en examen aplicando la regla superada.

Admitir esta posibilidad resulta incompatible con dos dogmas del *common law* clásico: a) el hecho de que el juez, al decidir una controversia, no crea derecho nuevo, sino que simplemente aplica un derecho ya existente; b) el hecho de que sólo la *ratio decidendi*, y no el *obiter dictum*, crea reglas jurídicas vinculantes para los casos sucesivos. Dichos dogmas son, como se ha visto, la esencia misma de la regla *stare decisis* en su formulación clásica.

Ante una situación donde los tribunales se apartan a menudo del precedente, el problema de la parte que de buena fe había confiado en una cierta línea jurisprudencial, luego superada por un *overruling*, surge inmediatamente. Algunos tribunales americanos procuraron obviarlo mediante una operación que más tarde fue conocida como *prospective overruling*; estos tribunales decidieron que, cuando una parte había adquirido un derecho de naturaleza propietaria o contractual sobre la base de una vieja regla de *common law* que en aquel momento se decidió cambiar, las expectativas de tal parte merecían protección, y la decisión del caso concreto debía ser todavía adoptada conforme al sentido de la antigua regla.

Esta máxima de sentido común, por lo que parece, ya fue enunciada en 1675 por Lord Nottingham como *policy* general de su Cancillería; su raíz hay que buscarla en las técnicas que desde hacía tiempo usaban los canonistas, y que penetraron en las cortes de *equity*. Al descubrimiento (o mejor, al redescubrimiento) de tales técnicas se llegó por reacción ante la excesiva rigidez de la regla *stare decisis*. La creciente mentalidad crítica difundida entre los juristas americanos inducía a considerar la evolución del derecho, como medio para alcanzar fines sociales, un bien en sí mismo, que había que fomentar removiendo los obstáculos más insidiosos que la impiedan. Entre estos obstáculos estaba indudablemente la objeción, siempre muy sólida, según la cual también la certeza de las reglas del juego, aun cuando a veces puedan ser ingratas, presenta aspectos deseables en sí misma, permitiendo a los ciudadanos confiar en ellas.

La técnica del *prospective overruling*, teorizada por vez primera por algunos escritores menores, y después patrocinada poco a poco por nombres cada vez más autorizados como Cardozo, Wigmore y Kocoureck, parecía constituir el catalizador capaz de hacer reaccionar de manera constructiva los elementos contrapuestos de la continuidad y del cambio. Mediante este sistema el tribunal parecía estar en grado de advertir a los ciudadanos del inminente cambio, sin cometer la injusticia insita en un cambio repentino de reglas en las cuales hubiera cristalizado su confianza. Introducida con Cardozo entre los más interesantes instrumentos nomofláticos del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, en las manos de personajes como Charles Black y Felix Frankfurter, el *prospective overruling* fue pronto reconocido en su verdadera esencia de disposición (*holding*) de una regla jurídica, acompañado por una excepción para la situación presente, de modo teóricamente no distinguible de una decisión a la que se añade una *res judicata*. La práctica posterior ha Enriquecido la teoría del *prospective overruling* con reglas de detalle;

encontramos así decisiones que establecen reglas generales relativas a la carga de la prueba de la confianza (*reliance*), además de reglas especiales relativas al **prospective overruling** en los diversos campos del derecho, con finísimas disquisiciones teóricas acerca de la extensión de su actuación. El **prospective overruling**, tras alguna dificultad para imponerse, es hoy una técnica a disposición de todos los tribunales (tanto superiores como inferiores), que de tal modo parecen haberse liberado de uno de los más fuertes frenos inhibidores del desarrollo jurisprudencial del derecho: el miedo a lesionar expectativas cualificadas de los ciudadanos.

Por otro lado, si se reconoce que en la mayor parte de los casos los ciudadanos no pueden aducir una verdadera confianza en las normas preexistentes, se intuye el verdadero problema conexo al uso de esta técnica del derecho jurisprudencial: a los intereses cuestionados, garantizados por la aplicación de la vieja regla, se contraponen aquellos intereses de quienes contestan que la propia situación jurídica, resulta aún regulada (ipso por ultima vez!) por una regla equivocada. Los tribunales americanos, como en la mayor parte de las situaciones difíciles, reaccionan sopesando los diversos intereses, dejando a un lado las consideraciones abstractas.

IV. STARE DECISIS EN EL RESTO DEL ÁMBITO DE COMMON LAW

por Luisa Antonioli

1. Australia

Australia es una monarquía democrática federal que forma parte de la Commonwealth of Nations. Surgió a partir de seis colonias británicas que, fundadas entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, se federaron en 1901, otorgándose una Constitución federal conforme al modelo de los Estados Unidos. Progresivamente los vínculos que ligaban Australia con la metrópoli fueron relajándose, y el proceso culminó con el Statute of Westminster de 1931, donde se reconoció a los dominions la consideración de comunidades autónomas, libremente asociadas a la British Commonwealth of Nations. Permanecen, sin embargo, ligámenes con Inglaterra, entre ellos el más significativo es la posición formal de la Reina (o del Rey) del Reino Unido como Reina de Australia, y (especialmente interesante para los fines del tema aquí tratado) la jurisdicción del Judicial Committee del Privy Council como último grado de jurisdicción

australiana en determinados casos. Otras influencias inglesas se descubren en la forma del poder ejecutivo, donde tanto a nivel federal como estatal se puede reconocer el modelo del Cabinet Government, cuya presidencia corresponde a un Primer Ministro, líder del partido con mayoría parlamentaria.

La disposición del poder legislativo, dada la forma federal, sigue el modelo de los Estados Unidos, con base en el cual las competencias se reparten entre la Federación y los Estados, correspondiendo a estos últimos todo poder residual no expresamente regulado; el órgano legislativo federal es el Parlamento, compuesto por Senate y House of Representatives; también los Estados, salvo Queensland, han optado por el bicameralismo.

El poder judicial, aun siendo Australia una federación, está organizado según una jerarquía unitaria de tribunales, lo cual constituye la deviación más importante del modelo estadounidense. En el ámbito estatal la jerarquía se articula a nivel inferior en las District Courts (en algunos Estados, sin embargo, la denominación es distinta); y culmina en la Supreme Court, competente en primer grado para los casos más importantes tanto civiles como penales, y para la concesión de recursos en materia administrativa y constitucional (entre los que destacan los llamados *prerogative writs*); este tribunal es además competente para juzgar un gran número de cuestiones de relevancia federal, y es la corte de última instancia a nivel estatal.

La High Court of Australia, prevista por la Constitución federal, es competente para juzgar las apelaciones provenientes de todas las Supreme Courts estatales, tanto por cuestiones federales como nacionales; se trata de un mecanismo institucional de gran relieve porque garantiza la uniformidad del common law y de la interpretación de los statutes en todo el territorio nacional (al contrario de cuanto sucede en los Estados Unidos); la High Court tiene además, jurisdicción originaria y exclusiva para las disputas más importantes de carácter constitucional. La Constitución federal prevé además la posibilidad de plantear un caso ante el Judicial Committee of the Privy Council, por parte tanto de las Supreme Courts estatales (tras la concesión de un certificate por parte de la High Court), como de la High Court. Sin embargo, tras ciertas modificaciones jurisprudenciales y legislativas, el recurso al Privy Council ha sido eliminado para los casos referidos a cuestiones federales, para los cuales la High Court se ha convertido en última instancia jurisdiccional. A pesar de estos cambios recientes, el derecho australiano sufre todavía el profundo impacto del common law inglés, que ha podido estable-