



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

Legarre, Santiago; Rivera, Julio César  
NATURALEZA Y DIMENSIONES DEL "STARE DECISIS"  
Revista Chilena de Derecho, vol. 33, núm. 1, enero-abril, 2006, pp. 109-124  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014514007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## NATURALEZA Y DIMENSIONES DEL “*STARE DECISIS*”\*

Santiago Legarre\*\* y Julio César Rivera (h)\*\*\*

**RESUMEN:** La principal diferencia entre el derecho anglosajón y el derecho continental radica en la institución del precedente judicial obligatorio como regla de derecho. Los jueces en el derecho anglosajón están obligados a resolver los casos que se les presenten ateniéndose a las soluciones de sentencias dictadas anteriormente en casos similares, tanto por sus superiores jerárquicos (*stare decisis vertical*), como por jueces de la misma jurisdicción incluidos ellos mismos (*stare decisis horizontal*).

**Palabras clave:** Derecho anglosajón, sistemas jurídicos, jurisprudencia, precedente.

**ABSTRACT:** The main difference between civil law and common law is precedent, which is compulsory and imposes itself to the judges as a rule of law. That means that the judges, in Anglo-saxon countries, are bound to decide upon the cases they hear according to what was decided upon earlier in similar cases either by higher courts (*vertical stare decisis*) or by judges of the same jurisdiction, including themselves (*horizontal stare decisis*).

**Key words:** Common law, legal systems, caselaw, precedent.

### A) EL *STARE DECISIS* EN EL COMMON LAW

*Stare decisis* es el nombre abreviado de la doctrina que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones. Este sistema, como es sabido, se llama *common law*<sup>1</sup>. El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quieta non mouere*<sup>2</sup>, que significa, en traducción flexible, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”<sup>3</sup>. La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes –o, simplemente, los “precedentes”–, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema seme-

\* Este trabajo forma parte de un proyecto de investigación parcialmente financiado por el Fondo de Ayuda a la Investigación de la Universidad Austral. Agradecemos los valiosos comentarios y sugerencias de Alberto B. Bianchi, Cristóbal Orrego S., Rodrigo Ruiz-Esquide y Fernando Toller.

\*\* Director y profesor del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

\*\*\* Profesor de la Facultad de Comunicación de la Universidad Austral y de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina.

<sup>1</sup> El *common law* es “el sistema jurídico nacido en Inglaterra y llevado por la colonización británica a Estados Unidos, Canadá, Australia y diversos países asiáticos”. GOTTHEIL (1960), p. 17, nota 1.

<sup>2</sup> Cfr. CUETO (1997) p. 89. Bianchi tiene razón cuando afirma que este libro de Cueto Rúa “sigue siendo la mayor autoridad para el tema en nuestro país”. BIANCHI (2000/2001) p. 340. Con relación a la frase latina transcripta en el texto, a veces se altera el orden de las palabras y se formula la doctrina como *stare decisis et non quieta mouere*. Véase, por ejemplo, MOSCHZISKER (1924).

<sup>3</sup> El *Black's Law Dictionary* define así el adagio citado: “adherir a los precedentes y no perturbar las cosas que han sido establecidas”. *Black's Law Dictionary*, West, St. Paul, Minn., 1990, sexta edición, s. v. “*stare decisis*”.

jante<sup>4</sup>. Sin embargo, la comprensión del sistema originado en Inglaterra requiere entender que *un solo precedente* constituye derecho y genera obligación. Es lo que Goodhart llama “la doctrina del precedente individual obligatorio”<sup>5</sup>. Según la visión tradicional inglesa, la obligación de seguirlo existe “ya sea que [el precedente] haya sido dictado el año anterior o hace un siglo, e incluso si la regla que establece ahora parece inapropiada en razón de circunstancias sociales cambiantes o por algún otro motivo”<sup>6</sup>.

Esta doctrina no existe, como principio general o, como se suele decir, “formal”<sup>7</sup>, en los sistemas jurídicos “continentales” o “civilistas”<sup>8</sup>, donde, a lo sumo, la jurisprudencia adquiere importancia cuando una determinada solución se repite en el tiempo y genera una costumbre<sup>9</sup>. Aunque es cierto, como se ha señalado en las últimas décadas, que existe una tendencia a la convergencia entre las dos grandes familias jurídicas del mundo occidental –*common law* y *civil law*–, tendencia que también se evidencia en el rol que se asigna a la jurisprudencia como fuente de derecho<sup>10</sup>. Cappelletti, después de reconocer que la ausencia de una doctrina formal de *stare decisis* en la mayoría de los países del *civil law* sigue siendo una diferencia importante con los sistemas de *common law*, afirma, sin embargo:

<sup>4</sup> Como explica HART, el precepto “*treat like cases alike*” es un aspecto importante (aunque, según el mismo Hart, incompleto) de la idea de justicia. HART (1994) pp. 159-160.

<sup>5</sup> “[T]he doctrine of the individual binding precedent”. GOODHART (1934). Este artículo de quien fuera el antecesor de Hart y Dworkin en la cátedra de *Jurisprudence* de Oxford es tratado por toda la doctrina calificada como una fuente de gran autoridad; aunque, como veremos seguidamente (infra, texto que acompaña las notas 10 y 11), también se señala que actualmente debe ser objeto de matices.

<sup>6</sup> ZWEIGERT y KÖTZ (1998) p. 260.

<sup>7</sup> Suele oponerse esta idea de “doctrina formal” (*destare decisis*) a su aplicación *de facto*. Véase, por ejemplo, el uso que de la expresión hacen CAPPELLETTI (1989) y ZWEIGERT Y KÖTZ (1998) p. 262.

<sup>8</sup> Se llama sistema de tradición continental o civilista, o, simplemente, “*civil law*”, al “sistema jurídico que, heredero del derecho romano a través de la Codificación de Justiniano, se consolida en la gran codificación del siglo XIX [...] y rige la Europa Continental, Latinoamérica y varios países asiáticos”. GOTTHEIL, p. 17, nota 1.

<sup>9</sup> En algunos países –y, en los Estados Unidos, en el estado de Louisiana– se llama a esta doctrina “jurisprudencia constante”. La Suprema Corte de Louisiana delineó la *jurisprudence constante* (se usa el término francés para referirla) en el caso *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Co.*, de 1970: “En Louisiana los tribunales no están obligados por la doctrina de *Stare decisis*, pero existe un reconocimiento en este estado de la doctrina de la *Jurisprudence constante*. A diferencia de *Stare decisis*, aquella doctrina no contempla la adhesión a un principio de derecho anunciado y aplicado en una única ocasión en el pasado. Sin embargo, cuando en virtud de repetidas decisiones en una larga línea de casos una regla de derecho ha sido aceptada y aplicada por los tribunales, estas adjudicaciones asumen la dignidad de *Jurisprudence constante*; y la regla de derecho sobre la que están basadas merece gran consideración en decisiones subsiguientes”. *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Co.* (1970). Véase, al respecto, el trabajo de ALGERO, pp. 15-16 del manuscrito.

<sup>10</sup> ZWEIGERT y KÖTZ p. 259: “Indudablemente hay diferencias entre el estilo de pensamiento jurídico en los países del *Common Law*, por un lado, y en Europa Continental, por otro; pero constituiría ciertamente un error concluir que hay una insuperable oposición entre... [los métodos de los dos sistemas]. Una antítesis tal enfatizaría las tendencias dominantes en el *Common Law* en el *Civil Law*pero, en su versión absoluta, sería una reflexión crecientemente inexacta e incompleta de lo que de hecho puede verse que ocurre hoy en estas dos grandes familias jurídicas...”. En nuestro país, Oteiza ha afirmado otro tanto al aludir a “la notoria convergencia del derecho angloamericano y continental europeo”. OTEIZA, p. 41. Respecto del rol de la jurisprudencia en particular, en relación con la referida convergencia, véase ZWEIGERT y KÖTZ (1968) pp. 262-263.

“*De facto* siempre se ha reconocido una *auctoritas rerum similiter judicatarum* –la autoridad de los precedentes– incluso en la tradición del *civil law*. La diferencia, de hecho, es esencialmente una de grado y tiene que ser vista en conexión con... la estructura más diluida de los tribunales, la inundación de decisiones irrelevantes tapando las pocas significativas, el personal judicial más anónimo y orientado a la rutina: todas estas características [de los sistemas del *civil law*] conducen a tornar esa *auctoritas* menos pronunciada, menos visible, y menos dramática que la autoridad de los precedentes en las áreas donde prevalece la tradición del *common law*”<sup>11</sup>.

De todos modos, es importante subrayar que en Inglaterra, Estados Unidos y los demás países del *common law*, basta que haya *una* decisión “*in point*” –es decir, aplicable al caso presente– para que un juez se vea obligado, en principio, a seguirla. Ello no ocurre, en líneas generales, en Francia y en los demás países de tradición civilista<sup>12</sup>. Es verdad que en esos países existe un cierto respeto por la jurisprudencia, por los “precedentes”, pero no por *un* precedente:

“[H]ay una diferencia metodológica radical entre los dos sistemas. En el moderno derecho continental, como ocurría en el derecho romano, el énfasis no está en el caso individual en particular sino en una serie o grupo de casos que crean una práctica”<sup>13</sup>.

Esta es una primera diferencia entre el *common law* y el *civil law*. Otra diferencia importante hace a la obligatoriedad de la jurisprudencia en sí misma. Como explican Cross y Harris en el libro inglés contemporáneo más autorizado sobre el tema, los casos similares tienden a ser resueltos similarmente en casi todas las jurisdicciones o sistemas jurídicos<sup>14</sup>. Lo que distingue a la doctrina inglesa del precedente es su “fuerte naturaleza

<sup>11</sup> CAPPELLETTI (1989) pp. 51-52.

<sup>12</sup> Cfr. CROSS y HARRIS (1991) p. 11. Comp. Algero, p. 15 del manuscrito, quien afirma que en los países civilistas “la prevalencia y la disponibilidad de decisiones publicadas y la naturaleza jerárquica del moderno sistema de tribunales ha llevado al reconocimiento de que incluso unaúnica decisión adoptada por un tribunal de alto rango puede acarrear gran peso o incluso servir como una autoridad obligatoria *de facto*”.

<sup>13</sup> GOODHART (1934) p. 42. Evidentemente hay alguna tensión entre las palabras de Goodhart y el texto de Cappelletti que hemos transcripto antes. (De hecho, Cappelletti critica a Goodhart: cfr. Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process*, cit., p. 51.) En todo caso, no es la finalidad de este trabajo definir de una vez y para siempre, si acaso esto fuera posible, cuáles son las fronteras exactas entre el *common law* y el *civil law*. Sobre estas líneas fronterizas tanto filósofos del derecho como cultores del derecho comparado debaten incansablemente. Nosotros nos basamos en ciertos puntos y afirmaciones que todavía parecen puertos suficientemente seguros para intentar hacer, a partir de ahí, nuestro propio aporte.

<sup>14</sup> CROSS y HARRIS (1991) p. 3. También señalan esto López Garrido *et al.*: “la regla según la cual los casos similares deben ser decididos aplicando la misma norma jurídica responde a un principio de justicia que se encuentra en la tradición jurídica occidental”. Al igual que Cross y Harris, estos autores enfatizan: “La verdadera distinción, entonces, respecto de los sistemas de *common law*, está en el *valor vinculante que tiene en estos el precedente judicial a la luz de la regla stare decisis*”. LÓPEZ *et al.* (2000) p. 105, énfasis en el original.

coercitiva”<sup>15</sup>. En el *common law*, bajo ciertas condiciones<sup>16</sup>, el precedente *obliga*; en el *civil law*, la jurisprudencia tiene poder persuasivo pero, en general, no es reconocida como fuente de derecho, es decir como generadora de obligación jurídica. En este sentido, Gottheil sugiere que la obligatoriedad del precedente es al *common law* lo que la obligatoriedad de la ley al *civil law*<sup>17</sup>; y Oteíza da a entender que esto es así en casi todos los países latinoamericanos, donde la preeminencia de la ley vs. la relativa palidez de la jurisprudencia están implicadas en la distinción entre “fuentes formales” (entre las que sobresale la ley) y “fuentes materiales” (que incluyen la jurisprudencia)<sup>18</sup>.

Usando la genial herramienta creada por Hart podemos decir que la regla de reconocimiento en los países del *common law* identifica al precedente judicial como regla de derecho; no ocurre otro tanto en las jurisdicciones civilistas<sup>19</sup>. Mientras que en estas últimas los “precedentes” *pueden* ser usados como criterio para decidir un caso nuevo, en el *common law* los jueces *deben* resolver a la luz del precedente aplicable el caso que se les presenta<sup>20</sup>.

En este contexto, pensamos que la palabra “precedente” debería reservarse para el *common law*, pues en sentido estricto preguntarse por el precedente es preguntarse si hay una decisión previa aplicable (*in point*) que me obligue a mí como juez a resolver el caso presente de una determinada manera. Y esta pregunta solo se da, como vimos, en el *common law*<sup>21</sup>. Sin embargo, importantes autoridades también usan la palabra “precedente” para referirse a la jurisprudencia en los sistemas civilistas<sup>22</sup>, y es común que algunos tribunales del *civil law* hagan referencia a sus “precedentes”. Por ello, a pesar de la preferencia recién manifestada, a veces usaremos el término “precedente” en este

<sup>15</sup> CROSS y HARRIS (1991) p. 3. Este libro clásico fue escrito originalmente por Sir Rupert Cross y publicado en 1961. En 1968 apareció la segunda edición y en 1977 la tercera, ambas a cargo de Cross. Ya fallecido este, Jim W. Harris, recientemente fallecido él mismo, se hizo cargo de la cuarta edición en 1991.

<sup>16</sup> Sobre la doctrina del *stare decisis*, sus excepciones y las condiciones bajo las cuales un precedente obliga en el *common law*, véase CROSS y HARRIS (1991) Cap. III.

<sup>17</sup> GOTTHEIL (1960) pp. 76, 116, 119 y 126. En sentido parecido, BIANCHI, p. 335.

<sup>18</sup> No obstante, Oteíza piensa que la práctica latinoamericana otorga a la jurisprudencia una importancia mayor que la que tiene en la Europa continental. Cfr. OTEÍZA pp. 39 y 43.

<sup>19</sup> “En sistemas jurídicos basados en la tradición del derecho civil, los casos no son formalmente reconocidos como una fuente de derecho y la doctrina de *stare decisis* no es reconocida”. ALGERO (2005) p. 15 del manuscrito.

<sup>20</sup> “Si el punto ya fue decidido por un caso anterior, entonces el sistema inglés aplica la doctrina del precedente en un sentido distinto y más técnico. El caso anterior, suponiendo que fuera directamente al punto [*being directly in point*], no es más algo que *puede* usarse como modelo [*pattern*]; es algo que *debe* ser seguido en el caso subsiguiente. Es más que un modelo; se ha convertido en una regla fija y obligatoria”. GOODHART (1934) p. 41. Esta afirmación, al igual que lo demás que decimos en el texto, no debe ocultar que, en la práctica, los jueces en el *common law* cuentan con mecanismos que les permiten atenuar el rigor de la doctrina del precedente, como la práctica del “*distinguishing*”. Cfr. JONES, *et al.* (1980), p. 132; véase también la nota 34 infra. Cueto Rúa también alude a otras prácticas más subrepticias como las falacias lógicas. CUETO (1997) p. 95, nota 14.

<sup>21</sup> Algero recoge la opinión de un camarista de Louisiana, cuyo nombre no consigna, quien al responder una encuesta realizada por la mencionada autora afirmó: “Como Ud. sabe, en un sistema civilista no existe algo llamado precedente [*there is no such thing as precedent*]”. ALGERO, p. 42 del manuscrito.

<sup>22</sup> CROSS y HARRIS (1991) pp. 3-15; GOODHART (1934) p. 41.

trabajo con un significado laxo, para referirnos a la jurisprudencia en países ajenos al *common law*. En todo caso, y por la misma razón apuntada, también sería mejor reservar la expresión *stare decisis* para dicho sistema jurídico pues en los sistemas civilistas<sup>23</sup>, al no haber obligación de seguir la jurisprudencia –al no haber precedentes en sentido estricto– no hay *obligación* de “estar a lo decidido”<sup>24</sup>.

### B) STARE DECISIS HORIZONTAL Y VERTICAL

La doctrina del precedente en el *common law* tiene dos dimensiones, que llamaremos *stare decisis* horizontal y *stare decisis* vertical<sup>25</sup>. La primera se refiere a la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes. La segunda alude a la obligación de los tribunales de seguir los precedentes de sus superiores jerárquicos. En ambos casos la obligación de aplicar el precedente tiene igual naturaleza, pero en el *stare decisis* vertical se advierte con más claridad la sanción en caso de incumplimiento: si un tribunal se aparta de los precedentes de su superior jerárquico este dejará sin efecto la sentencia en cuestión (en caso de que sea apelada); aunque lo mismo puede darse también en el *stare decisis* horizontal, ya que un tribunal superior puede dejar sin efecto la sentencia del inferior que no sigue su propia jurisprudencia (la jurisprudencia del propio tribunal inferior).

De todos modos, no debe confundirse la obligación jurídica con la sanción que corresponde a su incumplimiento, de la misma manera que no debe reducirse el derecho a las sanciones, contra lo sostenido por algunas formas de positivismo jurídico<sup>26</sup>. Si existe obligación jurídica de seguir los precedentes –como existe en el *common law*– ello no se debe a que existen sanciones en caso de incumplimiento. Es más bien al revés: porque existe obligación jurídica de seguir los precedentes es que los tribunales superio-

<sup>23</sup> No abrimos juicio aquí sobre si debe contarse o no a la Argentina como un típico país “civilista” a los efectos que estamos considerando. Reservamos la develación de esta incógnita para un futuro trabajo.

<sup>24</sup> Comp. CROSS y HARRIS (1991) p. 3: “El precedente judicial tiene algún efecto persuasivo casi en todas partes porque *stare decisis* (estar a lo que se ha decidido previamente) es una máxima de aplicación prácticamente universal”.

<sup>25</sup> LÓPEZ *et al.* hacen referencia a una “doble eficacia” –“horizontal” y “vertical”– de la regla de *stare decisis*. LÓPEZ *et al.* (2000) p. 106. Barrett usa los términos “*stare decisis* horizontal” y “*stare decisis* vertical” en el mismo sentido que nosotros. BARRETT (2003) pp. 1015 y 1016, nota 17 (2003). Cooper alude, al pasar, al “*stare decisis* vertical”. COOPER (1998) pp. 401, 402, nota 6 (1988). Caminker, por su parte, reserva la expresión “precedente jerárquico” para lo que nosotros designamos como “*stare decisis* vertical”, y a lo que nosotros llamamos “*stare decisis* horizontal” lo denomina simplemente “*stare decisis*”. CAMINKER (1994) pp. 817, 818, nota 2.

<sup>26</sup> El error de reducir el derecho a su elemento coactivo ha sido demostrado por Raz y Finnis mediante sus hipótesis de una sociedad de ángeles y de santos, respectivamente. Véase, RAZ (1991) pp. 183-187 FINNIS (2000), pp. 41-42 (glosando las ideas de Raz) y 294-298 (exponiendo su propia teoría, ampliada y reafirmada más tarde en *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, pp. 248, 256, 265 y 269). Como muestran estos autores, en dichas sociedades hipotéticas, en las que por definición no harían falta sanciones, sin embargo se necesitaría derecho. Este sendero ya había sido claramente incoado por Hart: todo su *Concepto de Derecho* puede leerse como una crítica a la(s) teoría(s) que equipara(n) derecho y sanciones. Véanse, solamente a título de ejemplo, los siguientes lugares: HART (1994) pp. 10-11; 16; 213; 217-218.

res dejan sin efecto las decisiones inferiores que no la cumplen, sancionando así de alguna manera ese incumplimiento<sup>27</sup>. La presencia de sanciones –el hecho de que los tribunales superiores en el *common law* sistemáticamente dejen sin efecto las sentencias que se apartan de los precedentes– es un signo, un indicio de que hay una obligación jurídica, de que el sistema jurídico dispone que hay que seguir los precedentes. Sin embargo, insistimos, la obligación no se reduce a la sanción ni se deduce de ella, sino que es su razón de ser. La causa de la obligación, la causa del sistema jurídico del cual dicha obligación surge, viene dada por una directiva racional con vistas al bien común, dotada de autoridad y promulgada<sup>28</sup>. En el *common law* existe una ordenación de tal naturaleza cuyo contenido es la obligación de seguir los precedentes<sup>29</sup>. En virtud de esa directiva los precedentes se hallan dotados de autoridad –por ello en inglés a veces se los llama simplemente *authorities*<sup>30</sup>; más aún, son “ley”, en el sentido filosófico del término<sup>31</sup>. La mencionada ordenación forma parte de la regla de reconocimiento del sistema, que los jueces –y los demás operadores jurídicos– conocen y aplican. Por tratarse de una orden destinada a personas potencialmente incumplidoras –no a ángeles ni a santos<sup>32</sup>–, la directiva va acompañada de una especie de sanción para los jueces que no la respeten: la revocación de sus sentencias si se apartan del precedente aplicable.

Veamos ahora un poco más en detalle el *stare decisis* horizontal. Como descripción general puede decirse que se refiere a la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes, dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía coordinada, incluidos ellos mismos. El tema de la analogía es crucial para la técnica del precedente. La falta de similitud entre un caso y un determinado precedente permite *distinguirlos* y, por tanto, no aplicar el precedente al nuevo caso que tiene elementos relevantes distintos<sup>33</sup>. Esto se conoce como *distinguishing*<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> Hart sostiene lo mismo, *mutatis mutandis*, cuando dice que “reprobamos o sancionamos a un hombre porque ha quebrado la regla...” (énfasis en el original). Ibídem, p. 11. Esto implica, como explica largamente en su libro, que la regla *no es* la sanción.

<sup>28</sup> Cfr. DE AQUINO 90, a1-a4; véase también, FINNIS (1998), pp. 304-308.

<sup>29</sup> Cueto Rúa analiza cuidadosamente justificaciones alternativas del *stare decisis*, como las de Llewelyn y Pound, que rechazan la idea de que el *stare decisis* sea una norma jurídica. El gran filósofo del derecho argentino, en cambio, se inclina por asignar fuerza normativa al *stare decisis* y apoya su argumentación en Kelsen. Cfr. CUETO (1997) pp. 97-104. Sostiene, en suma, que “el *stare decisis* en el *common law* norteamericano es una norma jurídica cuyo sentido axiológico se encuentra en los valores *orden, seguridad, paz y justicia*”. Ibídem, p. 104. Nuestra propia concepción, esbozada en el texto, es también favorable a la consideración del *stare decisis* como norma jurídica y parece compatible en este punto con la de Cueto Rúa. Los valores a los que él hace referencia en la cita transcripta en esta nota son parte del bien común al que aludimos en el texto.

<sup>30</sup> Cfr. CUETO (1997) p. 91; ALLEN (1969), pp. 389; 393; 431; GOTTHEIL, pp. 59-60.

<sup>31</sup> Cfr. DE AQUINO, I-II, q. 90, a4, c.

<sup>32</sup> Véase la nota 26 supra y sus referencias.

<sup>33</sup> Cfr. CUETO (1997) pp. 89 y 91; ALLEN (1969) p. 389; GOTTHEIL (1960) pp. 37-38. Aclaramos que estos autores no usan las expresiones *stare decisis* horizontal y vertical.

<sup>34</sup> Sobre el rol de la analogía en el *stare decisis*, véase CROSS y HARRIS (1991) Cap. VI; GOTTHEIL (1960) pp. 29-31; 87-90.

En el sistema inglés, por ejemplo, el *stare decisis* horizontal es predictable respecto de las cámaras de apelaciones, que están obligadas por sus propios precedentes<sup>35</sup>. Hasta 1966 también la *House of Lords* estaba absolutamente obligada por sus precedentes<sup>36</sup>, pero a partir de ese año la práctica sufrió una cierta atenuación. En su famoso “*practice statement*” [declaración de práctica] el máximo tribunal inglés estableció que el principio general seguiría siendo lo que hemos llamado la obligatoriedad horizontal; sin embargo, para evitar que una adhesión demasiado rígida al precedente pudiera conducir a injusticias o restringir indebidamente el desarrollo del derecho, la *House of Lords* reconoció el poder de apartarse de una decisión previa cuando ello fuera juzgado correcto<sup>37</sup>.

El “*practice statement*” fue anunciado el 26 de julio de 1966 y dice así:

“Los Lores consideran el uso del precedente como un fundamento indispensable sobre el cual decidir qué es el derecho y su aplicación a los casos individuales. Otorga al menos algún grado de certeza en el cual se pueden apoyar los individuos en la administración de sus asuntos, así como una base para el desarrollo ordenando de reglas jurídicas. Los Lores reconocen, sin embargo, que una adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también a restringir indebidamente el apropiado desarrollo del derecho. Por ello proponen modificar su presente práctica y, aunque seguirán tratando decisiones pasadas de esta *House* como normalmente obligatorias, [proponen] apartarse de una decisión previa cuando ello parezca correcto. En conexión con esto tendrán presente el peligro de perturbar retroactivamente la base que sirvió como fundamento para contratos y arreglos de propiedad y fiscales, y también la especial necesidad de certeza en el derecho criminal. Este anuncio no está concebido para afectar el uso del precedente en otros tribunales distintos de esta *House*”<sup>38</sup>.

La decisión de apartarse de un precedente se hace mediante lo que se llama en el mundo anglosajón *overruling*<sup>39</sup>, que consiste en una especie de derogación judicial. Según autorizadas voces<sup>40</sup>, la mera posibilidad de *overruling* implica la desaparición de la obligatoriedad horizontal: si en ciertas circunstancias el tribunal puede desligarse de un precedente, quiere decir que en definitiva no está obligado por él. Si bien hay en esto algo de verdad, también es cierto que el hecho de que el apartamiento requiera un acto

<sup>35</sup> Cfr. CROSS y HARRIS (1991) p. 6; ALGERO (2005) p. 12 del manuscrito.

<sup>36</sup> Cfr. lo resuelto por la *House of Lords* en *London Tramways v. London County Council* [1898] AC 375 (*per* Lord Halsbury).

<sup>37</sup> Para una buena discusión de los problemas filosóficos que plantea esta situación –principalmente, el alegado vicio de autoreferencia–, véase CROSS y HARRIS (1991) cit., pp. 102-108; 114-115.

<sup>38</sup> [1966] 1 WLR 1234.

<sup>39</sup> A veces se lo llama también “*overturning*”. Garay usa el verbo “apartarse” (de un precedente) para traducir estos términos. GARAY: “La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes” (Aspectos elementales del objeto y la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso *Montalvo*) (1991) p. 871 y nota 6.

<sup>40</sup> Para Cross y Harris (1991) el “*practice statement*” de 1966 significa, sin más, que la *House of Lords* ya no está obligada por sus precedentes. Ibídem, pp. 6 y 107.

derogatorio expreso es una prueba de que el principio general sigue siendo la obligatoriedad. Los litigantes pueden confiar en que, en principio, la *House of Lords* va a aplicar sus propios precedentes; solo en casos excepcionales, y no sin una previa y completa discusión, se dará el supuesto de *overruling*.

En Estados Unidos ocurre otro tanto con la Corte Suprema: sigue normalmente sus propios precedentes pero tiene el poder de dejarlos sin efecto mediante *overruling*<sup>41</sup>. Así, la Corte ha sostenido que sus decisiones “permanecen como precedente vinculante hasta que consideramos adecuado reconsiderarlas”<sup>42</sup>. Esto queda confirmado por la práctica del tribunal de comenzar la argumentación de sus sentencias buscando, con la ayuda de las partes<sup>43</sup>, el precedente aplicable (“*in point*”)<sup>44</sup>, el que “controla” las alternativas del nuevo caso pendiente de decisión<sup>45</sup>; y también por la práctica de *distinguir* este último de otros precedentes en los que se trataron hechos insuficientemente análogos<sup>46</sup>. Estas prácticas, que son habituales entre los tribunales del *common law*, y que en mayor o en menor medida están ausentes en la tradición judicial civilista<sup>47</sup>, no se ven en absoluto desmentidas por la aludida posibilidad de *overruling*.

En líneas generales puede afirmarse que en los Estados Unidos, salvedad hecha del estado de Louisiana<sup>48</sup>, se sigue una versión de la doctrina de *stare decisis* horizontal similar a la inglesa<sup>49</sup>, pero un tanto más flexible<sup>50</sup>. La Corte estadounidense ejerce su

<sup>41</sup> Esto se inscribe en la tendencia general, señalada por Cross y Harris, a que en los países del *common law* los tribunales de apelación de última instancia puedan apartarse de sus precedentes cuando lo juzguen apropiado. Ibídem, p. 107.

<sup>42</sup> *Hohn v. United States*, 524 U. S. 236, 252-253 (1998). La Corte también ha dicho que “es sabiduría común que la regla de *stare decisis* no es un ‘mandato inexorable’”. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U. S. 833, 854 (1992).

<sup>43</sup> La actuación de las partes (y de sus abogados) es esencial en el sistema “adversarial”: “El juez anglo-americano comienza su proceso de decisión con los precedentes individuales que los abogados de las partes han aducido ser los más *in point*”. ZWEIGERT y KÖTZ (1998) p. 263.

<sup>44</sup> Cabe aclarar, con Gottheil, que cuando “los juristas dicen que se ha encontrado un precedente *in point* no dicen que los dos casos sean *iguales*”. GOTTHEIL (1960) p. 88, énfasis agregado. Juegan acá el tema de la analogía y la técnica del *distinguishing*: los dos casos deben ser *relevantemente* semejantes. Cfr. la nota 34 supra y GARAY (1997) pp. 57-59; 76-77. Cuando un precedente no es aplicable a un nuevo caso, por falta de analogía suficiente, se dice que es “*off point*”.

<sup>45</sup> Es habitual que un tribunal anglosajón comience su sentencia, después de analizar los hechos, afirmando: “*the controlling precedent is...*”; o “[such and such precedent] controls here”.

<sup>46</sup> Véase la nota 34 supra.

<sup>47</sup> ZWEIGERT y KÖTZ (1998) pp. 263-264.

<sup>48</sup> Como ya se adelantó, en este estado, de tradición civilista, rige en el orden local la doctrina de la *jurisprudence constante*. Véase supra nota 9.

<sup>49</sup> ALGERO (2005) p. 13 del manuscrito. Cueto Rúa sostiene que puede afirmarse sin reservas “que en Estados Unidos se reconoce que una vez que un tribunal ha adoptado una norma, no debe alterarla en casos futuros, excepto por razones muy convincentes y mediante prueba del error cometido en el caso precedente”. CUETO (1997) p. 92. Más adelante insiste: “La verdad es que, en general, puede decirse que en Estados Unidos prevalece el concepto de que los tribunales deben seguir los precedentes, salvo circunstancias de excepción”. Ibídem, p. 94. Sin sostener una posición contraria a la que se acaba de resumir ni a la que se desarrolla en el texto, Goodhart, en un artículo famoso y lleno de ironía, enfatizó y expuso las diferencias entre la comprensión del *stare decisis* en Inglaterra y Estados Unidos; incluso llegó a profetizar con un toque de humor que, por razones que no vienen al caso, algún día los Estados Unidos se parecerían más a una jurisdicción civilista que a un sistema de *common law*. Véase GOODHART (1934) *passim*.

poder de *overruling* con más frecuencia que la *House of Lords* y las cámaras federales de apelaciones también cuentan con dicha facultad<sup>51</sup>. Algo parecido ocurre a nivel de los diversos estados<sup>52</sup>.

Hay ciertos casos, en los Estados Unidos, en los que la regla de *stare decisis* horizontal tiene un peso menor: los que tratan sobre problemas constitucionales<sup>53</sup>. Es de cita obligada aquí la autorizada disidencia de *Justice Brandeis* en el caso de la Corte Suprema *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.* Allí sostuvo que:

“El *stare decisis* es habitualmente la política judicial sabia, porque en la mayor parte de las materias, resulta más importante que la norma de Derecho se encuentre firmemente establecida, en vez de encontrarse correctamente establecida. Pero en los casos en que se encuentra involucrada la Constitución Federal, en los que la corrección a través de la acción legislativa es prácticamente imposible, este tribunal ha modificado a menudo sus sentencias anteriores. La Corte se inclina ante las lecciones de la experiencia y la fuerza de un mejor razonamiento, reconociendo que el proceso de ensayos y errores, tan fructífero en las ciencias físicas, también es apropiado en la función judicial”<sup>54</sup>.

La idea subyacente en esta disidencia, que fue acogida después por la Corte en numerosas oportunidades a lo largo del tiempo<sup>55</sup>, es que la dificultad insita en el proce-

<sup>50</sup> CROSS y HARRIS (1991) p. 19: “Hay muchos supuestos –algunos abogados estadounidenses dirían que demasiados– en los que la Corte Suprema ha derogado [*overruled*] una decisión suya anterior”. CUETO, p. 94: “En Inglaterra el principio recibe una aplicación más estricta, y las excepciones admitidas son menores en número y en importancia”.

<sup>51</sup> Cfr. CAMINKER (1994) p. 818.

<sup>52</sup> Cfr. GINSBURG (2004), p. 8.

<sup>53</sup> MOSCHZISKER (1924) p. 420: “Puede decirse mucho a favor del punto de vista que sostiene que en casos constitucionales la doctrina de *stare decisis* no debe aplicarse con indebida severidad”. Cfr. también GOODHART (1934) p. 188: “tratándose de cuestiones constitucionales se ha visto que es esencial mantener el derecho todo lo flexible que se pueda. En última instancia, estas cuestiones son primariamente cuestiones de política pública [*public policy*], y en este terreno la doctrina de *stare decisis* es menos exitosa”. Conviene señalar que los dos trabajos citados son anteriores al caso *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*, al que nos referiremos seguidamente.

<sup>54</sup> 285 U. S. 393, 406-408 (1932) (citas intermedias y notas omitidas). La cita sigue así: “En casos relacionados con la Constitución Federal, la posición de esta Corte es distinta de la del máximo tribunal de Inglaterra, donde la política de *stare decisis* fue formulada y es estrictamente aplicada para toda clase de casos”. 285 U. S. 409-410 (disidencia de Brandeis, J.). Como vimos, en Inglaterra la situación varió después del *practice statement* de 1966, aunque este no hace referencia a cuestiones constitucionales. Cfr. nota 38 supra. Aunque se compulsó el original, la traducción transcripta en el texto está tomada de CUETO (1997) p. 93.

<sup>55</sup> Véanse, por ejemplo, los siguientes casos (que no incluyen muchos otros supuestos en que el criterio de *Justice Brandeis* fue aprobado en votos disidentes): *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 665-666 (1944); *Glidden Co. v. Zdanok*, 370 U.S. 530, 543 (1962); *Edelman v. Jordan*, 415 U.S. 651, 671 (1974); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 736 (1977); *Monell v. Department of Soc. Svcs.*, 436 U.S. 658, 695 (1978); *Thomas v. Washington Gas Light Co.*, 448 U.S. 261, 273, nota 18 (1980); *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827-828 (1991); *Hubbard v. United States*, 513 U.S. 695, 712, nota 11 (1995); *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 571 U.S. 44, 63 (1996); *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 235-236 (1997).

so de reforma de la Constitución justifica una aplicación menos rigurosa del principio de *stare decisis*<sup>56</sup>. Como dijo la mayoría de la Corte años más tarde: “Las consideraciones de *stare decisis* tienen una fuerza especial en el área de interpretación de leyes [*statutory interpretation*] porque allí, *a diferencia de lo que ocurre en el contexto de la interpretación constitucional*, se halla implicado el Poder Legislativo, y el Congreso permanece libre de alterar lo que hemos hecho”<sup>57</sup>. Esta excepción al *stare decisis* horizontal en la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido aplicada de hecho muchas veces por el tribunal<sup>58</sup>.

Nótese que la excepción relativa a los problemas constitucionales solo tiene sentido respecto del *stare decisis* horizontal. Constituiría un error, ocasionado por no distinguir adecuadamente aquel del *stare decisis* vertical, generalizar inadecuadamente la excepción y afirmar que esta se aplica al *stare decisis* sin más. El error radicaría en olvidar que los tribunales inferiores están obligados por las decisiones de sus superiores jerárquicos con independencia de la materia de la que traten; y, por tanto, también son obligatorias cuando tratan sobre materias constitucionales.

Detengámonos ahora brevemente en el *stare decisis* vertical que –al igual que el *stare decisis* horizontal– rige en Inglaterra, los Estados Unidos, y los demás países del *common law*<sup>59</sup>. Consiste en la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía superior<sup>60</sup>. Nos interesa destacar que la índole del *stare decisis* vertical no viene dada principalmente por la estructura jerárquica de los tribunales. De hecho, puede haber estructura jerárquica sin *stare decisis* vertical, como ocurre en los países del *civil law*, al menos según la

<sup>56</sup> Cfr. ZWEIGERT y KÖTZ (1998) p. 261; CROSS y HARRIS (1991) p. 20.

<sup>57</sup> *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 172-173 (1989), énfasis agregado. Incluso en el famoso *Casey* la Corte reconoció que en casos constitucionales la regla de *stare decisis* se flexibiliza (citando aprobatoriamente la famosa disidencia de Justice Brandeis en *Burnet*). *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 854 (1992). Esto es digno de señalamiento pues en *Casey* la Corte, por estrecha mayoría, se negó a derogar [*overturn*] *Roe v. Wade*, el caso que había legalizado el aborto en los Estados Unidos, apoyándose, entre otras cosas, en que había que *estar a lo decidido* en *Roe* –a pesar de que *Roe* y *Casey* eran, ciertamente, “casos constitucionales”. En este aspecto, como en otros, la disidencia de Justice Scalia en *Casey* deja al desnudo las muchas falencias del voto mayoritario. Cfr. *Casey*, 982-983; 993-994; 996-997 (disidencia de Scalia, J.).

<sup>58</sup> Remitimos a las decenas de ejemplos recordados ya en 1932 por Justice Brandeis en su disidencia en *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co*, 285 U.S. 405, 407, nota 2 (1932). Un ejemplo recientemente tuvo lugar cuando la Corte dejó sin efecto [*overruled*] el precedente *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), en el caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), que invalidó una ley que penaba la sodomía consensual entre adultos.

<sup>59</sup> El principio general es que el *stare decisis* vertical está fuera de discusión. Véase, COOPER (1988) p. 402, nota 6. Sin embargo, en los últimos años ha habido quienes, contra la corriente mayoritaria, sugirieron una atenuación del *stare decisis* vertical e incluso abogaron por el *underruling*, i.e., que una corte inferior pueda derogar el precedente de una corte superior. Véanse, por ejemplo, las opiniones recogidas y criticadas en CAMINKER (1994) pp. 820-821; 856-865.

<sup>60</sup> Cfr. CUETO (1997) p. 89; ALLEN (1969) p. 389; GOTTHEIL (1960) pp. 37-38.

visión tradicional<sup>61</sup>. Como hemos explicado más arriba<sup>62</sup>, la obligatoriedad de los precedentes viene dada por las características de la regla de reconocimiento de los sistemas de *common law*. No obstante, la estructura jerárquica de las cortes hace patente dicha obligatoriedad ya que habilita una especie de sanción para los tribunales inferiores que se aparten de la jurisprudencia de sus superiores<sup>63</sup>: la revocación de sus sentencias<sup>64</sup>.

Por último, dado que según la doctrina de *stare decisis* vertical los tribunales no están obligados a seguir los precedentes de sus inferiores jerárquicos –aun cuando aquellos tengan valor persuasivo para los superiores<sup>65</sup>–, existe la posibilidad llamada *overruling from above* [derogación desde arriba]. Esta se da cuando un tribunal jerárquicamente superior deja sin efecto, no solo la sentencia apelada, sino algún precedente del propio tribunal que la dictó<sup>66</sup>.

### C) LOS ALCANCES DE LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE

En el *common law*, no todo el contenido de los casos anteriores tiene fuerza obligatoria o vinculante; o, dicho de otra forma, no todo en ellos sienta precedente: no todo lo que dicen los casos anteriores tiene “fuerza o valor precedente” [*precedential force or value*]. Para referirse a aquello que sí tiene esa fuerza o valor los ingleses hablan de la *ratio decidendi* del caso; los estadounidenses, del *holding*. Tanto ingleses como estadounidenses contraponen los respectivos conceptos con el *obiter dictum* del caso, que carece de la mentada fuerza vinculante. Valga esto a modo de introducción a un tema complicado.

*Ratio decidendi* significa, en general, “razón para decidir”, y en el ámbito del derecho vendría a ser la razón (o las razones) de un tribunal para decidir un caso de una determinada manera. Los ingleses definen la *ratio decidendi* como “una resolución [*ruling*] expresa o implícitamente dada por un juez, suficiente para resolver una cuestión jurídica suscitada por los argumentos de las partes en un caso, siendo una cuestión sobre la cual una resolución [*ruling*] era necesaria para la justificación... que el juez brindó de la decisión que adoptó en el caso”<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> “Como lo demuestran los sistemas legales continentales, la existencia de una jerarquía no requiere por sí misma la adhesión a una doctrina de *stare decisis*”. Nota, “*Stare Decisis and the Lower Courts: Two Recent Cases*”, 59 *Columbia Law Review* 504, 507 (1959). En el mismo sentido véase, CAMINKER (1994) p. 826. En nuestro trabajo “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y Argentina”, en prensa en *La Ley*, abordamos sumariamente el caso particular de la Argentina y lo comparamos con el sistema estadounidense.

<sup>62</sup> Texto que acompaña a las notas 26-32 supra.

<sup>63</sup> Ya veremos que en algunas jurisdicciones civilistas, como la Argentina, la Suprema Corte también revoca sentencias en razón de un apartamiento de su jurisprudencia por parte del inferior; pero esto ocurre bajo ciertas condiciones que impiden hablar estrictamente de *stare decisis* (vertical).

<sup>64</sup> Cfr. CUETO (1997) p. 103.

<sup>65</sup> Cfr. CROSS y HARRIS (1991) p. 5.

<sup>66</sup> Para una discusión del *overruling from above*, véase CROSS y HARRIS (1991) pp. 127-131.

<sup>67</sup> La traducción que ofrecemos no nos satisface, especialmente la de la palabra *ruling*, que también podría traducirse, de un modo parejamente insatisfactorio, como “regla”; pero no encontramos otra mejor. El original dice: “*A ratio decidendi is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to*

Esta definición de Neil MacCormick –que corrige levemente la que con anterioridad había dado Cross<sup>68</sup>– fue aprobada por Cross y Harris en la cuarta edición de su libro<sup>69</sup>, y goza de suma autoridad (a pesar de que probablemente el lector la considere una definición difícil o incluso oscura: lo difícil es el asunto).

Del otro lado del Atlántico se ha caracterizado al *holding* como “la estrecha regla necesaria para resolver la disputa emergida de una situación fáctica específica”<sup>70</sup>. El *Black's Law Dictionary* lo define como “el principio legal que puede extraerse de una sentencia”<sup>71</sup>. Es la regla del caso que, aplicada a ciertos hechos dados, determina la decisión<sup>72</sup>.

No es tarea fácil descubrir cómo se relacionan la *ratio decidendi* de los ingleses y el *holding* de los estadounidenses. Parecería que, o son lo mismo –el mismo concepto, distintas palabras<sup>73</sup>– o, como mínimo, son nociones estrechamente emparentadas (y, en todo caso, contrastables ambas con la idea de *obiter dictum* –aquí la palabra es la misma de uno y otro lado del Atlántico–, de la que nos ocuparemos más adelante).

Cross y Harris, al igual que otros autores ingleses<sup>74</sup>, no usan la palabra *holding*<sup>75</sup>. Ello podría confirmar lo que sugiere el profesor Farnsworth y, en la Argentina, aprueba Bianchi<sup>76</sup>: que “en los Estados Unidos se usa el término *holding* en lugar de la expresión *ratio decidendi* usada en Inglaterra”<sup>77</sup>. Un conocido *casebook* estadounidense de *Legal*

settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification... of the decision in the case”. MACCORMICK (1987) p. 170.

<sup>68</sup> La definición original de Cross, que aparece reproducida sin alteraciones en la cuarta edición de 1991, a cargo de Cross y Harris (cfr. nota 15 supra), es: “La *ratio decidendi* de un caso es cualquier regla de derecho expresa o implícitamente tratada por el juez como un paso necesario para alcanzar su conclusión, incluida en la línea de razonamiento adoptada por él”. Como esta traducción tampoco nos deja contentos, damos el original: “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him...”. CROSS y HARRIS (1991) p. 72.

<sup>69</sup> Ibídem, p. 72. Bailey y Gunn citan aprobatoriamente la definición de Cross, con la corrección de MacCormick, y señalan algo que ya hemos dicho: que el libro de Cross, actualizado por Harris, es “the leading English monograph on precedent”. BAILEY y GUNN (1996) p. 416.

<sup>70</sup> La definición transcripta, del profesor estadounidense David Clark, está tomada de: CLARK y ANSAY (2002) p. 38. CUETO RÚA define al *holding* como “una expresión del juez sentenciante, necesaria para resolver el caso”. CUETO (1997) p. 118, énfasis en el original.

<sup>71</sup> *Black's Law Dictionary*, cit., s. v. “*holding*”.

<sup>72</sup> Cfr. *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, cit., p. 108.

<sup>73</sup> Es importante, como siempre, no confundir conceptos y palabras, juicios y oraciones; así se evita tomar fantasmas por realidades y se elude un mar de equivocaciones y ambigüedades. De allí el consejo del profesor Finnis a los estudiantes del doctorado en derecho de la Universidad de Oxford: “The tools of our trade are propositions and meanings, statements and words. Get clear about these”. FINNIS (2004) p. 1.

<sup>74</sup> V. gr. BAILEY y GUNN (1996) *passim*.

<sup>75</sup> Cfr. CROSS y HARRIS (1991) *passim*.

<sup>76</sup> BIANCHI (2002) Vol. I, p. 350, nota 390: “Los norteamericanos hablan del *holding*, en tanto que los ingleses lo denominan *ratio decidendi*”.

<sup>77</sup> FARNSWORTH (1990) p. 78, nota 16. En otra Introducción al derecho de los Estados Unidos que hemos consultado se sostiene lo mismo cuando se da la definición de “la *ratio decidendio* el *holding* del caso”. CLARK y ANSAY (2002) p. 38.

*Method* simplemente dice “*holding* o ‘ratio decidendi’”<sup>78</sup>, tratándolos como sinónimos sin más explicaciones; aunque en páginas sucesivas la expresión *ratio decidendi* desaparece y se habla siempre de *holding*, lo cual también podría confirmar la afirmación de Farnsworth.

En cualquier caso, ya adelantamos que las palabras *holding* y *ratio decidendi*, y el concepto que ellas representan, se distinguen en todo el mundo del *common law* del *obiter dictum*, muchas veces llamado simplemente *dictum* (o, en plural, *dicta*)<sup>79</sup>. Lo dicho (*dictum*) *obiter* es lo expresado por un tribunal “incidentalmente, colateralmente”<sup>80</sup> y podría traducirse eficazmente con el giro español “dicho sea de paso”<sup>81</sup>. Son “las palabras de una sentencia enteramente innecesarias para la decisión del caso”<sup>82</sup>. Cueto Rúa alude a “lenguaje sobreabundante [...], ya sea por referirse a hechos hipotéticos, o a una situación de hecho distinta de la que se presenta en el caso, o a argumentos jurídicos que, aunque pertinentes, resultan ‘superfluos’”<sup>83</sup>.

Se ha enfatizado acertadamente que la definición de *obiter dictum* es más bien negativa: constituye *obiter dictum* lo que no forma parte del *holding*; lo que no integra la *ratio decidendi* del caso. Por ello en el libro al que, debido a su autoridad, conviene recurrir una vez más, Cross y Harris responden “no” a la pregunta: “¿Es posible decir respecto de un *obiter dictum* algo además de que es una proposición jurídica que no forma parte de la *ratio decidendi*? ”<sup>84</sup>.

Pues bien, como ya dijimos solo la *ratio decidendi* de los ingleses y el *holding* de los estadounidenses obligan; lo dicho *obiter* en una sentencia, en cambio, no tiene fuerza de precedente, carece de autoridad. En otras palabras, solo constituyen “precedente” las proposiciones jurídicas enunciadas por el juez que son necesarias para la decisión adoptada<sup>85</sup>. Los *obiter dicta* tienen tan solo valor persuasivo<sup>86</sup>, aunque este a veces pueda ser grande, dependiendo, en parte, de la autoridad moral del tribunal que los exprese. Dicho todo esto sin olvidar la advertencia de Cueto Rúa, que alerta sobre la dificultad de esta temática: “La línea que separa el *holding* del *dictum* no es clara ni definida”<sup>87</sup>.

<sup>78</sup> JONES (1980) p. 112.

<sup>79</sup> Aunque en castellano a veces se lo designa simplemente “*obiter*”, en inglés esto no se usa. Cfr. BAILEY y GUNN (1996) p. 416, nota 24.

<sup>80</sup> Black’s Law Dictionary, cit., s. v. “*obiter*”.

<sup>81</sup> En inglés, “*by the way*”.

<sup>82</sup> Black’s Law Dictionary, cit., s. v. “*obiter dictum*”.

<sup>83</sup> CUETO (1997) p. 118.

<sup>84</sup> CROSS y HARRIS (1991) pp. 75-76.

<sup>85</sup> Cross y Harris justifican el distinto peso otorgado en el *common law* a la *ratio decidendi* y al *obiter dictum* alegando “las probabilidades de que una afirmación de este tipo [*obiter*] haya recibido una consideración menos seria que la dedicada a una proposición jurídica aportada como una razón para la decisión”. CROSS y HARRIS (1991) p. 41.

<sup>86</sup> Pueden verse provechosos matices, que no afectan la sustancia de la sabiduría convencional expresada en el texto al que acompaña esta nota, en JONES, p. 131.

<sup>87</sup> CUETO (1997) p. 118. Zweigert y Kötz hacen una reflexión parecida en términos de *ratio decidendi* y *obiter*: “En muchos casos es extremadamente dudoso cuál es la *ratio decidendi* de la decisión previa y qué es meramente *obiter dictum*”. ZWEIGERT y KÖTZ (1998) p. 260.

Una aclaración importante, en boca de Lord Halsbury, es que “un caso es una autoridad solo para lo que realmente decide”<sup>88</sup>. Es decir que la *ratio* y el *holding* de una sentencia quedan delimitados por los hechos a los cuales se aplican<sup>89</sup>. Solo cuando en un caso futuro existen hechos relevantemente análogos a los del precedente, su *ratio/holding* obliga, tiene autoridad. Por ello, preguntarse “‘¿cuál es el *holding* [o la *ratio*] de un caso?’”, es en realidad preguntar: ‘¿Cuáles situaciones fácticas puede decirse que la regla de derecho de ese caso gobierna?’, es decir, ‘¿Para cuáles casos futuros constituye la decisión de ese caso una autoridad vinculante?’”<sup>90</sup>.

Así pues, retomando la definición brindada en la sección anterior de este trabajo, la regla de *stare decisis* puede reformularse en los siguientes términos más circumscripciones: es la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a la *ratio/holding* de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía coordinada (*stare decisis horizontal*) o superior (*stare decisis vertical*). Sin referirse al “*holding*”, dado que siguen la terminología prevaleciente en Inglaterra, Cross y Harris resumen la idea diciendo que de acuerdo con la doctrina de *stare decisis* lo que obliga son las *rationes decidendi* de los casos. Todo consiste, pues, en “*stare rationibus decidendi*”<sup>91</sup>.

Fecha de recepción: 22 de diciembre 2005

Fecha de aceptación: 7 de marzo 2006

<sup>88</sup> *Quinn v. Leathem*, [1901] AC 459, 506.

<sup>89</sup> Cfr. GARAY (1997) pp. 64-65. En las pp. 72-74 de este trabajo, Garay explica acertadamente lo que afirmamos en el texto al que acompaña esta nota tomando como ejemplo el famoso caso *Siri* de la Corte Suprema argentina.

<sup>90</sup> JONES (1980) p. 118.

<sup>91</sup> CROSS y HARRIS (1991) p. 100.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALGERO, Mary (2005): “The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation”, *Louisiana Law Review*, v. 65 N° 2.
- ALLEN, Carleton Kemp (1969): *Las fuentes del derecho inglés* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos).
- AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica*.
- BAILEY, S.H. y GUNN, M.J. (1996): *Smith and Bailey on The Modern English Legal System* (tercera edición, Londres, Sweet & Maxwell).
- BARRETT, Amy Coney (2003): “*Stare Decisis* and Due Process”, *Colorado Law Review*, N° 74.
- BIANCHI, Alberto B. (2001): “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)”, *El Derecho. Serie Especial de Derecho Constitucional*, T. 2000/2001
- BIANCHI, Alberto B. (2002): *Control de Constitucionalidad* (segunda edición, Buenos Aires, Ábaco) v. I
- BLACK’S LAW DICTIONARY (1990), West, St. Paul, Minn, sexta edición
- CAMINKER, Evan H. (1994): “Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?”, *Stanford Law Review*, N° 46.
- CAPPELLETTI, Mauro (1989): *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Oxford, Clarendon Press)
- CLARK, David S., y ANSAY, Tugrul (coord.)(2002): *Introduction to the Law of the United States* (La Haya, Kluwer)
- COOPER, C.J. (1988): “*Stare Decisis*: Precedent and Principle in Constitutional Adjudication”, *Cornell Law Review*, N° 73.
- COLUMBIA LAW REVIEW (1959): “*Stare Decisis* and the Lower Courts: Two Recent Cases”, *Columbia Law Review*, N° 59.
- CROSS, Rupert y HARRIS, Jim W., (1991): *Precedent in English Law* (4ª edición, Oxford, Clarendon Press).
- CUETO RÚA, Julio César (1997): *El Common Law* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot)
- FARNSWORTH, E. Allan (1990): *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos* (traducc. de ABELEDO, H., Buenos Aires, Zavalía)
- GARAY, Alberto F. (1991): “La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (Aspectos elementales del objeto y la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso *Montalvo*)”, *Jurisprudencia Argentina* (1991), tomo II, p. 870.
- GARAY, Alberto F. (1997): “El precedente judicial en la Corte Suprema”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 2, N° 1 y 2
- GINSBURG, Jane C. (2004): *Legal Methods* (segunda edición, New York, Foundation Press)
- GOODHART, Arthur L. (1934): “Precedent in English and Continental Law”, *Law Quarterly Review*, N° 50.
- GOTTHEIL, Julio (1960): *Common Law y Civil Law* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- FINNIS, John (1998): *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press)

- FINNIS, John (2000): *Ley Natural y Derechos Naturales* (traducc. de ORREGO, Cristóbal, Buenos Aires, Abeledo-Perrot)
- FINNIS, John (2004): *Research Methodology in Jurisprudence* (Handout, Hilary Term) manuscrito
- HART, H.L.A. (1994): *The Concept of Law* (2<sup>a</sup> edición, Oxford, Clarendon Press)
- JONES, Harry W.; KERNOCHAN, John M.; y MURPHY, Arthur W. (1980): *Legal Method: Cases and Materials* (Nueva York, The Foundation Press)
- LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos F.; y PEGORARO, Lucio (coord.) (2000): *Nuevo Derecho Constitucional Comparado* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch)
- MACCORMICK, Neil (1987): “Why Cases have *Rationes* and What These Are”, VV.AA. (coord. GOLDSTEIN, L.) *Precedent in Law* (Oxford, Clarendon Press)
- MOSCHZISKER, Robert (1924): “Stare Decisis in Courts of Last Resort”, *Harvard Law Review*, N° 37, p. 409.
- OTEÍZA, Eduardo, *El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación. Relato general por América Latina* (manuscrito).
- RAZ, Joseph (1991): *Razón Práctica y Normas* (traducc. de MANERO, J.R., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein (1998): *Introduction to Comparative Law* (traducc. WEIR, T., 3<sup>a</sup> edición revisada, Oxford, Clarendon Press).

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Agostini v. Felton* (1997): Corte Suprema de los EE.UU., 521 U.S. 203
- Bowers v. Hardwick* (1986): Corte Suprema de los EE.UU., 478 U.S. 186
- Burnet v. Coronado Oil and Gas Co* (1932): Corte Suprema de los EE.UU., 285 U.S. 393
- Edelman v. Jordan* (1974): Corte Suprema de los EE.UU., 415 U.S. 651
- Glidden Co. v. Zdanok* (1962): Corte Suprema de los EE.UU., 370 U.S. 530
- Hohn v. United States* (1998): Corte Suprema de los EE.UU., 524 U.S. 236
- Horton v. Sadler* (1966): Casa de los Lores [1966] 1 WLR 1234
- Hubbard v. United States* (1995): Corte Suprema de los EE.UU., 513 U.S. 695
- Illinois Brick Co. v. Illinois* (1977): Corte Suprema de los EE.UU., 431 U.S. 720
- Johnson v St. Paul Mercury Insurance Co.* (1970): Corte Suprema de Louisiana, 236 So. 2d 216, 218
- Lawrence v. Texas* (2003): Corte Suprema de los EE.UU., 539 U.S. 558
- London Tramways v. London County Council* (1898): Casa de los Lores, [1898] AC 375
- Monell v. Department of Soc. Svcs.* (1978): Corte Suprema de los EE.UU., 436 U.S. 658
- Patterson v. McLean Credit Union* (1989): Corte Suprema de los EE.UU., 491 U.S. 164
- Payne v. Tennessee* (1991): Corte Suprema de los EE.UU., 501 U.S. 808
- Planned Parenthood v. Casey* (1992): Corte Suprema de los EE.UU., 505 U.S. 833
- Quinn v. Leathem* (1901): Casa de los Lores, [1901] AC 459, 506.
- Seminole Tribe of Florida v. Florida* (1996): Corte Suprema de los EE.UU., 571 U.S. 44
- Smith v. Allwright* (1944): Corte Suprema de los EE.UU., 321 U.S. 649
- Thomas v. Washington Gas Light Co.* (1980): Corte Suprema de los EE.UU., 448 U.S. 261