



El “Rule of Law” y el Derecho de los Precedentes

Daniel A. Farber * **

En el presente artículo el autor reproduce y da su punto de vista respecto a la polémica acerca de si los precedentes judiciales y, consecuentemente, el stare decisis, contribuyen al rule of law o si, por el contrario, promueven una forma de Derecho más subjetiva y basada en la discrecionalidad de los jueces. En este análisis el autor hace una crítica al originalismo, como método de interpretación constitucional.



* Sho Sato Professor of Law. University of California, en Berkeley y Director, Environmental Law Program.

** Originalmente publicado bajo el título “The Rule of Law and the Law of Precedents”. En: Minnesota Law Review 90. pp. 1173-1203. 2006. La traducción y reimpresión del presente artículo se ha realizado bajo la expresa autorización del autor. La traducción ha sido realizada por María José Higuera, alumna de la Facultad de Derecho de la PUCP, y miembros de la comisión de contenidos de THEMIS. Las Notas del Editor son de Oscar Súmar, quién, a su vez, ha tenido a su cargo la revisión del texto final de la traducción.

“La historia cuenta. La única pregunta que queda es cómo”¹

La relación entre el precedente y el *rule of law*¹ es motivo de candente debate.² Por un lado, se deben considerar las ideas del difunto Justice¹¹ Lewis Powell. Según el Justice Powell “la eliminación de la técnica del *stare decisis* representaría un apoyo explícito a la idea que la Constitución no es nada más que lo que cinco Justices dicen que es. Esto socavaría al *rule of law*³. Añadió que la “(...) inevitabilidad del cambio afecta a la ley al igual que lo hace con todos los aspectos de la vida. Pero la estabilidad y la moderación son extremadamente importantes para ésta”⁴. Powell concluyó que “(...) la restricción en tomar decisiones y el respeto por las ya tomadas son las claves para la preservación de una magistratura independiente y para obtener respeto público por el rol de ésta de salvaguardar derechos”⁵.

Por el otro lado, el *stare decisis* también ha sido retratado como una traición al deber del juez de cumplir la ley y, por consiguiente, al *rule of law* mismo. Aquí, se debe considerar la opinión de un Justice actual, Antonin Scalia. En lugar de aceptar el precedente como importante para el *rule of law*, lo ve como un obstáculo para la correcta interpretación constitucional: “En cualquier caso, yo lo pensaría como una violación a mi juramento el adherirme a lo que considero una intrusión básicamente injustificada en el proceso democrático para salvar la imagen de la Corte. Con algunas reservas concernientes a las decisiones que ya se han vuelto tan parte de nuestro sistema de gobierno para las que ya no hay vuelta atrás... estoy de acuerdo con el Justice Douglas: “Un juez ante una decisión constitucional podría estar tentado a reverenciar al pasado y aceptar lo que fue escrito alguna vez. Pero se acuerda, antes que todo, que es la

* Sho Sato Professor of Law. University of California, en Berkeley y Director, Environmental Law Program.

** Originalmente publicado bajo el título “The Rule of Law and the Law of Precedents”. En: *Minnesota Law Review* 90. pp. 1173-1203. 2006. La traducción y reimpresión del presente artículo se ha realizado bajo la expresa autorización del autor. La traducción ha sido realizada por María José Higuera, alumna de la Facultad de Derecho de la PUCP y miembros de la comisión de contenidos de THEMIS. Las Notas del Editor son de Oscar Súmar, quién, a su vez, ha tenido a su cargo la revisión del texto final de la traducción.

1 Henry Paul Monaghan. “Stare Decisis and Constitutional Adjudication”. En: *Columbia Law Review* 88. pp. 723-745, 1988.

1 Nota del Editor: la frase “rule of law” no está siendo traducida porque no tiene un equivalente exacto en castellano, pero se acerca al concepto de “Estado de Derecho”, que tiene más vinculación con la tradición europea.

2 Para una visión general útil ver: Fallon Jr., Richard H., “Stare Decisis and the Constitution; An Essay on Constitutional Methodology”. En: *New York Law Review* 76. p. 570, 2001; Maltz, Earl. “The Nature of Precedent”, En: *North Carolina Law Review* 66. p. 367. 1988; Monaghan, *supra* nota 1; Schahuer, Frederick, “Precedent”, *Stanford Law Review* 39. 1987. Para ver como funciona el precedente en otros sistemas legales ver: McCormick, D. Neil y Summers, Robert S. “Interpreting precedents: a comparative study”, 1997.

11 “Nota del Editor: “Justice” es el término con el que se identifica a los jueces de la Corte Suprema en Estados Unidos.

3 Powell Jr., Lewis F. “Stare Decisis and Judicial Restraint”, *Washington and Lee Law Review* 47. pp. 281-288, 1990.

4 *Ibid.*, p. 289.

5 *Ibid.*, pp. 289-290.

Constitución que juró apoyar y defender, no el brillo que en ella pusieron sus predecesores”. O como la Corte misma ha dicho: “Cuando está convencida de un error pasado, esta Corte nunca se ha sentido obligada a seguir el precedente. En lo que se refiere a consultas constitucionales, donde la corrección depende de enmiendas y no de acción legal, a lo largo de su historia, esta Corte ha ejercido libremente su poder de reexaminar las bases de las decisiones constitucionales”⁶.

Según Scalia, cuando la Corte está ante una resolución previa errada, “(...) otorgamos mucha más seguridad del *rule of law* al eliminarla que al quedarnos con una decisión así”⁷.

Aunque muchos originalistas^{III} siguen dándole peso al precedente, la tensión entre la doctrina judicial moderna y la *original understanding*^{IV} puede ser profunda. Como explica Henry Monaghan, “Ninguna concepción satisfactoria del originalismo es capaz de dar cuenta de *Brown*”⁸. Añade que “(...) los casos de aborto, los casos de distribución del poder político^V, y los casos de discriminación de género también son inconsistentes con cualquier concepción cerrada del *original understanding*”⁹. En general, dice “Ninguna versión aceptable de la teoría del *original understanding* produce una descripción convincente de los hechos más importantes de nuestra “Constitución Bicentenario”: garantías no textuales de las libertades civiles; un gobierno nacional poderoso centrado en el presidente; un aparato administrativo enorme; y responsabilidad nacional para lo que había sido siempre considerado como responsabilidad local o fuera del ámbito de la responsabilidad del gobierno”¹⁰.

Monaghan encuentra en este conflicto un serio problema que los originalistas deben confrontar y resolver; si bien “muchas, sino todas” de estas decisiones de la Corte Suprema son “al-

6 *South Carolina vs. Gathers*, 490 US 805, 825 (1989) (Scalia en disensión) (citando a Douglas, William O., “Stare Decisis”, En: Columbia Law Review 49, pp. 735-736, 1949 y *Smith vs. Allwright*, 321 US., pp. 649, 665 (1944)), revocado por *Payne vs. Tennessee*, 501 US., p. 808 (1991).

7 Ibid.

III Nota del Editor: el “originalismo” es una teoría de interpretación constitucional nacida en Estados Unidos. Esta se basa en que la Constitución contendría normas claras y estables. Conceptualmente se opone a la teoría de la *Living Constitution* (Constitución Viva) y se acerca al *formalismo* y al *textualismo*. Es cercana además, con algunas notables excepciones, a los sectores más conservadores, en la medida en que intenta una mayor certeza y predictibilidad en las reglas, aun a costa de la justicia.

IV Nota del Editor: este concepto, que literalmente se traduciría como “entendimiento original” hace referencia a que la Constitución debe ser interpretada como la interpretaron los *padres fundadores*. De esta manera no es un concepto igual a “original intent” que es más cercano a la “intención del legislador”, en la medida en que no se basa en sus intenciones previas a la redacción, sino en una hipotética interpretación de un texto ya formado. En la práctica esto haría que los debates parlamentarios tengan menos valor que el propio texto de las normas. Está, al igual que el originalismo, asociado a la idea de que el texto de la Constitución habitualmente es claro en sus significados, por lo que propone una visión más formal y menos sustancial del Derecho.

8 Monaghan, *supra* nota 1. p. 728 (citando a *Brown vs. Board of Education*, 347 US., p. 483 (1954)).

V Nota del Editor: el autor originalmente utilizó la frase “reapportionment cases”.

9 Ibid. p. 723. Monaghan también argumenta que la presidencia moderna es incompatible con el entendimiento original. Ver Ibid. pp. 735-739

10 Ibid, p. 739

tamente sospechosas” en las visiones originalistas, parece “(...) casi incuestionable que estas decisiones han pasado ya el momento de ser retraídas judicialmente”¹¹. Algunos originalistas pueden no estar de acuerdo con los datos o creer que hay más oportunidad de llenar los vacíos en el *original understanding* con los precedentes, pero el impacto potencial de rechazar el precedente por el originalismo es claramente grande¹².

Este ensayo explora el terreno discutido. Comenzaré con el caso pragmático para el *stare decisis*, especialmente dado que los argumentos se aplican a precedentes base^{VI}. Los originalistas conceden con frecuencia el hecho que invalidar decisiones fundamentales no es deseable. Sin embargo, no se dan cuenta de las implicancias de esta concesión en combinación con el impulso del sistema legal hacia la consistencia y la coherencia. Luego demostraré cómo el originalismo mismo necesita contar con un sistema de precedente para poder lograr el *rule of law*. Al parecer, los originalistas necesitarían al *stare decisis* incluso si su método hubiera sido el utilizado para la interpretación desde un comienzo.

Con ese contexto en mente, tocaré el tema del *stare decisis* y el aborto, lo que ha sido el foco de discusiones sobre el *stare decisis* recientemente. Aunque la Corte ha errado al ver a sus primeros precedentes del aborto como altamente inmunes a la revocación, sí le dio al precedente un lugar apropiado al formular un estándar que gobierne la constitucionalidad de las restricciones al aborto. Esto me lleva a la pregunta de cómo leer los precedentes: como fuentes de reglas o como fuentes de principios generales y analogías? La decisión es pragmática, pero contradiciendo la opinión de Justice Scalia y otros, la presunción debería ser de no ver a los precedentes como reglas.

El *stare decisis* busca preservar la estabilidad, pero la doctrina también debe permitir la innovación y la corrección de errores. Llegar al balance exacto no es fácil. Al final, opto por una versión del *stare decisis* en la cual las decisiones no son revocadas a menos que existan razones fuertes, y menos aún si se trata de lo que llamo precedentes “base” los que serían revocados sólo bajo casos excepcionales¹³. Pero esta versión del *stare decisis* no es rígida pues ve a la doctrina como una evolución a través de diferentes resoluciones en vez de algo “escrito

11 Ibid, p. 740

12 Como muchos que buscan el cambio social radical, comenzando por Martin Luther, aquellos que atacan los precedentes básicos argumentan estar tan sólo restaurando un verdadero y olvidado orden social. Por ejemplo, al criticar a la defensa Burkeana del *stare decisis*, Steven Calabresi dice: “La eliminación de prácticas incorrectas y la restauración de la tradición constitucional fundamental es una forma de cambio revolucionario conservativo, no de cambio revolucionario francés”. Calabresi, Steven G., “Overrule Casey!: Some Originalist and Normative Arguments Against Stare Decisis”, *Constitutional Comment*. En: *Constitutional Cases 22*, 2006. Si las revoluciones son inspiradas por pasados gloriosos o por visiones de un futuro prometedor no afecta el hecho que serán peligrosas para los que no forman parte de ellas.

VI Nota del Editor: el autor utiliza originalmente en inglés la palabra “bedrock”, que, aunque literalmente hace referencia a un tipo de roca que cimienta el subsuelo, se podría entender en este contexto como los precedentes fundamentales o base del sistema. En este trabajo la palabra “bedrock” será traducida siempre como “base”.

13 Estas “razones excepcionales” ciertamente abarcan el rechazo de la Corte de la doctrina previa de “separados pero iguales” de *Brown*, 347 U.S., p. 483. La historia había demostrado que esa vieja doctrina era tan sólo una quimera: ¡había mucha separación pero poca igualdad en Jim Crow!

en piedra” en resoluciones individuales. Es decir, mi visión del precedente va en contra de la revocación, en especial de los precedentes que se conectan entre sí más que las resoluciones individuales¹⁴, sin embargo no es tan cerrada como la visión de Scalia de las reinterpretaciones de buena fe.

I. LOS FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS DEL *STARE DECISIS*

El principio de *stare decisis* no es “nada del otro mundo”¹⁵ VII. Muchas de las razones que existen para darle importancia a los precedentes son fáciles de entender, particularmente las de esos precedentes base que muestran con mayor claridad la necesidad del *stare decisis*. No obstante, aunque podrían parecer conocidas, vale la pena revisar estas razones debido a la crítica reciente al *stare decisis*.

A. Beneficios del *stare decisis*

Pocos abogados niegan el legítimo rol del precedente en las resoluciones de la Corte Suprema¹⁶. Sin embargo, es interesante considerar las razones por las cuales el precedente es tan importante, cómo se utiliza, y cómo la utilización de éste nos enseña acerca de la naturaleza del Derecho constitucional.

Aunque los precedentes parecen tener una fuerza especial para la magistratura, la consideración de éstos es importante también en otros contextos. Podemos dividir la razones por las cuales se debe respetar el precedente en tres grupos: (a) las que se aplican al que toma decisiones diariamente, ya sea judicial o no; (b) aquellas que se aplican particularmente a la corte y (c) las que están vinculadas especialmente a la naturaleza del Derecho constitucional¹⁷.

Existen razones obvias que explican por qué cualquier persona que toma una decisión debe considerar lo dicho por sus predecesores. Estas razones se aplican tanto al funcionario menor, como

14 Es justo preguntarse si es que la categoría de doctrinas base coincide con mis preferencias substanciales. La respuesta es, por lo menos, que no lo hacen enteramente. En mi punto de vista, esta manera de ver el *stare decisis* probablemente protegería a un número de doctrinas que considero incorrectas, como la aplicación de la Décimo Primera Enmienda a los casos federales, la regulación doctrinaria y el requisito del “daño efectivo” como base para una demanda.

15 Por el contrario, toma mucha habilidad intelectual para formar un ataque contra algo que está tan de acuerdo con el sentido común.

VII Nota del Editor: el autor utiliza la frase “is not rocket science”, que literalmente significa “no es ciencia para hacer cohetes”, pero en sentido coloquial quiere decir que algo no es complicado, aunque lo parezca.

16 Para un temprano contra-ejemplo, según el cual el *stare decisis* es contrario al pensamiento progresivo, ver a Winchester, Boyd, “The Doctrine of Stare Decisis”. En: Green Bag 8. p. 257, 1896. Un ejemplo aún más temprano es la opinión del Chief Justice Taney en *The Passenger Cases*, 48 U.S. (7 How.) 283, 470 (1849) (Taney, C.J., en opinión disidente). Incluso antes, Jonathan Swift se burló del *stare decisis* describiéndolo como un esfuerzo para preservar “todas las decisiones hechas contra la *common justice* y la razón general de la humanidad”. Ver: Stone, Geoffrey R., “Precedente, the Amendment Process, and Evolution in Constitutional Doctrine”, En: Harvard Law Journal and Public Policy 11, p. 67, 1988 (citando a Swift, Jonathan, *Gulliver's Travels*. Novel Library, p. 275, 1947 (1726).

17 Un buen resumen de los argumentos estándar para respetar a los precedentes puede ser hallado en Maltz, *supra* nota 2, pp. 368-372.

al director del colegio como al *Justice* o al Presidente¹⁸. Una de estas justificaciones universales es la eficiencia, al utilizar decisiones previas uno se ahorra tiempo y problemas¹⁹. Reconsiderar todos nuestros compromisos y prácticas diariamente nos aseguraría la parálisis de todo.

Es simplemente imposible dejar todo variable todo el tiempo²⁰. Imaginemos si, en cada caso relacionado a la Primera Enmienda, los abogados tuvieran que argumentar de nuevo las cuestiones básicas tales como si la Primera Enmienda se aplica a los estados o si también protege al discurso no político (ambos temas han sido debatidos por académicos). Cada audiencia sería enorme, argumentándose cada punto de la doctrina de la Primera Enmienda desde cero. Más aún, cada juez diferente adoptaría una teoría de la Primera Enmienda completamente diferente, por lo que un abogado ante la Corte Suprema tendría que escribir nueve informes diferentes basados en teorías constitucionales inconsistentes. De manera semejante, el diálogo entre los *Justices* mismos sería difícil pues operarían en diferentes marcos conceptuales. A menos que las cuestiones puedan ser vistas como definidas la mayoría del tiempo, la discusión coherente es simplemente imposible. De manera clara "(...) sería incoherente para la Corte y el pueblo, de la misma manera, insistir que todo puede ser cambiado todo el tiempo"²¹.

Una segunda razón es la humildad. Sería arrogante asumir que sólo nosotros tenemos acceso a la sabiduría. Los puntos de vista de los primeros jueces merecen ser escuchados con respeto tan solo por esta razón. Algunos de esos jueces merecen un respeto particular –John Marshall, Oliver Wendell Holmes Jr. y Louis Brandeis, vienen inmediatamente a la mente como grandes figuras de la historia de la Corte Suprema²². Este argumento basado en la humildad no implica adherirse a precedentes que ahora se sabe que están mal, pero sí tenerles algún grado de deferencia cuando estamos inseguros de los méritos de algún tema²³. Como incluso uno de los mayores críticos del *stare decisis* concede, algún grado de respeto para los precedentes siempre está garantizado aunque éste no sea considerado vinculante:

"Abrogar *stare decisis* (...) no es inconsistente con el respectivo y apropiado respeto al pre-

18 Este aspecto del *stare decisis* ha sido explorado por Schauer, *supra* nota 2, 572. Como dice "(...) en innumerables instancias, tanto fuera como dentro de la ley, el hecho que se hizo algo, por si mismo, otorga una razón para volver a hacerlo". *Ibid.*

19 Esta justificación de la eficiencia es explicada por Macey, Jonathan R. "The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis", En: *Kentucky Law Review* 65, pp. 93-102, 1989.

20 Para la función de controlar la agenda del *stare decisis*, ver Fallon, *supra* nota 2, p. 573; Monaghan, *supra* nota 1, pp. 744-746.

21 Fallon, *supra* nota 2, p. 584, también ver *Ibid.* p. 593. ("Y así el proceso continuaba, literalmente sin pare, ya que ninguna pregunta podría nunca ser considerada como totalmente definida").

22 Ver Macey, *supra* nota 19, p. 111 ("Juristas reconocidos como Henry J. Friendly, John Harlan y Richard Posner se han distinguido por su amor por la ley al igual que su habilidad de razonamiento. Su nombre en una opinión tiene un efecto de magnificar su valor").

23 En épocas anteriores, los jueces operaban en un contexto diferente, por lo que sus resoluciones pueden proveernos con un punto para verificar cual podría ser la influencia de la subjetividad y el pensamiento positivo en nuestras propias resoluciones. Más aun, las resoluciones anteriores ya han sido probadas con el tiempo –generalmente sabemos que no han causado grandes problemas, mientras que un cambio en las reglas podría traer consecuencias inesperadas. Por ejemplo, el cambio de moneda a papel moneda no parece haber causado problemas económicos, pero no es claro que pasaría si la situación fuera revertida.

cedente. “Respeto” implica una obligación de consideración adecuada, reflexión cuidadosa, y deferencia al hecho que otros jueces inteligentes y reflexivos han ya pensado en un tema y se han preocupado de expresar su razonamiento por escrito... El respeto debido para los precedentes puede implicar simplemente considerarlos con respeto y deferencia –y quizá incluso darles el beneficio de la duda en caso de incertidumbre”²⁴.

Es cierto que este tipo de “respeto” es menor al que las versiones más estrictas del *stare decisis* exigen, pero el respeto puede fácilmente tornarse en una costumbre de deferencia, y ésta puede solidificarse en obediencia.

Otro juego de razones se aplica, hasta cierto punto, al director de colegio, pero en mucho mayor manera al juez. Una es lo moralmente necesario que es el tratamiento igualitario. Parece arbitrario que un caso sea resuelto de una manera este año, quizá llevando a la ejecución de un prisionero u otras consecuencias serias, y que otro caso idéntico sea resuelto de la manera contraria el siguiente año sólo por un cambio en el personal judicial²⁵. Esta llamada a la uniformidad no es un imperativo inquebrantable, pero sí pide prudencia al respecto de desconsiderar a los precedentes tan rápidamente. Dados los casos tan críticos que llegan a las cortes, la consistencia parece extremadamente importante.

Una razón conexas para adherirse al precedente es que tan sólo al seguir el razonamiento de resoluciones previas es que las cortes pueden ser una guía en el futuro, en vez de una serie de resoluciones desconectadas de casos particulares. Si sólo sabemos que la corte confirmó algunas sentencias y revocó otras, podremos tener muy poca confianza al escoger qué regla se aplicará en el futuro²⁶. Al crear estándares vinculantes para el futuro, la Corte puede ofrecer una especie de lo que ha sido llamado *law of rules*²⁷, la que forma un aspecto del *rule of law*²⁸.

También en referencia directa con la magistratura está la disciplina que se impone en la toma de decisiones si se sabe que ésta va a funcionar como precedente²⁹. Al momento de resolver

24 Stokes Paulsen, Michael, “Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?”, En: Yale Law Journal 109. pp. 1535- 1545-1546, 2000.

25 Para una discusión sobre “el argumento de la justicia” ver a Schauer, supra nota 2, pp. 595-597.

26 Para una discusión del “argumento de la predictibilidad”, ver: Ibid, pp. 597-598

27 Ver, por ejemplo, Antonin Scalia, “The Rule of Law as a Law of Rules”, En: University of Chicago Law Review 56, p. 1175, 1989.

28 Ver *Welch v. Tex. Dep’t of Highways & Pub. Transp.*, 483 US 468, 494 (1987) (“El *stare decisis* es fundamentalmente importante para el ‘rule of law’”).

29 Esto podría ser cierto incluso si la decisión no está basada en explicaciones: tener conciencia sobre el efecto futuro de las decisiones de hoy invade los argumentos legales y no legales. Los abogados rutinariamente usan cantidades de metáforas –el *slippery slope*, la *parade of horrors*, la *floodgates*, la *foot in the door*, y la *entering wedge* son algunas– para urgir a los jueces a considerar el efecto futuro de las resoluciones de hoy. Debajo de cada una de estas metáforas está la creencia que incluso un precedente sin tal carácter puede influenciar el futuro. (Nota del Editor: dichas metáforas no tienen traducción al castellano. En inglés tienen un significado cargado de contenido que no se puede traducir. Por ejemplo, la “parade of horrors”, literalmente significa “el desfile de los horribles”, pero en realidad hace referencia a un argumento retórico que consiste en enumerar una serie de consecuencias negativas que supuestamente se derivan de un hecho).

un caso particular, el juez debe proveer con razones que tendrán un efecto de precedente en casos posteriores (tanto en la misma corte cuanto en cortes de jerarquía inferior). Por lo tanto, el juez está presionado a tomar una forma de neutralidad –no la neutralidad de no tener valores, pero sí de articular estándares que el resto esté dispuesto a seguir en el futuro. “Si el futuro debe tratar lo que hacemos ahora como presuntamente vinculante, entonces nuestras decisiones actuales deben juzgar no sólo lo adecuado para este momento, sino también cómo se afectará las decisiones al respecto de otros (...) casos”³⁰. Es en este sentido que los “principios neutrales” son importantes para las opiniones judiciales. Por eso, el respeto al precedente lleva a los jueces a buscar la coherencia y generalidad en sus decisiones.

B. Precedentes base

Al menos en algunos tipos de casos, el precedente obtiene mayor importancia en el área constitucional. Uno de los fines de tener una constitución escrita es crear un marco de gobierno estable³¹. Esta meta sería socavada si la Corte no le diera un crédito especial a los precedentes base, precedentes que se han tornado cimientos para grandes áreas doctrinales. Algunos ejemplos obvios incluyen las decisiones judiciales respecto al *New Deal* que ratificaban la validez del sistema de Servicio Social y otros programas tributarios federales, y aquellas que reconocían la jurisdicción federal sobre la economía. Estos *omelettes* no pueden dejar de estar revueltos, como algunos originalistas devotos alegan³². De la misma manera, es muy tarde para invalidar a agencias independientes, como algunos originalistas querrían³³, o para revocar las sentencias del siglo XX que “incorporaron” al *Bill of Rights* y que lo hicieron aplicable a los estados, o de reconsiderar la constitucionalidad de la segregación.

No es, tan sólo, que sería imprudente invalidar estas doctrinas, aunque obviamente lo sería. También iría contra los fines del constitucionalismo. Invalidar estas doctrinas crearía justamente la duda e inestabilidad que las constituciones están diseñadas para evitar:

La estabilidad y la continuidad de las instituciones políticas son metas importantes en el proceso de la adjudicación constitucional, particularmente “(...) en una constitución que pretende du-

30 Ibid. p. 589.

31 Schauer sugiere que la estabilidad es un valor particularmente importante de la ley: quizá deberíamos ver a las instituciones legales, incluyendo a los abogados y las facultades de derecho, como partes de un mecanismo más grande –llamado sociedad– que necesita de instituciones que sean creativas, arriesgadas pero al mismo tiempo otras que sean predecibles y cuidadosas. Estas últimas podrían actuar como los estabilizadores y los frenos, en vez de cómo los motores y aceleradores, y quizá esta mezcla de instituciones podrían crear la estructura ideal para formular resoluciones. Dentro de esta mezcla de estructuras debería ser aparente que el precedente, como un argumento inherentemente moderador, es más adecuado para unos tipos de resoluciones que para otros.

32 Ver Bork, Robert, *The tempting of America: the political seduction of the law*, p. 158, 1990. Monaghan, supra note 1, pp. 723-724

33 Ver Lawson, Gary, “The Rise and Rise of the Administrative State”, En: *Harvard Law Review* 107, p. 1231, 1994. (“El estado administrativo posterior al New Deal es inconstitucional, y la validación que recibe del sistema legal no es nada menos que una revolución constitucional”).

rar por mucho tiempo, y consecuentemente, debe ser adaptada a las diferentes crisis humanas". Más aún, estos valores son al menos parte de los valores que el nuevo orden constitucional estuvo diseñado para asegurar, como se puede apreciar del Preámbulo de la Constitución misma. En efecto, El Federalista 49^{VIII} incluso llamaba al pueblo a "(...) mantener (...) el equilibrio constitucional del gobierno"³⁴.

Legítimas o no, estas doctrinas constitucionales modernas han llegado para quedarse. Poderes federales plenos sobre los temas económicos y fiscales, agencias independientes, y la aplicación del *Bill of Rights* a los estados son partes integrales de nuestro sistema de gobierno el día de hoy; en algunos modos, son más "constitucionales" que algunas de las partes más confusas de la Constitución escrita. Considere la siguiente pregunta: ¿Qué sería más impactante, una resolución de la Corte Suprema que invalide el sistema de Seguridad Social?, o ¿una que apoye la obligación de alquilar cuartos libres a los soldados durante épocas de paz? Sin embargo la Tercera Enmienda habla simplemente de la segunda situación, algo que no se puede decir de la Seguridad Social.

En este sentido, uno de los críticos más vehementes del *stare decisis* en la época de Reagan concedió una excepción de cuando revocar un precedente causaría una crisis nacional. "Claramente" dijo, "(...) un juez no necesita revocar un precedente erróneo si al hacerlo el país cayera en un abismo- si (...) sería como matar al cuerpo para salvar una extremidad."³⁵ Usó como ejemplo³⁶ los *Legal Tender Cases*³⁷, en donde se ratificó la constitucionalidad del papel moneda³⁸. Y, no obstante lo que hubieran podido pensar los *fundadores de la patria* al respecto, es difícil ver como una economía moderna podría sobrevivir si sólo se utilizara monedas de metal como medio de comercio.

El ejemplo del papel moneda también sugiere otra razón para respetar los precedentes base. Imagine si la Corte Suprema se revoca a sí misma y dice que sólo las monedas pueden ser utilizadas constitucionalmente como medio de intercambio. Un resultado posible sería una crisis económica inmediata, especialmente si consideramos el amplio uso de la moneda americana en el extranjero. Pero quizá la crisis no se daría si los políticos reaccionaran lo suficientemente rápido. Quizá el Congreso y los estados podrían dejar de lado todos los otros asuntos y aprobar una enmienda a la Constitución de manera inmediata. O quizá se podría adoptar una solución inge-

VIII Nota del Editor: se hace referencia a un número de The Federalist Papers, que son una serie de documentos preparados para apoyar la ratificación por los estados de la Unión (antes dispersos) de la Constitución de Estados Unidos, en los que se discute la forma de gobierno ideal, repartición de poderes, relaciones entre estos, derechos, etcéteras, de esta futura (ahora actual), Unión de estados. Sus autores fueron Alexander Hamilton, James Madison y John Jay.

34 Monaghan, *supra* nota 1, pp. 748-749 (citando a *McCulloch vs. Maryland* 17 US 316,415 (1819) y El Federalista 49, p. 341 (James Madison) (J. Cooke editor, 1961).

35 Cooper, Charles J. "Stare Decisis: Precedent and Principle in Constitutional Adjudication", En: Cornell Law Review 73, pp. 401-410, 1988. Cooper fue el Asistente Attorney General encabezando la Oficina de Consejo Legal.

36 Cooper, *supra* nota 35, p. 410

37 79 US. (12 Wall.) p. 457 (1870).

38 Ibid. pp. 540-544.

niosa para tener una economía moderna con “dinero” que sólo exista en forma de moneda, como crear un sistema computarizado que minimizaría la necesidad de usar dinero. No obstante, aún imaginando un final feliz, el tema definitivamente sería parte de las preocupaciones del público hasta que el Congreso implementara una solución. Así pues, la Corte habría ocupado la atención legislativa dejando de lado otros asuntos sociales más urgentes. El hecho de rectificar un posible error de un caso de 1870, ¿debería obtener más atención que asuntos como la Guerra con Irak, reconstruir el Golfo después del huracán Katrina, o la amenaza de terrorismo? Distraer el proceso normal de gobierno para este fin parecería, cuanto menos, equivocado.

Virtualmente todos, incluyendo a casi todos los originalistas, admiten que algunos precedentes no pueden ser revocados. Robert Bork, por ejemplo, concede que algunas prácticas judiciales son “(...) tan aceptadas por la sociedad, tan fundamentales para lo que las instituciones e individuos, públicos y privados, esperan” que deberían ser inmunes de revisión judicial³⁹. Pero la importancia de esto no debe ser subestimada. En contraste a la doctrina de la posesión adversa en el derecho real, la cual es periférica al sistema de propiedad real, el *stare decisis* en el Derecho constitucional cambia la naturaleza de la institución⁴⁰. Los precedentes base no pueden ser puestos en cuarentena, al contrario, inevitablemente afectan al sistema entero del derecho constitucional.

La forma originalista de ver estos precedentes base supuestamente erróneos es “hasta aquí pero ni un centímetro más”. Es decir, la corte no debería ir contra precedentes claves, pero siempre debería utilizar los principios originales al considerar temas nuevos. Pero esto lleva a una posición insostenible en un sistema legal que busca alguna forma de coherencia. ¿Qué sentido tiene decir que el Congreso puede dar sanciones legales a la moneda en papel pero no a las transferencias electrónicas? O, ¿decir que la Seguridad Social es constitucional, pero que expandir el programa para cubrir los gastos de medicinas, o transformarlo en un programa de cuentas privadas, no lo es? O, ¿tratar de limitar el principio de igualdad racial de *Brown vs. Board of Education* a las leyes de Jim Crow de los años 50?

Un sistema legal serio puede tolerar algunos “parches” pequeños de doctrina, retenidos por imperativos prácticos pero rechazados en principio⁴¹. Pero un sistema legal en el cual pedazos enormes de la ley son considerados sin principios, mientras que tan solo pequeñas esquinas son gobernadas por ellos, no tiene sentido alguno. Las sentencias base no pueden ser “limitadas a los hechos”. Si el sistema legal pretende ser integral; al contrario, deben ser dotadas de fuerza vinculante⁴².

39 Bork, *supra* nota 32, p. 158.

40 Para ver analogías entre la posesión adversa y el *stare decisis*, ver: *Tyler Pipe Industries, Inc. v. Washington State Department of Revenue*, 483 U.S. 232, 265 (1987) (Scalia, J, en una opinión en parte concurrente y en parte disidente); Lawson, Gary, “The Constitutional Case Against Precedent”, En: *Harvard Law Journal & Public Policy* 17, pp. 23-33, 1994 (“Si los jueces van a continuar utilizando el precedente, es válido decir que esta práctica es poco más que una especie de posesión adversa intelectual –y que el territorio poseído es nada menos que la Constitución.”).

41 Por ejemplo, Monaghan sugiere que *Roe* puede caer en esta categoría. Monaghan, *supra* nota 1, p. 759.

42 Ver: Stokes Paulse, Michael, Op. Cit. (argumentando que el precedente definitivamente toma vida propia y corrompe la puridad de las teorías interpretativas.)

El adherirse a precedentes no implica solamente negarse a revocar resoluciones pasadas, significa tomarlas seriamente, como puntos de partida para analizar casos futuros. Esta noción deriva en parte del razonamiento por analogía basado en las semejanzas entre los hechos de los casos, pero de forma más importante, refleja la necesidad de darle crédito al razonamiento de las opiniones precedentes. La decisión de los jueces de respetar de esta manera a sus predecesores –y su esperanza de un respeto similar por sus sucesores– transforma a la Corte, de una colección variable de jueces individuales, a una institución capaz de construir un cuerpo de ley continuo en vez de una mera sucesión de resoluciones particulares. Este tipo de proceso de elaboración de decisiones que es conocido por los estudiantes del sistema del *common law*⁴³, está lo suficientemente bien estructurado para dar estabilidad y coherencia, pero es lo bastante flexible para permitir innovación y crecimiento⁴⁴.

Como el *common law*, el Derecho Constitucional puede crecer y cambiar por su dependencia al precedente, y al igual que con el *common law*, estos cambios generalmente ocurren de manera exponencial. Debemos oponernos, no obstante, a una simple ecuación entre el *common law* y el derecho constitucional. El derecho constitucional no depende puramente de precedentes judiciales de la misma manera que el *common law*⁴⁵. En particular, como veremos en la siguiente sección, otras formas de historia constitucional también juegan un papel importante.

C. Precedentes no judiciales

Los precedentes no judiciales también pueden tener mucha importancia en el derecho constitucional. Quizá el mejor ejemplo involucre el ámbito del poder ejecutivo. Como demuestra este ejemplo, el respeto por el precedente no se basa necesariamente en el trabajo de los jueces. Una línea consistente de interpretación de parte del Congreso y el Presidente también merece este respeto⁴⁶.

La extensión del poder ejecutivo es candentemente disputada⁴⁷, por lo que lo presentado

43 Como lo puso un filósofo legal, dados todos los extraños enredos del razonamiento del *common law*, uno podría estar tentado a concluir que es una manera realmente bizarra de seguir un sistema legal, no obstante, este razonamiento parece reflejar a un nivel más público la manera que las personas desarrollan sus propios principios morales y visiones de la vida. Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, p. 149, 2004.

44 La analogía entre el *common law* y el Derecho Constitucional ha sido muy explorada por David Strauss. Ver, por ejemplo, Strauss, David A., "Common Law, Common Ground, and Jefferson's Principle", En: *Yale Law Journal* 112, p. 1717, 2003.

45 Documentos como los diarios de El Federalista parecen gozar de algo del mismo peso que los precedentes vinculantes. Más aun, el texto no es un factor irrelevante, aunque no siempre parece confiar en el peso de la práctica subsecuente. Para un ejemplo de lo último, se debe considerar el requisito constitucional que el Senado debe dar "consejo y consentimiento" a los tratados (Constitución Norteamericana, artículo II, 2). ¿Cuándo fue la última vez que un Presidente le pidió consejo al Senado antes de un posible tratado?

46 La respuesta de Randy Barnett parece indicar que está de acuerdo con esta visión hasta cierto grado. Ver Barnett, Randy E., "It's a Bird, It's a Plane, No, It's Superprecedent: A Response to Farber and Gerhardt", En: *Minnesota Law Review* 90, p. 1232, 2006.

47 El lector que no puede resistir la tentación de ahondar más en el tema, debería consultar a Steven Calabresi.

aquí será un grupo de conclusiones. En una interpretación justa, los antecedentes históricos no explican qué entendieron los *framers* por “poder ejecutivo” o cómo esa frase se relaciona con concesiones específicas del poder presidencial. Como dijo el Justice Robert Jackson en su famosa opinión sobre el poder presidencial, “(...) lo que nuestros padres de la patria previeron, o hubieran previsto si hubieran podido predecir las condiciones modernas, debe ser adivinado de insumos tan enigmáticos como los sueños que José tuvo que interpretar para el faraón”⁴⁸. Añadió que “un siglo y medio” –hoy dos siglos– “de debates partidarios y especulación académica no han llevado a ningún resultado pleno sino sólo han dado citas más o menos relevantes de fuentes respetadas en ambos lados de cada cuestión”⁴⁹. Es una exageración decir que los antecedentes históricos no nos enseñan nada, pero, es claro que no proveen con una guía clara de cómo interpretar los límites de poder presidencial⁵⁰.

Como reconoció en su momento Madison, no hay forma de deducir los límites precisos del poder ejecutivo de los principios generales. En *El Federalista* 37 dijo: “(...) la experiencia nos ha enseñado que ninguna habilidad en la ciencia de gobierno ha sido capaz de discriminar y definir, con suficiente certeza, sus tres grandes áreas de gobierno –la legislativa, la ejecutiva y la judicial: o incluso los privilegios y poderes de las diferentes ramas legislativas”⁵¹. Añadió sabiamente que, “(...) todas las leyes nuevas, aunque sean dictadas con la mejor habilidad técnica y aprobadas con la deliberación más completa y madura, son consideradas como relativamente oscuras y ambiguas hasta que su significado sea establecido por discusiones particulares y adjudicaciones”⁵².

La dificultad, entonces, subyace en encontrar el balance perfecto entre la energía y la eficiencia por un lado, y la restricción legal por el otro. El Presidente debe tener la posibilidad de respon-

48 *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, 343 U.S. 579, 643 (1952) (Jackson, J., en opinión concurrente).

49 *Ibid.* pp. 634- 635. La historia, por supuesto, es controversial, y el debate es muy complejo para discutirlo aquí. Mi punto de vista se acerca al expresado por Flaherty, Martin S., “The Most Dangerous Branco”, En: *Yale Law Journal* 105, p. 1735, 1996 (argumentando que la historia no apoya a la mayoría de las aseveraciones formalistas actuales en esta área). Incluso aquellos que consideran que la historia y los textos nos entregan una respuesta definitiva sobre el poder presidencial tienen que conceder que en la práctica no lo han logrado.

50 Esto no quiere decir que el poder presidencial era un caos constitucional completo. Los poderes otorgados específicamente al Presidente, al igual que los poderes otorgados al Congreso en asuntos militares y extranjeros, nos dan un poco de guía. Los *padres fundadores* construyeron (el país) sobre una historia de disputas sobre el poder ejecutivo. Sabemos que consideraban a los gobernadores *post* revolucionarios como débiles. Ver *El Federalista* 15, pp. 140-145 (James Madison) (Isaac Kramnick, editor, 1987) (discutiendo los problemas de los Artículos de la Confederación). También sabemos que consideraron a los gobernadores *pre* revolucionarios y al monarca inglés como muy poderosos. Ver *El Federalista* 69, pp. 396-402 (Alexander Hamilton) (Isaac Kramnick editor, 1987) (comparando al Presidente con que el Rey de Inglaterra). Como Ricitos de Oro, querían alguien que no fuera “muy fuerte” ni “muy débil”, sino “justo lo necesario”. Querían tanto energía ejecutiva como iniciativa sin perder el balance de un gobierno republicano. Ver *El Federalista* 77, pp. 435-436 (Alexander Hamilton) (Isaac Kramnick, editor, 1987) (argumentando que el Presidente tiene tanta energía “cuanto lo acepten los principios republicanos” sin comprometer su responsabilidad). Pero estos principios eran muy generales para resolver casos difíciles. Por lo que cuando hablamos de los problemas referentes al ámbito del poder ejecutivo, el texto y la interpretación original sólo puede ofrecer una guía limitada.

51 *El Federalista* 37, p. 244 (James Madison) (Isaac Kramnick, editor, 1987).

52 *Ibid.*, p. 245.

der ante emergencias, pero no irrestrictamente, por si la categoría de emergencia comienza a incluir demasiado a las libertades individuales y las políticas públicas. La lógica deductiva no puede hacer este balance. De alguna manera, a través de la historia, hemos logrado encontrar un balance aceptable, y lo mejor que puede hacer la Corte es tratar de mantenerlo. Es por esta razón que en el caso *Steel Seizure*, la autoridad líder en el poder presidencial pone tanto énfasis en los tratos prácticos hechos entre el Congreso y el Presidente en los últimos años⁵³.

Los precedentes no judiciales, como otras prácticas asentadas, son importantes para la discusión actual porque ilustran la fuerza del precedente incluso fuera de la Corte. Tomar en consideración los precedentes no judiciales también refuerza la importancia de los precedentes base. El entendimiento del poder federal después del *New Deal* recibió apoyo del Presidente y el Congreso por un largo período de tiempo. Igualmente lo ha hecho la integración racial que fue mandato de *Brown*, que fue apoyada por el Congreso y el presidente en el *Civil Rights Act* de 1964⁵⁴. Estas acciones por las “ramas democráticas” responden a cualquier argumento que los precedentes representan un exceso de poder del Poder Judicial y, por lo tanto, refuerzan la legitimidad de éstos.

II. EL ORIGINALISMO Y EL *STARE DECISIS*

La dependencia en el precedente parece estar aquí para quedarse, ya que incluso sus más fieros críticos hacen concesiones. Pero esto no responde a la pregunta de si deberíamos ver al *stare decisis* como una ventaja o una desventaja para el *rule of law*. El Federalista 78 establece que “(...) para evitar la discreción arbitraria de las cortes, es indispensable que estén limitados por reglas estrictas y precedentes (...)”⁵⁵ Sin embargo el *stare decisis* también ha sido atacado por ser la fuente de discreción indebida. Tal como lo planteó un crítico, el *stare decisis* “(...) es inherentemente subjetivo, y unos pocos jueces, incluyendo a los Justices de la Corte Suprema, pueden resistir la tentación natural de manipularlo”.⁵⁶

Para los originalistas, el *stare decisis* entra en conflicto con la supremacía de la Constitución escrita. Como lo planteó un crítico, “(...) si la Constitución dice X y una resolución judicial precedente dice Y, la Corte no solo tiene el poder sino el deber de preferir a la Constitución”⁵⁷. O como dice otro crítico, “(...) ninguna corte debería deliberadamente adherirse a lo que está convencida que es una resolución pasada constitucionalmente errónea. Hacer eso es violar de manera deliberada la Constitución”⁵⁸. Es fácil entender la insatisfacción de los originalistas con el *stare decisis*. Al permitir que las opiniones de cinco *Justices* desplacen al “verdadero” significado de la Constitución, el *stare decisis* parece autorizar una forma encubierta de enmendar

53 Ver el voto concurrente del Juez Jackson en *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, 343 U.S. 579, 635-38 (1952), que proveyó de un marco analítico a *Dames & Moore vs. Regan*, 453 U.S. 654 (1981).

54 Public Law 88-352, 78 Stat. 241 (codificado como enmendado en secciones diferentes U.S.C. (2000)).

55 El Federalista 78, p.442 (Alexander Hamilton) (Isaac Kramnick, editor, 1987).

56 Cooper, *supra* nota 35, p. 404.

57 *Ibid*, p. 27. Entonces, dice “Lo que sirve como salsa para el pato legislador o ejecutivo también sirve para el ave judicial”. *Ibid*. p. 28.

58 Stokes Paulsen, Michael, “Captain James T. Kirk and the Enterprise of Constitutional Interpretation: Some Modest Proposals from the Twnty-Third Century”, En: *Alabama Law Review* 59, pp. 671-681, 1995.

a la Constitución. Al mismo tiempo, eleva los puntos de vista errados de cinco individuos sobre el verdadero significado de la ley, de esa manera reemplazando de alguna manera el *rule of law* por el "rule of men". O por lo menos, así les parece a algunos originalistas.

El rechazo al *stare decisis*, aunque atractivo para los originalistas, también les significa un problema práctico, en especial en lo referente a los precedentes base ya discutidos. También les presenta un problema político al grado que se ven forzados a tratar a sentencias justas como *Brown* como invitados no gratos, que nunca debieron haber sido admitidos pero que no se pueden desalojar. En un nivel más profundo, el rechazo al *stare decisis* lleva a un acertijo teórico al originalismo. Aunque los dos no están necesariamente ligados, el originalismo en la práctica está conectado con una especie de formalismo que celebra el valor de las reglas claras. El Justice Scalia, el partidario líder del originalismo, otorga la mejor ilustración del argumento que el originalismo saca a la política del derecho constitucional al proveerlo con un marco mucho más normativo.

Incluso un simple conocedor superficial de las opiniones del Justice Scalia revela su pasión por el orden y la lógica⁵⁹. Como dijo un académico constitucional líder, "(...) para el Justice Scalia, la regla es lo importante; el originalismo y el tradicionalismo son medios, no fines"⁶⁰. Procede a observar lo que llama "el codificador trabajando": "(...) primero, expone la regla general; segundo, racionaliza el desordenado modelo de casos existentes al incluir algunas excepciones y hacer lo mejor para limitar sus extensiones; y tercero, anticipa casos futuros para los cuales la regla podría parecer problemática y los elimina por adelantado al escribir *sub párrafos* y *sub sub párrafos* calificando a la regla con cláusulas que comience con "a menos que" o "excepto"⁶¹.

Esta pasión por las reglas está conectada al deseo de Scalia de que haya consistencia, lo que él ve como la virtud legal más importante, el "cimiento fundamental del *rule of law*"⁶².

Debido a su deseo de claridad, certeza y consistencia, el Justice Scalia tiene sentimientos encontrados acerca del *common law*. No se siente cómodo con el proceso del *common law* en el cual la ley crece "no mediante pronunciamientos de los principios generales, pero caso

59 Para una visión general del pensamiento jurisprudencial de Scalia, combinada con un poco de especulación sobre sus orígenes biográficos, ver Kannar, George, "The Constitutional Catechism of Antonin Scalia", En: Yale Law Journal 99, p. 1297, 1990. Para críticas recientes a la jurisprudencia de Scalia, ver Symposium, "The Jurisprudence of Justice Scalia's Democratic Formalism", En: Yale Law Journal 107, p. 529, 1997. (revisando Scalia, Antonin, "A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law" (Amy Gutmann, editor, 1997)).

60 Sullivan, Kathleen M. "Foreword: The Justices of Rules and Standards", En: Harvard Law Review 106, p. 78, 1992.

61 Ibid, p. 87.

62 Scalia, Antonin, "Assorted Canards of Contemporary Legal Analysis", En: Case W. Res. Law Review 40, pp. 581-588, 1989-1990. La consistencia es incluso más importante en el trabajo de los jueces que en el de los legisladores y administradores: aparte de su papel protagónico en el *rule of law* en general, la consistencia tiene un rol especial en las normas hechas por los jueces. . Los únicos controles a la arbitrariedad de jueces federales es la insistencia acerca de ser consistentes y la aplicación de las enseñanzas de la madre de la consistencia, la lógica (...) las cortes aplican a cada caso un sistema de categorías abstractas y completamente ficticias desarrolladas en casos previos, que son diseñadas, si aplicadas de manera lógica, a producir resultados "justos" y fieles al texto". Ibid, pp. 588-589.

a caso, deliberadamente, poco a poco incrementando, un paso a la vez”⁶³. Pero el proceso del *common law* es inherentemente inconsistente con el rol judicial ideal, según Scalia: sólo al establecer y seguir reglas claras es que las decisiones judiciales adquieren el mérito de ser respetadas, y sólo de esta manera pueden proveer con certeza, limitar el criterio judicial futuro y llevar a la uniformidad⁶⁴. En efecto, mantiene, los jueces que no dan reglas abstractas sino dependen de la totalidad de las circunstancias, “(...) no se pronuncian sobre la ley en la manera normal sino que hacen la función menos notable de recopilar los hechos”⁶⁵.

No sorprende que otro defensor del “law of rules” tuvo la necesidad de preguntar si es que el *common law* califica como ley después de todo⁶⁶. En efecto, Scalia mismo ve al *common law* con cierta sospecha, y ve con pesar que reciba tanta atención en las facultades de Derecho. Es porque las escuelas de Derecho comienzan por estudiar el *common law*, dice, que “(...) la imagen de los estudiantes de los grandes jueces –Holmes, Cardozo– es la de alguien que tiene la capacidad de discernir el mejor “rule of law” para el caso dado y la habilidad de poder revisar todos los casos anteriores dándose así la oportunidad de imponer esa regla”⁶⁷. El juez logra esta labor al “(...) distinguir un caso a la izquierda, mientras rechaza otro con la derecha, salta sobre otro que lo ataca hasta que (¡bravo!) logra llegar a la meta: buenas leyes”⁶⁸.

Entonces, en un mundo ideal, donde la Corte no estuviera tan delimitada por los precedentes, aparentemente la manera de actuar correcta sería basar todas las decisiones solamente en el significado original de la Constitución. Es fácil ver, no obstante, que esto llevaría a la pérdida de virtudes tales como la estabilidad, la consistencia y la claridad –las virtudes exactas que la “law of rules” debería promover. Por el contrario, para llegar a la visión Scaliana del *rule of law*, los originalistas también necesitan al *stare decisis* para proteger las decisiones de los originalistas de hoy contra la de sus sucesores.

No hay razón para esperar que el originalismo, sin la ayuda del *stare decisis*, pueda llevar a un grupo definitivo y estable de respuestas a las cuestiones constitucionales. Para comenzar, las opiniones de la historia, incluso por historiadores profesionales, están sujetas a revisión con el paso del tiempo⁶⁹. Los cambios en la interpretación constitucional reflejarían estas visiones de la historia. Para tomar el ejemplo antes discutido, las opiniones sobre el poder ejecutivo en el periodo de formación pueden cambiar entre los historiadores; entonces un originalismo

63 Scalia *supra* note 27, p. 1177.

64 Ver *Ibid.* pp. 1178-1179.

65 *Ibid.* pp. 1180-1181. Sobre las visiones de Scalia acerca de la importancia de las reglas, ver *Ibid.* pp. 1176, 1178, 1181. Regreso a Scalia y su opinión acerca del poder de las resoluciones individuales para dar normas más adelante en este ensayo. Ver *infra* notas 19-23 y el texto acompañante.

66 Schauer, Frederick, “Is the Common Law Law?”, En: California Law Review 77, p. 455, 1989 (revisando a Eisenberg, Melvin A. “The Nature of Common Law”, 1988).

67 Scalia, Antonin, *supra* nota 59, p. 9.

68 *Ibid.*

69 Para una discusión de este problema, ver Kleinhaus, Emil A. “History as Precedent: The Post-Originalist Problem in Constitutional Law”, En: Yale Law Journal 110, pp. 121, 125-128, 2000.

puro resultaría en una autoridad presidencial que mengua conforme los últimos cambios en los departamentos de historia.

Incluso entre los jueces que piensan de manera similar, los casos difíciles llegarán inevitablemente, donde el significado original de la Constitución es debatible en su aplicación. Estos casos pueden cambiar sobre la base de tan sólo un voto judicial, y por lo tanto estarán sujetos a revisión cada vez que un *Justice* vuelva a un tema parecido. Los jueces no son clones, y los jueces originalistas con inclinaciones políticas diferentes, estarán, aunque busquen siempre la objetividad, influenciados en ocasiones por sus prejuicios. Esto sería verdad incluso si todos los jueces fueran “conservadores” porque algunos serían conservadores sociales mientras otros podrían ser más liberales. Individuos así podrían tener interpretaciones totalmente diferentes del significado original. En efecto, una defensa reciente al textualismo (en contraste al precedente) se acerca peligrosamente a admitir que el texto constitucional ha históricamente funcionado muchas veces sólo para servir de excusa a decisiones políticamente motivadas de la Corte⁷⁰.

Incluso asumiendo la ausencia de divisiones ideológicas, los jueces todavía tienen divisiones metodológicas. Por ejemplo, algunos jueces pueden encontrar en los papeles de El Federalista una fuente de evidencia más persuasiva que en otros documentos, o incluso algunos pueden ver a Madison como más confiable que Hamilton, o viceversa. Cuando estas diferencias metodológicas determinan el resultado, las resoluciones de la Corte no serían ni más predecibles, ni más consistentes que hoy en los casos en los que el precedente es ignorado. Los juristas también pueden diferir en el nivel de generalidad con el que definieron al *original understanding*. Otra vez, habrían resultados inconsistentes, dependiendo de la identidad de los jueces y cómo su metodología se alinea con los resultados sustantivos de los casos específicos. Incluso en la magistratura más puramente original existirían los conflictos entre las diferentes escuelas del originalismo. Sin el *stare decisis*, estas disputas metodológicas nunca serían resueltas definitivamente.

Algunos textualistas consideran que recurrir a lo histórico es innecesario porque creen que el texto en sí mismo está claro⁷¹. Parecen despreocupados por el hecho que la gente ha estado discutiendo por décadas (y a veces por siglos) sobre el significado de frases como “poder ejecutivo”, “debido proceso” y “protección igualitaria”⁷². Quizá cada textualista asume simplemente que los jueces adoptarán su manera particular de leer estas frases. Lo que promete el textualismo no es un consenso sino una cacofonía de proclamaciones confiadas del simple significado de un documento. Esperar que estas discusiones se terminen milagrosamente, cuando han existido por tanto tiempo, es simplemente irreal.

70 Ver Calabresi, Steven G. “The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent and Burke”, En: *Alabama Law Review* 57, pp. 635, 686, 2006 (“Al lanzar estas nuevas doctrinas, la Corte a veces miente acerca de sus precedentes. Como argumenté anteriormente, la Corte también ha usado la retórica del textualismo u originalismo en casos importantes para desplazar lo que consideraba prácticas retorcidas o precedentes”).

71 Ver por ejemplo Scalia, Antonin, *supra* nota 59.

72 Ver El Federalista 67, pp. 389-396 (Alexander Hamilton)(Isaac Kramnick, editor, 1987) (debatiendo acerca del ámbito del poder ejecutivo otorgado por la Constitución); Strauss *supra* nota 44, p. 178 (exponiendo el problema de por qué la interpretación original es importante en general para la interpretación constitucional de disposiciones como la Cláusula de Protección Igualitaria y la Cláusula del Debido Proceso).

La claridad legal también sufriría por el originalismo puro. Es cierto que las opiniones individuales pueden crear reglas claras basadas en la interpretación del significado original. Pero incluso dentro de la misma Corte, jueces diferentes podrían articular “reglas claras” diferentes, y las “reglas claras” de hoy podrían no serlo mañana. En la práctica, si la ley en algún momento consiste en las versiones sobrepuestas de las reglas claras de diferentes *Justices*, o si las reglas cambian con el tiempo, esta versión basada en reglas podría ser incapaz de crear leyes claras.

Las deficiencias del *rule of law* en el originalismo son más claras cuando niegan toda creencia en el precedente. Pero el problema también existe en versiones más atenuadas, como se puede ver en un argumento reciente que dice que el precedente puede seguir jugando un rol vital para los originalistas⁷³. Desde este punto de vista, la claridad del significado de la Constitución sigue siendo lo principal y el precedente es básicamente irrelevante. Pero cuando el significado constitucional original es impreciso, el precedente puede ser considerado para casos específicos siempre que éstos precedentes no sean inconsistentes con el significado original. Más aun, la práctica puede fijar el significado de una provisión ambigua, e intereses suficientemente fuertes en la seguridad pueden terminar por bloquear el hecho de recurrir al significado original.

Esta versión más atenuada del originalismo, sin embargo, no evita el problema de la inestabilidad. Sin el *stare decisis* no habría estabilidad en el nivel “meta”: al determinar qué normas constitucionales son imprecisas o el nivel de esta imprecisión, al encontrar ambigüedad o al decidir cuándo una interpretación es mejor para respetar el significado original que otra. Jueces diferentes aplicando el mismo proceso de interpretación llegarán a diferentes conclusiones acerca de si el significado es impreciso o ambiguo y acerca del grado permisible de desvío en la interpretación. Estas diferencias pueden producir debates teóricos muy interesantes pero no ayudan mucho a hacer leyes confiables.

Esta propuesta básicamente significa darle a la Corte Suprema el ámbito de autoridad para interpretar la Constitución, que la doctrina *Chevron* le da a las agencias para interpretar estatutos⁷⁴. Bajo *Chevron*, una corte ratificará la interpretación de la agencia de un estatuto si es que es una razonable interpretación de una norma estatutaria ambigua⁷⁵. Sin embargo, la doctrina *Chevron* no sería muy consistente si cada aplicación de la doctrina por las cortes estuviera sujeta a una nueva reconsideración. Las preguntas sobre cómo aplicará *Chevron* en diferentes contextos son normalmente difíciles, y lo mismo se aplicaría al esquema propuesto. El estatuto que no parece ambiguo para un juez puede ser totalmente oscuro para otro. Similarmente, los jueces tendrán opiniones diferentes sobre las analogías dentro de la

73 Ver Barnett, Randy E. “Trumping Precedents with Original Meaning: Not as radical as It sounds”, Constitutional Comment 22. En: http://www.bu.edu/law/faculty/papers/pdf_files/BarnettR050205.pdf.

74 Ver *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Res. Def. Council, Inc.* 467 U.S., pp. 837, 844 (1984) (“Debería otorgársele un peso considerable a la construcción efectuada por un departamento ejecutivo de un modelo estatutario que le debe ser confiado y dado en administración. . .”) Para ver algunas complicaciones con respecto al ámbito de la doctrina, ver *United States vs. Mead Corp.*, 533 U.S., pp. 218-226-27 (2001) (estableciendo que *Chevron* sólo puede ser aplicado cuando la acción de la agencia tiene fuerza de ley y que las otras acciones pueden recibir un nivel más bajo de deferencia).

75 Ver *Chevron*, 467 U.S., p.843.

interpretación constitucional lo que producirá interpretaciones legales tambaleantes. Para que este esquema pueda proveer con estabilidad legal, necesita ser apoyado por el *stare decisis* de segundo nivel, en la misma manera que las resoluciones judiciales que apoyan a la doctrina *Chevron* deben ser precedentes vinculantes. De otra manera, los casos fronterizos se mantendrán en discusión para siempre, ya que nadie sabrá si la interpretación de ayer es aceptable y se mantendrá mañana.

La dependencia del formalismo en el *stare decisis* sale a la superficie de manera más resaltante en los escritos del Justice Scalia. El Justice Scalia nunca ha sido, en general, un fanático del *stare decisis*. Sin embargo también cree en la primacía de las reglas en las resoluciones judiciales: "Cuando escribo por la mayoría de la Corte, adopto una regla general y digo: "Esta es la base de nuestra decisión". No solo obligo a las cortes de menor rango, sino también me obligo a mí mismo. Si el siguiente caso tiene hechos diferentes y mis preferencias políticas sobre el resultado son totalmente opuestas, me veré imposibilitado de seguir estas preferencias; me he comprometido a este principio (...) sólo proclamando reglas es que nos restringimos"⁷⁶.

Claro, el juez individual podrá siempre sentirse renuente a apartarse de sus propios pronunciamientos anteriores, pero nótese que el Justice Scalia habla solo de los casos en los que escribe para la mayoría. Por lo tanto, está obligado a las resoluciones previas no sólo por su vergüenza personal acerca de cambiar su opinión, sino también porque los pronunciamientos de la Corte son vinculantes. De otro modo, no importaría si es que estuviera "escribiendo para la mayoría de la Corte" o para sí mismo. En efecto, el punto entero del artículo en el cual escribió estas palabras era que el Derecho debía, en la medida de lo posible, consistir de reglas vinculantes.

Sin embargo, sin *stare decisis*, los pronunciamientos de la Corte no podrían constituir reglas que vinculen a los *Justices* en el futuro, y solo serían, cuanto más, un mandato revocable a las cortes de menor jerarquía. Estos no estarían motivados a seguir estos mandatos temporales estrictamente, sabiendo que su ratificación o revocación dependería de nuevas investigaciones de la Corte Suprema con cada caso nuevo.

Por lo tanto, incluso si pudiéramos milagrosamente retroceder el tiempo y asegurar que cada *Justice* en la historia siga la forma más actual del originalismo, siempre encontraría la necesidad del *stare decisis* –por razones legales y por el hecho que existen bases de la metodología originalista que han sido aplicadas a casos críticos.

III. EL PRECEDENTE Y LA LEGITIMIDAD: EL CASO DEL ABORTO

Discutir el *stare decisis* hoy sin mencionar a *Casey*⁷⁷ es como presentar a *Hamlet* sin Hamlet, o incluso se diría, *Harry Potter* sin el malvado Voldemort. *Casey* es indiscutiblemente el caso con la aplicación más notable y controversial de la doctrina en los últimos años. En parte, porque la voluntad de la Corte de basarse en el precedente fue una sorpresa. Después de todo, en

⁷⁶ Scalia, Antonin, *supra* nota 27, pp. 1179-1180.

⁷⁷ *Planned Parenthood of Se. Pa. vs. Casey*, 505 U.S., pp. 833, 860 (1992) (negándose a revocar el razonamiento central de *Roe v. Wade*, 410 U.S., pp. 112, 163-63 (1973)).

las palabras de un sabio observador, “Lo último que uno hubiera esperado es que la Corte de Rehnquist afirmaría *Roe vs. Wade*”⁷⁸.

Casey es notable por su aplicación tan consciente del *stare decisis*. En particular, las opiniones sobre *Casey* de los Justices O’Connor, Kennedy y Souter⁷⁹ enfatizaron el hecho que parte de *Roe* merecía una especial fuerza de precedente.⁸⁰ Para entender *Casey*, es importante tener en mente que esta versión realzada del *stare decisis* sólo se aplicó a una parte de *Roe*. Esto fue la “base central” que “el momento de viabilidad marca el punto más temprano en el cuál el interés estatal en la vida del feto es constitucionalmente adecuado para justificar una prohibición legal de los abortos no terapéuticos”⁸¹. Según *Casey*, el único aspecto debatible de esa base era la “fuerza del interés estatal en la protección del feto” no “el reconocimiento constitucional de la libertad de la mujer”⁸². Por lo tanto, la Corte de *Casey* dependió del *stare decisis* para justificar su decisión de que el interés en la vida del feto no es lo suficientemente apremiante para sobreponerse al derecho fundamental de la mujer.

La resolución de *Casey* enfatizó: “La Corte tiene que tener cuidado de hablar y actuar de maneras tales que deje a la gente aceptar sus resoluciones en los términos que la Corte quiere para ellos, basados realmente en principio, no como compromisos con presiones sociales o políticas que no tienen base en las decisiones con principios que la Corte está obligada a hacer”⁸³.

Así pues, “(...) la legitimidad de la Corte depende en hacer decisiones legales y basadas en principios bajo circunstancias en las cuales su carácter basado en éstos puede ser aceptada por la Nación”⁸⁴.

La Corte luego explicó el por qué, en su opinión, revocar la base de *Roe* sobre la vida del feto podría contravenir la legitimidad judicial: “Cuando, en la actuación de sus deberes judiciales, la Corte se pronuncia sobre un caso con el fin de resolver la controversia tan divisora como la reflejada en *Roe* y en esos otros pocos casos raros, su resolución tiene una dimensión que

78 Gerhardt, Michael J., “The Pressure of Precedent: A Critique of the Conservative Approaches to *Stare Decisis* in Abortion Cases”, En: *Constitutional Comment* 10, p. 67, 1993. Para otras discusiones sobre el *stare decisis* y el problema del aborto, ver William S. Consovoy, “The Rehnquist Court and the End of Constitutional *Stare Decisis*: *Casey*, *Dickerson*, and the Consequences of Pragmatic Adjudication”, En: *Utah Law Review* 2002, pp. 81-89; Johnsen, Dawn, “Abortion: A Mixed and Unsettled Legacy, in *THE REHNQUIST LEGACY*”, pp. 301, 303 (Craig Bradley, editor, 2006). Acerca de la visión del propio Rehnquist acerca del *stare decisis*, ver Maltz, Earl M. “No Rules in a Knife Fight: Chief Justice Rehnquist and the Doctrine of *Stare Decisis*”, En: *Rutgers Law Journal*, p. 669, 1994.

79 Esta porción de su opinión conjunta representó a la mayoría de la Corte. Ver *Casey*, 505 U.S., p. 833.

80 *Ibid.* p. 869. Sobre los factores “normales” a ser considerados en la determinación sobre la revocación de un caso, ver Frickey, Philip P. “A Further Comment on *Stare Decisis* and Overruling of *National League of Cities*”, En: *Constitutional Comment* 2, pp. 341, 342-345, 1985; Frickey, Philip P. “*Stare Decisis* in Constitutional Cases: Reconsidering *National League of Cities*”, En: *Constitutional Comment* 2, p. 123, 1985. Esos factores son discutidos en la opinión de *Casey*, 505 U.S., pp. 854-861.

81 *Casey*, 505 U.S., p. 860.

82 *Ibid.* p. 858.

83 *Ibid.* pp. 865-866.

84 *Ibid.* p. 866.

un caso normal no tiene. Es la dimensión que está presente cada vez que la interpretación de la Corte busca juntar a los dos lados de una controversia nacional y hacer que acepten un mandato basado en la Constitución”⁸⁵.

En estas circunstancias, la Corte dijo, “revocar bajo presión sin tener una razón apremiante para reexaminar una decisión” parecería simplemente “rendirse ante la presión política, y un repudio injustificado al principio en el que la Corte basa su autoridad”⁸⁶.

El pronunciamiento más importante, escrito por el Chief Justice Rehnquist, tomó otra visión. “Nuestro cuidado de la Constitución no cesa sólo porque nos hemos pronunciado antes sobre un tema, cuando es claro que una interpretación constitucional es insegura, nos vemos obligados a reexaminar la cuestión.”⁸⁷ “ De la misma manera como la Corte no debería responder a la protesta pública al retirarse del tema sólo para calmar la protesta, tampoco debería responder determinando adherirse a la decisión a toda costa”⁸⁸. Justice Scalia fue aún mas directo: “No puedo estar de acuerdo con la sugerencia de la Corte que la decisión de ratificar una resolución constitucional errónea debe estar seriamente influenciada –contra la revocación es más– por la oposición substancial y continua que la resolución ha generado”⁸⁹. Justice Scalia dijo, “En efecto, la noción que decidiríamos diferente de lo que lo hemos hecho solo para probar que podemos mantenernos firmes ante el desapruebo del público, es terrible”⁹⁰.

Incluso antes de la ratificación de la Corte de *Roe* en *Casey*, Henry Monaghan, un académico conservador líder, había argumentado que “*Roe* es un ejemplo perfecto” de cómo “(...) alejarnos del precedente puede a veces amenazar la estabilidad y continuidad del orden político y por lo tanto debe evitarse”⁹¹. Más generalmente, argumentó que “(...) adherirse al precedente puede contribuir a la importante noción de que la ley es impersonal, que la Corte cree que está siguiendo una “ley que (la) vincula al igual que a los litigantes”⁹². Ya que, “(...) la posición institucional de la Corte se debilitaría si es que se percibiera que la Corte misma ve sus propias resoluciones como poco más que “un boleto de tren restringido, que sirve sólo para el día y el tren de hoy”⁹³. La pregunta es entonces, si “la auto-protección judicial es un criterio legítimo que debe ser considerado al decidir si adherirse al precedente cuestionado”⁹⁴, una pregunta que Monaghan respondió como afirmativa de manera tentativa⁹⁵.

85 Ibid. pp. 866-867.

86 Ibid. p. 867.

87 Ibid. p. 955 (Rehnquist, C.J. en opinión disidente)

88 Ibid. pp. 959-960.

89 Ibid. p. 998 (Scalia, J. en opinión disidente)

90 Ibidem.

91 Monaghan, *supra* nota 1, p. 751.

92 Ibid. p. 752 (citando a Cox, Archibald, “The Role of The Supreme Court in American Government”, p. 50, 1976).

93 Ibid. p. 753 (citando a *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 669 (1944) (Roberts, J. en opinión disidente)).

94 Ibid. p. 762.

95 Ibid. p. 763. Monaghan llegó a esta conclusión parcialmente porque pensó que era casi inevitable que los jueces consideraran este factor, y en parte porque la protección política de la Corte está relacionada con la necesidad de mantener su legitimidad. Ibid. Se debe comparar esta visión con la aserción de Schauer de que

Bajo este punto de vista, la desviación de un precedente puede crear dudas sobre la integridad de la Corte, particularmente cuando el precedente ha sufrido de presiones políticas. En efecto, para algunos *Justices*, esto puede ser más que una cuestión relativa al nivel institucional. Una sugerencia posible es que al autorizar la opinión conjunta en *Casey*, los *Justices* O'Connor, Kennedy y Souter estaban "(...) preocupados, quizá sobre todo, con las percepciones públicas de su integridad personal: querían dejar en claro que sus votos no estuvieron precomprometidos a revocar a *Roe*"⁹⁶.

Sin embargo, tal referencia a factores políticos al aplicar *stare decisis* también es preocupante. Aparte de la pregunta empírica sobre la legitimidad pública de la Corte y si es que ésta estaría amenazada por un cambio de curso, es paradójico darle a las resoluciones más controversiales más fuerza de precedente. Porque cuanto más cuestionable una resolución y más contraria a la opinión pública, es más probable que la Corte se aferre a ella.

Uno podría argumentar que la controversia pública podría llevar a la Corte a reconsiderar la posición constitucional con cuidado particular. Esta controversia demuestra que el tema es uno donde el proceso político podría llegar a conclusiones distintas a las de la Corte, haciendo más crucial la decisión de si bloquear o no el proceso. Más aun, la controversia política podría ser una señal que las expectativas sociales son altas por lo que cometer un error sería especialmente dañino. Es comprensible que los *Justices* individuales se sientan mal respecto de la percepción pública que están actuando respondiendo a presiones políticas o compromisos secretos con los Presidentes que los nombraron. La respuesta adecuada es, sin embargo, que los *Justices* consideren los hechos del caso con cuidado particular para protegerse de influencias inconscientes provenientes de algún tipo de presiones políticas, y que luego expliquen su razonamiento con claridad al público⁹⁷.

Al final, *Casey* parece haber ido ya muy lejos con su argumento de otorgarle fuerza especial de precedente a *Roe*. Esto no significa que el *stare decisis* fuera irrelevante en *Casey*. A pesar de la descripción exagerada del *stare decisis* por parte de la Corte en *Casey*, es importante notar la manera tan limitada en la que realmente se aplica el *stare decisis*⁹⁸. En la cuestión más importante referente a si la libertad lleva a la decisión de una mujer de continuar o no su embarazo, la Corte no dependió del *stare decisis*. La opinión de la corte de *Casey* fue que la anatomía reproductiva de la mujer está constitucionalmente protegida, no sólo porque el precedente ha dicho eso, sino también porque en efecto es la mejor interpretación que se puede hacer de la Constitución⁹⁹. Si es que, como han argumentado el Justice Scalia y algunos otros, este aspecto de *Roe* ha sido basado en un concepto totalmente equivocado de la libertad

"si la consistencia interna fortalece la credibilidad externa, entonces minimizar la inconsistencia interna al estandarizar las resoluciones dentro de un ámbito de tomar decisiones, debería generalmente fortalecer ese ámbito como institución". Schauer, *supra* nota 2, p. 600.

96 Paulsen, *supra* nota 24, p. 1551. Los historiadores estarán en mejor posición para juzgar esta aseveración, pero no parece improbable que las preocupaciones acerca de la integridad personal jugaron un rol. Ningún Juez de la Corte Suprema quiere ser visto como un muñeco del Presidente que lo nombró.

97 *Roe* no entra en esta categoría de precedentes base exactamente, ya que es relativamente reciente, tiene un tema limitado y sigue siendo rechazado por las minorías de la Corte.

98 *Planned Parenthood of Se. Pa. vs. Casey*, 505 U.S., pp. 833, 854-79 (1992).

99 Ver *Ibid.* pp. 846-854.

constitucional¹⁰⁰, el respeto por la opinión expresada en *Roe* no hubiera sido suficiente como para salvarlo. Pero la Corte no estuvo de acuerdo con las características de ese problema constitucional con los que disintieron, sin considerar el precedente¹⁰¹.

La Corte aplicó el *stare decisis* sólo al razonamiento subsidiario de *Roe*, que el interés del Estado no era lo suficientemente apremiante para justificar una prohibición total de aborto¹⁰². Aquí, el *stare decisis* parece importar más. Determinar el peso de un interés gubernamental inevitablemente implica un elemento de juicio. El hecho que muchos *Justices* han considerado un interés como no apremiante por un largo período de tiempo hace ese juicio más posible. Quizá no lo suficiente como para sobrevivir si un *Justice* está totalmente seguro de lo contrario, pero por lo menos lo suficiente como para obtener el beneficio de la duda. Por lo tanto, la manera que la Corte de *Casey* usó el *stare decisis* fue mucho más prudente que mucha de la retórica que utilizó para explicar lo que estaba haciendo.

IV. APLICANDO PRECEDENTES

El trato al precedente en la Corte de *Casey* fue discutido por razones más grandes que su negación a revocar el razonamiento central de *Roe*. La disensión del Chief Justice Rehnquist criticó a la mayoría que argumentaba que seguía lo dicho en *Roe*, cuando en realidad se habían desviado en aspectos críticos, particularmente negando el sistema trimestral de *Roe*¹⁰³. Rehnquist escribió: "Stare decisis está definido en el diccionario legal de Black, como "seguir o adherirse a casos decididos". Lo que sea que quede del "razonamiento central" de *Roe* después de que la opinión conjunta termine de diseccionarlo, no es el resultado de ese principio. Mientras se proponen adherirse al precedente, la opinión conjunta en realidad lo revisa. *Roe* sigue existiendo, pero de la misma manera que la fachada de una tienda en un *set* de una película de *vaqueros*, tan solo una fachada que da la ilusión de realidad"¹⁰⁴.

Una cosa es decir que se debería seguir al precedente. Otra es decir exactamente qué implica seguir al precedente¹⁰⁵. Esta no es una pregunta fácil de responder. Como lo dijo un escritor de una generación anterior "Sin embargo cuando uno pregunta "¿cómo se determina la importancia legal de los precedentes judiciales?" uno encuentra sólo respuestas fragmentadas en

100 *Ibid.*, pp. 979-981. (Scalia, J. en opinión disidente).

101 *Ibid.*, p.p 846-53 (opinión mayoritaria). No obstante, debe considerarse que este aspecto de *Roe* está arraigado en *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (anulando una prohibición de anticonceptivos), que parece haber adquirido un estatus canónico.

102 *Casey*, 506 U.S. pp. 869-873.

103 Ver *Ibid.*, p. 957 (Rehnquist, C.J. en opinión disidente). En realidad, el sistema de trimestres de *Roe* se había ido erosionando desde antes de *Casey*. Ver a Farber, Daniel A. y John E. Nowak, "Beyond the Roe Debate: Judicial Experience with the 1980's "Reasonableness"", En: *Virginia Law Review* 76, pp. 519, 522-523, 1990.

104 *Casey*, 505 U.S., p. 954 (Rehnquist, C.J. en opinión disidente) (citando a Black's Law Dictionary, p. 1406 (sexta edición, 1990).

105 Para algunas reflexiones sobre el tema, ver Maltz, *supra* nota 2, pp. 376-383; McCormick, Neil, "The Significance of Precedent", En: *Acta Juridica* 1998, pp. 174, 178-87.

materiales oficiales, y ninguna teoría totalmente satisfactoria ofrecida por los escritores que han lidiado con el tema”¹⁰⁶. Esto parece seguir siendo válido el día de hoy.

En muchos sistemas legales, el precedente puede ser usado como la base de analogías, o visto como ejemplificador de un principio general, o como el establecedor de una regla vinculante¹⁰⁷. Las leyes anglo-americanas tampoco son claras: “El precedente ha sido visto como si estuviera limitado a la “decisión” de la Corte de precedentes sobre los “hechos materiales”, o como lo mismo pero visto desde una corte no de precedentes; para otros, el concepto significa las “reglas” formuladas por la corte del precedente; y para otros, el concepto incluye las razones dadas para las reglas formuladas”¹⁰⁸.

En términos claros, la discusión sobre el trato dado a los precedentes puede ser visto en la distinción familiar entre las leyes y los estándares¹⁰⁹. Esta distinción misma no es totalmente clara, pero puede ser vista al comparar “no manejar a más de 65 m.p.h.” (una regla) con “no manejar más rápido que lo adecuado para las condiciones existentes” (un estándar). Por lo tanto, el límite de velocidad de la carretera interestatal de Winsconsin es una regla, mientras que el Autobahn sigue un estándar.

La opinión del Justice Scalia sobre el precedente anima a las cortes a crear mandatos totalmente claros y directos siempre que sea posible, estas reglas se vuelven luego reglas vinculantes hasta que sean revocadas¹¹⁰. Si el precedente es visto más como algo basado en hechos o relativo a los principios generales en vez de reglas específicas, parece más un estándar legal¹¹¹. En contraste a Scalia, la mayoría en *Casey* consideró que Roe creaba un estándar con flexibilidad alrededor de su “núcleo”, en vez de una regla inalterable¹¹².

Las pautas generales del debate reglas/estándares son conocidas para los abogados y los académicos del Derecho. Al crear fronteras claras, las reglas tienen el beneficio de ser fáciles de aplicar y altamente predecibles. Su aplicación también es supuestamente más objetiva, en el

106 Patterson, Edwin W. “Jurisprudence: Men and Ideas of the Law”, p. 300, 1953.

107 Ver MacCormick, *supra* nota 105, p. 181.

108 Monaghan, *supra* nota 1, p. 763. La descripción en Patterson, *supra* nota 106, pp. 300-320, aunque de varias décadas antes, causa el mismo efecto.

109 Kaplow, Louis, “Rules Versus Standards: an Economic Analysis”, En: *Duke Law Journal* 42, p. 557, 1992. (discutiendo la diferencia entre las reglas y los estándares y las pólizas que favorecen a las reglas vs. los estándares); Sullivan *supra* nota 60, pp. 56-69.

110 Scalia, Antonin *supra* nota 59, pp. 7-9. El sistema trimestral de *Roe* es básicamente un esfuerzo por establecer una regla vinculante. Ver *Roe vs. Wade*, 410 U.S., pp. 113, 164-165, 1993. Como un seguidor de la teoría del precedente concede, esta teoría no puede ser conciliada con la visión legal convencional que dice que distinguir a un precedente es diferente a revocarlo parcialmente. Ver Alexander, Larry, “Precedent in a Companion to a Philosophy of Law and Legal Theory”, pp. 503, 507 (Dennis Patterson, editor, 1996).

111 Para algunas defensas recientes de los estándares sobre las reglas del Derecho Constitucional, ver, Massaro, Toni M., “Constitutional Law as “Normal Science””, En: *Constitutional Comment* 21, pp. 547, 556, 2004; Sherry, Suzanna, “Hard Cases Make Good Judges”, En: *Northwestern University Law Review* 99, pp. 3, 15, 2004.

112 Ver Sullivan, *supra* nota 60, pp. 70-74 (especificando la discusión sobre el uso del precedente en *Casey* en los términos de las reglas y los estándares).

sentido que las diferentes perspectivas de los jueces son menos propensas a afectar el resultado. Las reglas también son más aplicadas por jueces de instancias de menor jerarquía, una consideración importante en casos como *Miranda*¹¹³ donde la ley debe ser interpretada por funcionarios de bajo nivel como los oficiales de la policía.

Pero las reglas tienen tanto defectos como virtudes. Crear fronteras exactas y fáciles de aplicar tiene como costo el trato injusto de casos inusuales que de otra manera tendrían tratamientos individualizados¹¹⁴. La predictibilidad implica también aprender de la experiencia, dado que nuevos puntos de vista sólo pueden ser incorporados a la ley mediante la acción radical de cambiar toda la regla. La "objetividad" al aplicar las reglas podría significar que las discusiones sobre los valores constitucionales muchas veces se disfrazan de argumentos semánticos sobre el significado de la regla¹¹⁵. Ciertamente la interpretación constitucional no debería tornarse en un duelo de diccionarios o cambios de palabras.

En el contexto de un órgano judicial, tratar a los precedentes como creadores de reglas, en vez de principios o analogías, aumenta las demandas de la Corte como una institución colectiva¹¹⁶. Los miembros de una mayoría deben no sólo estar de acuerdo en el resultado o en un principio general, sino también en los contornos precisos del *rule of law*. El resultado predecible de un enfoque orientado en las reglas acerca del precedente es una corte más fraccionada, con menos opiniones de la mayoría.

Más aún, tratar a los precedentes como reglas requiere que los jueces futuros sean más completamente deferentes hacia sus predecesores, un grado de abnegación que puede no ser fácil. Los jueces deben sentir un sentimiento de compromiso al precedente muy fuerte, para poder seguir no sólo el resultado y el principio de un caso anterior, pero también el razonamiento legal entero seguido por la corte en ese caso. La tentación de abandonar la regla será correspondientemente más grande, de manera especial cuando el siguiente caso involucre circunstancias que no fueron contempladas cuando la regla fue establecida, o cuando un nuevo juez no está de acuerdo con la decisión original. Esto hace a las reglas más frágiles que los estándares, dado que no pueden ser variadas, sólo rotas y vueltas a crear. Por lo tanto, dado que las reglas son menos flexibles que los estándares es menos probable que los jueces futuros siempre se adhieran a ellas¹¹⁷. Quizá por esta razón, los precedentes que son como reglas tienen una tendencia de volverse estándares. Esto es ejemplificado por la manera en que *Casey* reajustó la opinión basada en reglas de *Roe*, con su sistema de trimestres rígido, a una decisión mucho más libre y parecida a un estándar¹¹⁸. Las reglas no tienen mucha resistencia como precedentes.

113 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S., p. 436 (1966).

114 Ver Farber, Daniel A., "Legal Formalism and the Red Hot Knife", En: *University of Chicago Law Review* 66, pp. 597, 601, 1999.

115 Existen límites acerca de qué tan lejos puede ir el enfoque basado en reglas para limitar a la discreción judicial. Ver Farber, Daniel A. "The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law", En: *Vanderbilt Law Review* 45, pp. 533, 542-543, 1992.

116 Ver *Ibid*, pp. 538-539.

117 Ver Sullivan, *supra* nota 60, p. 90.

118 *Planned Parenthood of Se. Pa. vs. Casey*, 505 U.S., pp. 833, 876-79 (1992).

Esta es una lección que el Justice Scalia ha aprendido, a su obvio pesar. En algunas opiniones importantes de la mayoría ha tratado de crear reglas fuertes, sólo para descubrir que otros *Justices* consideraban estos precedentes como estándares. Por ejemplo, en *Lujan v. Defenders of Wildlife*¹¹⁹, trató de establecer límites claros¹²⁰, sólo para ver a la Corte retornar a una utilización de estándares en *Friends of the Earth, Inc. v. Laid-law Environmental Services (TOC), Inc.*¹²¹ De manera similar, trató de volver al razonamiento basado en estándares de *Penn Central Transportation Co. v. New York City*¹²² a uno basado en reglas sólo para verlo cambiado otra vez unos años después¹²³. El pronunciamiento judicial de las reglas no funciona a menos que los jueces estén motivados a seguirlos exactamente, de otra manera, sólo son una manera indirecta de crear estándares.

La opción entre reglas y estándares es al final una decisión pragmática. En el contexto de la doctrina constitucional, sin embargo, los estándares frecuentemente tienen una ventaja sobre las reglas rígidas simplemente porque es más fácil ganar y mantener el apoyo de la mayoría para ellos. Por lo tanto, hay mucho que decir acerca de tratar a los precedentes constitucionales como fuentes de principios o para analogías en vez de como reglas legales estrictas y rígidas, excepto en los casos inusuales como *Miranda* donde existe la necesidad especial de límites claros para guiar a los funcionarios del gobierno.

Podría parecer que el tratar a los precedentes como estándares en vez de reglas amenaza la misma estabilidad que el *stare decisis* debía proveer. Pero existe una diferencia entre la estabilidad y la rigidez. Maximizar la estabilidad podría implicar un poco más de flexibilidad, como nos lo recuerda la comparación usual entre las cualidades de resistencia a la tormenta de los robles y los sauces.

CONCLUSIONES

El *stare decisis* limita el grado en el cual cualquier visión del significado de la Constitución puede ser incorporado al Derecho. El cuerpo del Derecho existente es simplemente muy complicado para aceptar un esquema teórico impecable, ya sea basado en maximizar el bienestar social, respetando el significado original, o revocando teorías éticas. Y sin embargo, sin *stare decisis*, ninguna otra fuente de significado constitucional puede ser transformada de manera efectiva en Derecho. Si el precedente no tuviera peso, lo que dijera la Corte sobre el significado constitucional hoy, podría ser cambiado mañana.

Mientras que el precedente ayuda a estabilizar al Derecho, es un error esperar mucho de él. Sin tomar en cuenta algo de lenguaje impreciso en la opinión de Casey, ninguna resolución previa puede ser totalmente perfecta. Más aún, el esfuerzo de hacer de los precedentes una fuente de reglas brillantes es probablemente imposible. Los precedentes sirven mucho más como una fuente de principios y una base para la analogía, usos que los hacen menos decisivos

119 504 U.S., p. 555 (1992).

120 Ibid. pp. 560-562.

121 528 U.S., pp. 167, 181-183 (2000) El Juez Scalia promovió un enfoque más basado en reglas para tomar decisiones en *Lucas vs. South Carolina Coastal Council*. 505 U.S., p. 1003 (1992) y *Nollan vs. California Coastal Commission*, 483 U.S., p. 825 (1987).

122 438 U.S., pp. 104, 123-27 (1978).

123 Ver *Tahoe-Sierra Pres. Council, Inc vs. Tahoe Reg'l Planning Agency*, 535 U.S., pp. 302, 336-37 (2002).

pero más resistentes que otros tipos de maneras de tomar decisiones judiciales. Existen límites a cuánto una corte, especialmente en el caso constitucional, puede actuar como legislador, creando reglas que regirán el futuro.

Por consiguiente, el precedente ofrece restricciones incompletas, pero una muy buena guía. Al mismo tiempo, ofrece un cimiento para el cuerpo en evolución de la doctrina. Por consiguiente, nos da un régimen constitucional lo suficientemente estable para sostener al *rule of law*, pero lo bastante flexible para adaptarse a las cambiantes visiones de la Constitución.