

Archivo enviado desde AbeledoPerrot OnLine

09/ 08/ 2004

Citar Lexis N° 0003/010404 ó 0003/010406

Género:

Doctrina

Título:

Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio

Autor:

Monaghan, Henry P.

Fuente:

JA 2004-I-965 - SJA 10/3/2004

DERECHO - 12) Derecho extranjero

PODER JUDICIAL - 02) Corte Suprema de Justicia - i) Sentencias y resoluciones

Tomar seriamente las sentencias de la Corte Suprema surgió como tópico de discusión durante un almuerzo con algunos secretarios letrados de la Corte Suprema al que asistí el año pasado. De algún modo confluimos en un caso que había resuelto un tribunal federal de primera instancia integrado por tres jueces [Nota del traductor (a)].

A su respecto opiné, confiadamente, que estaba "seguro" de que la sentencia apelada sería revocada por la Corte Suprema en base a principios anunciados en decisiones anteriores. Los secretarios fueron un ejemplo de cortesía y circunspección; de allí en adelante jamás me confiaron que la sentencia iba a ser confirmada (por voto dividido) (1).

Sin embargo, a poco de haber anunciado mis puntos de vista sobre ese caso uno de los secretarios comenzó a aguijonearme preguntándome si no se trataba, simplemente, de que yo me tomaba las sentencias de la Corte "demasiado en serio". En apoyo de mi opinión anterior le expresé que, a mi entender, la noción de fallar con base en principios jurídicos tenía todo lo necesario como para sobrevivir a las presiones internas en conflicto dentro de la Corte Suprema. Volviéndome sobre un ex alumno, nos trabamos en lo que pensé que era un ejemplo formidable de un diálogo socrático:

P.: Cuando Ud. estuvo en la revista de la facultad, ¿tomaba en serio lo que se decía en las sentencias de la Corte Suprema?

R.: Sí.

P.: Cuando Ud. consumió el verano trabajando en el estudio jurídico X, ¿tomaba en serio lo que se decía en las sentencias de la Corte Suprema?

R.: Sí.

P.: Cuando el año que viene se dedique al ejercicio de la profesión, ¿tomará en serio lo que se diga en las sentencias de la Corte Suprema?

R.: Sí.

P.: ¿Piensa Ud. que es un poco extraño que la única institución que no toma en serio lo que se dice en las sentencias de la Corte Suprema es la propia Corte Suprema?

R.: (Una sonrisa).

No obstante, como se vio luego, esta demostración "perfecta" no poseía la excelencia que aparentaba. El Prof. Jones está seguramente en lo cierto al destacar que tanto en las sentencias que interpretan la Constitución cuanto en las que interpretan leyes, "a medida que el texto envejece y los materiales interpretativos se acumulan, el foco de la atención judicial y profesional se desvía del... texto y de la historia de la norma hacia los precedentes judiciales. Ahora, la fundamentación de un caso no tiene como base el texto constitucional... sino la regla que será derivada, por análisis y síntesis, de los precedentes judiciales que interpretan aquel texto" (2).

De este modo, los tribunales inferiores, los abogados, los profesores y los estudiantes de Derecho no tienen mayor alternativa práctica que tomar seriamente no sólo lo que la Corte Suprema hace sino también la mayoría de lo que dice en apoyo de lo que hace (3) [Nota del Traductor (b)].

Sin embargo, el modo en que la Corte Suprema o sus ministros debieran ver los precedentes presenta cuestiones de otro orden [Nota del traductor (c)].

Si bien la cuestión no está exenta de problemas, existe acuerdo generalizado acerca de que cualquier esfuerzo de la Corte encaminado a abandonar o ceñir el alcance de sus precedentes debiera estar acompañado de franqueza e imparcialidad (4).

La Corte de la que fue presidente Warren Burger recibió una crítica dura pero justificable sobre este punto en una amplia variedad de contextos, que abarca desde el ceñimiento de la doctrina que emana del caso "Miranda" (5) hasta el principio que afirma que la injuria proferida por un funcionario estatal, por sí misma, no involucra ninguna libertad protegida por la Enmienda Catorce (6) [Nota del traductor (d)].

Fuera de las consideraciones relativas a la imparcialidad judicial el problema se torna más complicado. La cuestión referida a la adecuada autoridad interna de las sentencias de la Corte -su efecto stare decisis- no se resuelve por la observación de que otros tribunales quedan obligados a seguirlas (7) [Nota del traductor (e)].

Inclusive, la herencia recibida por la mayoría de los ministros y autores niega que los miembros de la Corte están o debieran estar realmente constreñidos por el stare decisis. La frase clave a menudo adosada a tal posición es que el stare decisis posee "menos peso" en

casos constitucionales (8), lo cual usualmente significa que el stare decisis no posee peso cuando se percibe que un tema de derecho constitucional, para una mayoría de la Corte, necesita ser corregido.

Esta voluntad encaminada al abandono del stare decisis no es justificada por las explicaciones usualmente empleadas, a saber: la perogrullada creída a medias de que la única regla "correcta" para decidir el caso es "la Constitución misma y no lo que [la Corte] ha dicho acerca de ella" (9), o la afirmación indiscriminada acerca de una necesidad social y política de descubrir la regla constitucional "correcta" en cada caso (10), o la inhabilidad de la legislatura para dejar sin efecto la sentencia "errónea" a través de los procesos políticos ordinarios (11).

Al menos entre los autores el nivel de indiferencia hacia (o inclusive de disgusto por) el stare decisis echa sus verdaderas raíces en otro sitio. En parte está en función de la filosofía constitucional que sostiene cada autor. Aquellos que, como el Prof. Tribe, declaran que las cláusulas constitucionales clave poseen "textura abierta" y "descubrible" reconocen la naturaleza contraproducente de toda insistencia sobre el stare decisis (12) [Nota del traductor (f)].

Esto es verdad, a fortiori, respecto de quienes ven a la Corte Suprema como un "médico" responsable por el cuidado permanente de un paciente "vivo", y uno tiene esperanza de que además esté "robusto" [la Constitución]; difícilmente puede esperarse que ellos reciban con los brazos abiertos los dedos huesudos de la mano muerta del pasado que se entrelazan en la garganta del paciente. Además, el stare decisis es simplemente una inoportuna molestia para los autores cuyo interés se centra alrededor de los límites externos y en los expansivos territorios del derecho constitucional. Como estos autores creen que sus construcciones constitucionales favoritas no serán demolidas, están empeñados en racionalizar la materia restante de acuerdo con sus creencias individuales. Tal proceso necesariamente involucra algunos apartamientos de precedentes, y estos autores están dispuestos a abandonar el stare decisis ante la oportunidad de alojar sus propias elucubraciones dentro de la Corte.

De modo más fundamental, el rol mínimo que el stare decisis cumple en casos constitucionales refleja la correspondiente debilidad que la doctrina posee en la esfera del common law. El decano Levi postula que la doctrina norteamericana del stare decisis permite a un tribunal realinear casos anteriores conforme ese tribunal percibe los hechos relevantes; la percepción de los hechos del tribunal que establece el precedente, o las doctrinas en función de las cuales se resuelve el caso, o las teorías operativas no obligan al tribunal que con posterioridad debería aplicar el precedente (13) [Nota del traductor (g)].

Con toda seguridad el decano Levi captura la esencia de la actitud profesoral hacia los casos. Por muchos años los profesores han asombrado a los estudiantes con sus racionalizaciones perspicaces de las sentencias. ¿Qué alumno no se ha maravillado ante el "En realidad estos casos no reflejan...", o algún encantamiento similar? (14).

Aun si el decano Levi no describiera con precisión la actitud de los jueces de hace treinta años, con seguridad encontraría muchos compañeros entre las nuevas camadas de ingenieros sociales que, en número creciente, están asumiendo como jueces. Además, estos jueces se sienten cómodos apartándose de aquellos precedentes que no son capaces de racionalizar (15) [Nota del traductor (h)].

Por ello sólo sería una pequeña exageración decir que, en el área perteneciente al common law, el stare decisis ya no es una doctrina justificatoria. Más bien, es simplemente un estilo expositivo o una técnica que impele a un tribunal, hasta donde sea practicable, a colocar "las situaciones que están juzgando dentro de la clase genérica a la que pertenece alguna decisión preexistente" (16).

La fragilidad del stare decisis en el área del common law no es, simplemente, el reflejo de rápidos cambios sociales y económicos. También está en función de corrientes del pensamiento difundidas y sentidas profundamente. Desde el siglo XVII el mundo occidental ha sido testigo de una evidente declinación en cuanto a las ideas de permanencia de cualquier forma de orden social o intelectual, declinación que se ha acelerado de modo brusco en el siglo XX (17).

En los Estados Unidos esta pendiente ha sido reforzada por el surgimiento y dominación del pragmatismo filosófico y de su doncella doctrinal, el "instrumentalismo pragmático" (18).

Estos desarrollos generan la actitud de que "en cada caso, la existencia del derecho debe ser alegada y probada" (19), con el resultado inevitable de que cualquier apelación a la autoridad del precedente posee una innata falta de atractivo (20).

Y si el stare decisis no puede mantenerse sujetado al sistema del common law que lo generó, ¿puede maravillar a alguien que esto sea aún peor en la atmósfera de alta presión del derecho constitucional?

Pero ¿qué de aquellos de nosotros que poseemos una visión acotada del poder de los jueces a la luz de la Constitución, particularmente aquellos de nosotros que le reconoceríamos un peso determinante a la intención de los constituyentes, concebida ella de modo modesto, para interpretar cláusulas constitucionales? ¿Podemos también ignorar los reclamos del *stare decisis*? Dudo mucho del acierto de tal punto de vista, dado que sus consecuencias son, para mí, demasiado desestabilizadoras (21).

Por ejemplo, más allá de lo acertado o no desde el punto de vista de la intención del constituyente en cuanto a que el voto en elecciones estatales es un acto protegido por la sección uno de la Enmienda Catorce (22) [Nota del traductor (i)], o que la cláusula impone lo sustancial de la Primera Enmienda sobre los Estados (23) [Nota del traductor (j)], cada una de estas decisiones están ya demasiado incrustadas en el orden constitucional como para que se autorice su revisión (24).

Yo pienso que un individuo nombrado en la Corte no podría responsablemente basar su voto, en casos relevantes, sobre la teoría de que sólo el gobierno nacional está obligado a respetar la libertad de expresión o la teoría de que la Enmienda Catorce impide que se establezcan condiciones al sufragio (25). Ni -si bien ésta es una cuestión diferente- que cinco ministros podrían decidir responsablemente de ese modo, si bien podría argumentarse fundadamente en tal sentido si estas cuestiones fueran consideradas de novo. La historia tiene sus reclamos, al menos cuando se han formado expectativas firmes del cuerpo político en torno de una doctrina constitucional.

Para mí, también existen problemas difíciles vinculados al *stare decisis* a un nivel más modesto. El caso de la manifestación popular en el centro comercial ilustra mis dificultades (26). Cualquiera sea el acierto del holding inicial acerca de que manifestar en un centro comercial privado es una actividad constitucionalmente protegida, la conveniencia de las decisiones posteriores que estrangulaban y enterraron ese holding presentan claramente cuestiones de otro orden (27). "Roe v. Wade" (28) presenta una cuestión similar. Si bien considero que el caso fue decidido de modo incorrecto (29), ahora sería renuente a perturbar su autoridad (dejando pasar por alto la cuestión relativa al alcance de esa "autoridad").

La decisión de la Corte recaída en el caso "Lalli v. Lalli" (30) durante el término pasado ofrece un ejemplo paradigmático de alguna de mis preocupaciones. "Lalli" tipifica el frecuente descuido judicial de no considerar o no mostrar cómo debe manejarse el precedente en un caso particular. Por una votación de cinco a cuatro la Corte rechazó el argumento referido a la inconstitucionalidad -por violar la igualdad ante la ley- de una ley sucesoria que exigía a los hijos ilegítimos que presentaran pruebas específicas de la paternidad del causante a fin de poder heredar (31).

Los ministros disidentes advirtieron que esta decisión entraba en conflicto directo con el "razonamiento" que había guiado la sentencia pronunciada en el caso "Trimble v. Gordon" (32), caso que había sido resuelto sólo dos años antes. Al no encontrar razones para apartarse de la sentencia dictada en "Trimble", los disidentes afirmaron que los recaudos legales exigidos en la ley bajo análisis en "Lalli" también violaban la cláusula de la igualdad ante la ley (33). Los ministros Blackmun y Rehnquist fueron dos de los cinco que integraron la mayoría que convalidó la ley, con el argumento simple e inexplicado de su rechazo a lo resuelto en "Trimble" (34).

El ministro Powell, a cuyo voto adhirieron el presidente Burger y el ministro Stewart, proporcionó lo que, a mi modo de ver, constituía una base razonable para distinguir el presente caso de "Trimble" (35). Al hacerlo racionalizó por completo los elementos decisivos del caso "Trimble", brindando de tal modo un ejemplo de libro del juez del common law que tipifica el decano Levi (36).

Lo que es profundamente desestabilizante en cuanto a la actitud de los jueces que integraron la mayoría en "Lalli" respecto del precedente de la Corte es su aparentemente inconciente y ciertamente inarticulada presuposición acerca del verdadero rol del precedente en materia constitucional.

Reconozco que es un problema complicado y que en cualquier teoría del stare decisis los problemas referidos a los criterios adecuados para apartarse del precedente van a tornar en consideraciones referidas a lo que constituye un "precedente" a los fines de esa misma teoría (37).

No obstante, el punto crucial es que, como mínimo, debería exponerse de modo consciente (38) y articulado alguna concepción del stare decisis. Más allá de ello, necesitamos discutir extensamente sobre el rol que debe cumplir el precedente en los casos constitucionales. Espero que la preocupación académica actual en cuanto a cuestiones fundamentales de teoría constitucional incluirá consideraciones serias sobre esta materia (39).

Si bien esto está en contra de lo que la mayoría sostiene actualmente, quizás en algunas áreas del derecho constitucional pueda mantenerse una versión más fuerte de la doctrina del stare decisis de la que actualmente existe en el common law. El desafío que in limine formula el Prof. Tribe a cualquier esfuerzo de formular una doctrina consistente no me parece algo imposible de superar. El Prof. Tribe alega que cualquier uso del stare decisis es necesariamente carente de contenido y subjetivo: se trata de una doctrina "discrecional",

empleada inevitablemente "como medio de dejar selectivamente en pie sólo aquellas decisiones que los autores consideran equivocadas pero cuyo abandono inclusive ellos juzgan impensable" (40).

Si bien esta observación posee fuerza, no existe razón para presumirla a priori. El Prof. Tribe también pregunta: "Si se van a preservar las piedras angulares de la jurisprudencia del pasado, ¿el hecho de tener que resolver de un modo basado en principios no fuerza también a la preservación de los modos abiertos de interpretación que esas decisiones abarcan de un modo inescapable?" (41).

Seguramente este punto de vista es discutible. Aparte de la línea actualmente desacreditada de casos pertenecientes a la era "Lochner" (42), ¿cuántas decisiones admiten, abiertamente, "modos abiertos de interpretación"? [Nota del traductor (k)].

Virtualmente en cada caso la Corte hace un esfuerzo -a menudo considerable- para rechazar tal posibilidad y, al mismo tiempo, encontrar un lugar textualmente aceptable para los resultados a los que arriba. A la luz de las críticas actuales que niegan explícitamente el poder de la Corte para proceder de un modo "abierto", el tribunal seguramente no puede invocar que el stare decisis estableció el poder que precisamente la Corte ha negado de modo tan persistente (43).

Mi propósito aquí no es presentar una teoría completa del rol apropiado del stare decisis en casos constitucionales. Necesito mucho más tiempo de estudio y reflexión para hacer ese esfuerzo, inclusive de modo tentativo. Es suficiente decir que si la doctrina del stare decisis va a tener alguna viabilidad en casos constitucionales -cuestión ésta, abierta- pienso que tendrá que estar completamente despojada de cualquier dependencia con analogías del common law (44), tanto en lo que hace al significado del "precedente" (45) como a la justificación para modificarlo o abandonarlo (46).

Aquí sugiero, sin embargo, que antes de que uno pueda teorizar acerca del contenido posible de la doctrina, debe considerar, en primer lugar, qué condiciones subyacentes son presupuestas, si lo son, para el desarrollo de cualquier teoría acerca del stare decisis. En términos generales, uno debe considerar en qué medida las posibilidades del stare decisis son afectadas por premisas de hecho y normativas referidas a la naturaleza del proceso judicial de apelación. Puesto que pienso que el tribunal que es llamado a aplicar un precedente (pero que no fue el que dictó esa sentencia) evaluará esos precedentes, tanto los cercanos cuanto los distantes, frente a ciertas concepciones acerca de cómo trabaja un tribunal o cómo lo hizo el que dictó la sentencia que hoy es vista como precedente. Aun

cuando estas concepciones a menudo estarán por debajo del nivel de lo consciente, ellas estarán presentes.

Aquí nos preocupan algunas suposiciones generalmente inadvertidas hechas en conexión con la conducta decisoria de un tribunal judicial colegiado. La más importante de ellas es la presuposición de que "las sentencias de la Corte" tienen un carácter colectivo, esto es, que ellas representan la visión compartida, en todos los puntos de importancia, de aquellos que firman la sentencia. Esa suposición, en cambio, descansa sobre la premisa procesal de que las operaciones internas de los tribunales de apelación están tan estructuradas que pueden ocurrir intercambios colectivos de opinión entre los miembros del tribunal; esto es, creemos, que el proceso de apelación es uno que permite la creación de espacio para que se produzca "la maduración de un pensamiento colectivo" (47).

En los casos fáciles el proceso de maduración es relativamente instantáneo, desde que la respuesta correcta se hace rápidamente evidente; en los casos difíciles el proceso de maduración ocurre más lentamente en tanto crece la necesidad de un intercambio de opiniones. El paradigma es un tribunal compuesto de tres jueces, en el cual se supone que se dicta sentencia sólo luego del requerido intercambio de puntos de vista entre sus jueces. La existencia de opiniones concurrentes y disidentes refuerza la idea común de que el tribunal opera dentro de un contexto que alienta y estimula el intercambio entre los jueces.

En un momento particular nuestros presupuestos acerca del proceso "clásico" sólo reflejarán parcialmente la realidad. El más claro indicador de este hecho es la medida en que cualquier grupo de relatores de tribunales de apelación es sorprendido por la disparidad existente entre sus presuposiciones acerca de cómo se deciden los casos en un tribunal de apelación y cómo, a menudo, ellos son de hecho resueltos. Ese "despertar a la realidad" se manifiesta no sólo a partir de discusiones específicas sobre el tema, sino que se refleja también en su apenas ocultable pasatiempo de descubrir que sus (alguna vez) estimados profesores escriben artículos a través de los cuales procuran influir en el desarrollo del derecho judicial. Por cierto, nosotros preparamos bastante mal a nuestros alumnos con respecto a las premisas del modelo clásico, pues ellos llevan a sus tribunales la presuposición de que las razones deben preceder a "los juicios" iniciales del tribunal, en vez de dejarse guiar por estos últimos, ignorando así la distinción entre el proceso de justificación de una decisión y los estados psicológicos que lo acompañan (48). Sin embargo, una porción de lo que ven los secretarios -por ejemplo, las negociaciones en torno de los votos y la indiferencia judicial- no es reconciliable con el modo clásico acerca de cómo debería funcionar un tribunal. Pese a ello, yo estoy impresionado por la tenacidad del modelo clásico. Sus presuposiciones acerca de la conducta de los jueces son ampliamente compartidas. Para mí, el ejemplo más claro es, nuevamente, la actitud de los secretarios letrados luego de que ellos comienzan el ejercicio de la profesión o se transforman en profesores. Gran parte de su cinismo desaparece. Qué frecuentemente dicen: "¿Qué quiere

decir aquí el tribunal? ¿Cómo pudo el tribunal haber dicho aquello? ¿Cómo pudo el ministro X haber compartido ese voto a la luz de lo que él dijo en...?"

Acepto la visión del ministro Jackson en cuanto a que "la cosa más esencial de un precedente duradero es que el tribunal o la mayoría que lo establezca esté verdaderamente comprometida con sus principios" (49). Mi preocupación estriba en las características institucionales del procedimiento interno de la Corte Suprema en tren de elaborar una sentencia. Esas características, observadas de un modo realista, ¿impiden de hecho el compromiso judicial respecto de los principios establecidos? Siempre ponemos énfasis en destacar la relativa superioridad institucional de la Corte Suprema respecto de los otros órganos del gobierno nacional para desarrollar un cuerpo estable y coherente de derecho constitucional. La inamovilidad de sus integrantes, su aislamiento del proceso político, el procedimiento judicial para examinar y decidir cuestiones y el registro de sus resultados contribuyen a esa superioridad (50).

La opinión escrita es tanto el receptáculo cuanto el símbolo de esas ventajas. No obstante ello, tendemos a ignorar la cuestión de si la Corte Suprema, en realidad, no trabaja bajo exclusivas desventajas estructurales que perjudican la premisa clásica de que sus miembros comparten los puntos más importantes anunciados "en la opinión de la Corte" [Nota del traductor (l)].

Puesto de otro modo, la pregunta es la siguiente: aun presuponiendo que las sentencias de la Corte están fundadas adecuadamente en principios, dada la manera en la cual esas sentencias son de hecho concebidas, ¿en qué medida ellas deben ser vistas como conteniendo no más que los principios de sus autores?

El problema puede ser presentado dentro de un contexto histórico diferente y quizás más claro. En su estudio de la Corte Suprema de la época de la reconstrucción el Prof. Fairman proporciona la siguiente descripción acerca de cómo operaba internamente la Corte:

Luego de ingresar por la mesa de entradas un caso debía aguardar entre dos y tres años antes de que pasara al estadio de los alegatos orales... [Nota del traductor (m)].

Si bien esta espera era demasiado larga, el proceso que insumía su consideración era demasiado superficial. De ordinario, el intervalo que corría entre el alegato y la decisión era de alrededor de un mes; a veces era menor. Cuando una sesión [Nota del traductor (n)] duraba alrededor de diecisiete semanas, más o menos, las sentencias debían ser dictadas

con celeridad. Por lo general, la Corte discutía y votaba un caso el sábado siguiente al alegato oral. El ministro a quien se asignaba la redacción de la sentencia demoraba en hacerlo alrededor de dos o tres semanas. Luego él llevaba su proyecto manuscrito al acuerdo y allí lo leía de viva voz frente a sus pares. Esta práctica genera dudas: generalmente los otros ministros no tendrían oportunidad de leer la sentencia y reflexionar sobre el texto. Un sábado habría deliberación y votación de casos todavía sin decidir, más las exposiciones de las sentencias ya preparadas. Tal exposición "muestra la demostración" (una de las frases del ministro Clifford) de que la Corte, como cuerpo, no podría haber examinado las sentencias para sopesar el sentido de las expresiones y de las omisiones. En tanto los ministros estaban satisfechos con los puntos más importantes, el autor estaba en libertad, se infiere, de elegir el lenguaje. De ello se sigue que existe menos fundamento del que podría suponerse para atribuir a la Corte el lenguaje utilizado, y se está más legitimado para tratar la composición (para mejor o peor) como mostrando las cualidades de su autor. Evidentemente no había un alto sentido de responsabilidad corporativa.

Podían existir disidencias de la opinión mayoritaria, o de algún punto particular de un holding; pero las constancias de desacuerdos individuales o de dudas acerca de las implicancias o de los dicta [Nota del traductor (o)] eran raras (51).

Dado el proceso que describe Fairman, las decisiones de la Corte Suprema de la época de la reconstrucción no pueden ser caracterizadas seriamente como los resultados de un mecanismo diseñado para alcanzar "la madurez de un proceso de pensamiento colectivo". Obviamente, los miembros de la Corte podían frecuentemente compartir una "opinión de la Corte" el día en que era leída en el acuerdo [Nota del traductor (p)], por la simple razón de que ellos estaban de acuerdo "en general" con su contenido. Esto es tan claro como que ese acto no podía comprometer a los ministros con todo lo que se decía en la sentencia, y es presumible que así ellos lo hayan entendido. Un ministro podía insistir de buena fe en que él no se sentía obligado por los dicta de la sentencia, concebidos éstos de un modo amplio, y aun cuando los tribunales inferiores y los abogados tuvieran en este aspecto mucho menos margen de maniobra. Por cierto que un miembro de esa Corte -sin decir nada respecto de los futuros integrantes- podía insistir en una distinción entre el holding del caso precedente y las normas, principios o razones sobre los que se fundaba -entre el stare decisis y el stare dictis- y sentirse personalmente obligado sólo por el primero (52).

Investigaciones similares son pertinentes con respecto a las características de la conducta presente de la Corte Suprema. ¿Cómo opera la Corte al concebir las sentencias que pronuncia? Esta pregunta, en el marco de la ciencia de la conducta, es una a la que se le pueden ofrecer respuestas tentativas. Pero, en realidad, la pregunta difícil es la de teoría. ¿Nos preocupa? Nuestra tradición es ver "la opinión de la Corte" como reflejando en alguna medida un acuerdo colectivo. ¿En qué medida esta premisa (y el modelo clásico que la sustenta) es una construcción fáctica o normativa? En la medida en que la conducta actual de la Corte Suprema se aparte del modelo clásico al concebir las sentencias, ¿pueden sus

miembros descontar mucho de lo que está contenido en "la opinión de la Corte" aun cuando un descuento similar sería inapropiado en la profesión? Estoy en condiciones de ofrecer algunas respuestas tentativas, fácticas y normativas.

El estudio de la cuestión podría comenzar útilmente destacando el carácter perturbador de una parte considerable de la controversia reciente, emergente desde el seno mismo de la Corte Suprema, que estuvo centrada en lo que la Corte no es capaz de hacer.

Reiteradamente se ha sugerido que la cantidad de casos que exigen una resolución definitiva son tantos que sería necesario proceder a la creación de un tribunal intermedio (53).

"No estamos ante una situación saludable" ha dicho recientemente el presidente de la Corte Suprema, William Burger, "cuando asuntos que necesitan de una resolución definitiva deben permanecer irresueltos debido a que estamos aceptando más casos de los que podemos resolver del modo que ellos merecen (54).

"He aludido al carácter perturbador de la preocupación actual acerca de lo que la Corte no está haciendo puesto que se ha desviado la atención de una preocupación más antigua y, en mi opinión, más medular. ¿Está la Corte haciendo demasiado (así como demasiado poco) en cuanto a sus esfuerzos por resolver casos que merecen una resolución definitiva?"

Hace mucho Henry Hart sostuvo que la Corte estaba "intentando decidir más casos de los que [podía] resolver bien", con la consecuencia de que muchas sentencias no sólo fallaban en "iluminar genuinamente", sino que fallaban inclusive a la luz de estándares mucho más elementales de idoneidad (55).

El Prof. Hart pensaba que la producción excesiva de la Corte deterioraba la calidad racional de sus opiniones; existía, decía él, un tiempo insuficiente como para que las opiniones reflejen el "proceso" que se necesitaba para "una maduración del pensamiento colectivo" (56). El juez Thurmond Arnold inmediatamente respondió con una defensa acalorada acerca de la calidad de las opiniones de la Corte (57).

Más fundamentalmente, sin embargo, él rechazó la creencia de Hart de que "si la Corte tuviera más tiempo para la maduración del pensamiento colectivo, la razón reemplazaría las visiones enfrentadas que actualmente están presentes en la Corte" (58). "No existe un proceso como éste", decía, "y jamás ha existido; hombres con firmes puntos de vista sólo endurecen sus posiciones en esas reuniones" (59).

El profesor-transformado-en-juez reprendió al profesor por proponer un modelo acerca de la toma de decisiones judiciales más apropiado, quizás, para lo que podría ser un tribunal de un "monasterio trapense", pero completamente inadecuado para la Corte Suprema. Esa Corte, decía él, "está hecha de hombres de convicciones profundas en tiempos de cambio revolucionario cuando el viejo orden da lugar a uno nuevo. Es así de simple" (60).

Las diferencias entre el juez Arnold y el Prof. Hart pueden explicarse, en parte, a través de sus diferentes enfoques de la naturaleza del poder de los jueces en casos constitucionales. Si bien ambos presuponían que era correcto que los jueces acudieran a "principios impersonales y durables" que no tenían base en el texto constitucional, el juez Arnold participaba de una concepción mucho más amplia del Poder Judicial para actuar "en tiempos de cambio revolucionario", concepción que a veces enturbia el lugar que le toca ocupar a la razón en decisiones constitucionales (61).

Más básico aún es el ataque implícito de Arnold a la comparación institucional de Hart entre la Corte Suprema y los tribunales "ordinarios" de apelación. Por cierto que uno podría destacar las diferencias surgidas de la naturaleza de las cuestiones sobre las que la Corte Suprema tiene la responsabilidad final, lo que seguramente es un factor importante en cualquier comparación entre la Corte Suprema y otros tribunales de apelación. Pero yo no estoy convencido de que la naturaleza de estas cuestiones establezca una diferencia crucial. Alguna atención debería dirigirse hacia la premisa de Hart acerca de que, en su proceso interno, la Corte Suprema no difiere notablemente de un tribunal "ordinario" de apelación, y, consecuentemente, como cualquiera de esos tribunales, sus opiniones debieran ser el resultado final de un proceso deliberativo adecuadamente estructurado (62).

Por otro lado, la formulación de Hart, atractiva como concepción, carece de claridad, al no definir la mecánica de ese proceso deliberativo (63). En cierto punto Hart puede ser leído como describiendo a la Corte Suprema como un interminable seminario de postgrado en el cual, por obra de un debate vigoroso y duro, se llega a un consenso acerca de aspectos fundamentales (64).

Así el juez Arnold interpreta a Hart cuando afirma que "hombres con firmes puntos de vista sólo endurecen sus visiones en tales reuniones" (65) y cuando finge desesperación ante la perspectiva de ser encerrado en un cuarto con Hart para alcanzar "la madurez del pensamiento colectivo" (66).

En ese modelo de seminario de postgrado las sentencias que reflejan el proceso de maduración son exteriorizadas periódicamente en nombre de los miembros del seminario. Evidentemente ese modelo aparece algo demasiado idealizado como para describir el modo en que cualquier tribunal de apelación de última instancia generalmente funciona; en todo caso, es seguro que no estamos frente a una descripción acertada del proceso que se registra en la Corte Suprema, al menos no desde que el presidente Marshall y sus cinco asociados compartieron ese lugar. Por cierto, los datos disponibles sugieren un modelo muy diferente de la práctica interna habitual de la Corte. Recientemente el juez Powell caracterizó a la Corte como una institución compuesta de "nueve bufetes jurídicos pequeños, independientes" y advirtió que en ocasiones un ministro puede no entrar a los despachos de los demás ministros durante un término completo de la Corte (67).

La naturaleza idealizada de la formulación de Hart es luego ilustrada por "The Brethren", el cual mostró, no por casualidad, los tironeos entre los jueces respecto de muchos casos, con el resultado final de que la construcción de una decisión parece demasiado frecuentemente un simple evento, una votación a mano alzada, más que un proceso de pensamiento colectivo reconocible como tal (68) [Nota del traductor (q)].

Aunque estas definiciones son por naturaleza descriptivas, ellas podrían ser vistas como teniendo consecuencias normativas. Más específicamente, puede pensarse que estas percepciones representan una concepción más bien débil acerca de la naturaleza del acuerdo colectivo contenida en la "opinión de la Corte". Yo pienso que una inferencia tal de estos hechos sería equivocada. La actitud "quédate-en-casa" del juez Powell puede ser vista como reflejando, más o menos, la conducta física de todos los jueces, pero, como demostraré, el carácter colectivo de la opinión está asegurado adecuadamente por otros mecanismos institucionales. Las "revelaciones" de "The Brethren" pueden ser asumidas como descriptivas de algo más que las idiosincrasias de los miembros de la Corte presidida por Burger; probablemente ellas describen una tendencia inherente en un cuerpo que, estando en el centro de la intersección del derecho y la política, necesariamente ejerce un gran poder. La tendencia hacia la sustitución de la razón por la voluntad -"Tengo cinco votos, ése es el modo en que distingo las decisiones contrarias"- es una que puede ser si no eliminada, al menos contenida. Ésa, al menos, es la fe de todos aquellos que están fuera de la Corte y que depositan tanta confianza en la capacidad del tribunal para actuar de un modo basado en principios. Esta confianza es, por cierto, la premisa teórica constitucional fundamental en este país. Si esta premisa de decisiones basadas en principios es sistemáticamente rechazada, el proceso de decisión constitucional es excomulgado del sistema jurídico con el que tratan los abogados. Nuestras tradiciones jurídicas rechazan en tanto premisa la visión, estructurada de diversas formas, de que la forma racional de las opiniones jurídicas simplemente enmascaran imperativos no racionales, los orígenes de los cuales pueden ser hallados en términos de factores económicos, en una psicología de las motivaciones, o en otras razones determinantes. Cualquiera sea el poder expositivo de estos enfoques en otros contextos, el orden jurídico hace un artículo de fe acerca de que existen aspectos racionales del proceso de construcción de una decisión humana que el proceso

judicial busca maximizar a través de su dependencia sistemática de mecanismos tales como la demanda y su contestación, la prueba, los alegatos orales y escritos, las apelaciones y -de central importancia- decisiones escritas expuestas a la crítica pública en cuanto a la adecuación de su razonamiento (69) [Nota del traductor (r)].

Por cierto, "The Brethren" inconscientemente muestra qué seriamente los ministros toman el carácter racional y colectivo de las sentencias de la Corte (70).

No obstante, aun rechazándose una visión puramente "política" (en el mal sentido) de la Corte, e inclusive si se contara con ministros idealmente bien predispuestos, aún entonces uno se debe preguntar si dificultades comparables a las que enfrentó la Corte de la reconstrucción (71) limitan tan intrínsecamente cualquier proceso de pensamiento colectivo que las sentencias no deberían ser vistas como reflejando las visiones compartidas de todos los ministros en los puntos más importantes. Dos factores, ambos referidos a tamaño, vienen a mi mente. El primero es, por cierto, el volumen completo del trabajo de la Corte. El segundo es el tamaño mismo de la Corte. Un atareado tribunal compuesto por nueve miembros, cada uno de los cuales posee una pequeña oficina jurídica de secretarios letrados y empleados, simplemente no puede funcionar regularmente al estilo colegiado, estilo abierto potencialmente a un tribunal con menos integrantes (72).

Estos factores evidencian que no podemos esperar que la Corte se "reúna para tratar" la mayoría de lo que hace. Pero, no obstante ello, no se presenta dificultad insuperable alguna que impida ver a las sentencias como reflejando algún acuerdo compartido, fruto de un adecuado proceso deliberativo. Porque es evidente que, al menos en teoría, uno puede separar el concepto mencionado en último término de cualquier modelo explícito o implícito de seminario de postgrado. La tecnología moderna, particularmente la máquina de escribir, la máquina de sacar fotocopias y la imprenta, permite -probablemente por primera vez desde los tiempos de Marshall- una visión de las sentencias de la Corte como conteniendo una expresión "colectiva". Aun nueve estudios jurídicos separados pueden producir pensamiento colectivo, no a través del habla sino por escrito. Los memoranda y los proyectos de sentencia pueden ser circulados y recirculados velozmente, y el proceso puede adquirir de modo satisfactorio el intercambio reflexivo de opiniones propuesto por Hart (73).

Inclusive, es muy probable que los intercambios de opinión por escrito sean más productivos a los fines de alcanzar un pensamiento colectivo de lo que son los debates orales; los intercambios por escrito ofrecen la posibilidad de contar con más tiempo para una reflexión mayor, revisiones cuidadosas, segundas versiones esmeradas, síntesis del pensamiento surgidas de ideas que decantaron con posterioridad y la posibilidad de escapar de la presión emocional propia de un debate cara a cara. Si, como dice el Prof. Amsterdam,

las sentencias de la Corte son vistas más adecuadamente como el producto de una "comisión" (74), su conclusión es claramente consistente con "el reconocimiento de que una sentencia de la Corte es responsabilidad de toda la Corte y no simplemente del ministro que la redacta" (75).

Sin embargo, existen varios aspectos del actual proceso de redacción de las sentencias, vistos desde un punto de vista conductista, que desaconsejan interpretaciones demasiado amplias de lo que se quiere significar al tratar a las sentencias como el continente del pensamiento colectivo. El caracterizar a las sentencias como el producto de una "comisión" es cierto sólo parcialmente. Una sentencia "puede ser escrita de infinitas maneras" (76), de allí que la opinión de cualquier tribunal colegiado refleja el análisis, el estilo y el uso de citas del juez que redactó la sentencia. El juez Schaefer observa que "las sutilezas que contenga una decisión judicial pueden expresar, y a menudo lo hacen, el sentido que les ha querido dar el ministro que redactó la sentencia". Pero, advierte, "esas sentencias no reflejan, realmente, la visión de la Corte como un todo" (77).

Por ello una sentencia es una mezcla de responsabilidad individual y colectiva. En consecuencia, a la luz del tiempo y de otro tipo de presiones que pesan sobre los otros ministros, soy reacio a interpretar de modo amplio ese "acuerdo compartido" en términos de ese proceso exclusivamente. Posiblemente, a los fines presentes, la dificultad sea superada si se limita la responsabilidad compartida de cada ministro a "todos los puntos de importancia": posponiendo intencionalmente esa oscura formulación para una elaboración futura (78).

El concepto relativo a "todos los puntos de importancia" -además de caracterizar el alcance del "acuerdo compartido"- suministra un marco para tratar los problemas sistémicos del proceso de redacción de proyectos de sentencias de la Corte Suprema. Es imposible responder a Hart en su insistencia en cuanto a que la Corte produce demasiadas sentencias cada año (79).

Es difícil dedicar una reflexión seria a tantos asuntos, aun reconociendo que algunos temas son tan simples que una resolución rápida no iría en desmedro de los valores inherentes al proceso de pensamiento colectivo. Seguramente el ministro White está en lo correcto al afirmar que la Corte no puede aumentar el volumen de su trabajo escrito (80).

En realidad la Corte debería reducir el volumen escrito, particularmente el de sus sentencias. En lugar de tomar ese camino, la Corte nos presenta un torrente de escritura cada vez mayor: desde crecientes y prolijas "opiniones de la Corte", a través de extensos votos concurrentes y disidencias, hasta elaboradas disidencias individuales en cuestiones

tales como denegatorias de certiorari y sobre el efecto suspensivo de ese recurso (81) [Nota del traductor (s)]. A mi ver, la Corte como un todo no es suficientemente disciplinada en estas cuestiones. Los medios (si no la causa) parecen evidentes: el aumento abrumador en la cantidad de secretarios letrados disponibles. Reconocer que los secretarios letrados frecuentemente redactan sentencias me parece probar poco, desde que la responsabilidad última es de los ministros, no de los secretarios letrados. Simplemente hay tanto a lo que uno puede prestar atención sería -y la mayoría de los ministros, para mí, escriben tanto-, que es difícil pensar que pueden atender seriamente todo lo que lleva el imprimatur de la Corte.

Finalmente, la Corte designa audiencias orales demasiado cerca del final del período de sesiones. Es necesario un alivio legislativo para evitar la increíble inundación de sentencias que se produce a mediados y fines de junio [Nota del traductor (t)].

La presión por "sacarse esto de encima" inevitablemente produce bien conocidos desastres intelectuales en cada período. Pero, pese a todo, ¿qué se hace? Ninguna teoría fundada acerca del stare decisis podría permitir un descuento muy grande del "acuerdo compartido" en las sentencias dictadas con posterioridad al 1 de junio de cada período.

Tomando en cuenta los factores descriptos más arriba, no veo que el proceso de elaboración de sentencias sea tan inarmónico como para que un ministro pudiera ver una sentencia como no representando de modo alguno el pensamiento colectivo; ni tampoco lo veo tan estructurado como para que cada aspecto de la sentencia pueda ser visto así. Alguna línea de acomodamiento, como la diferencia entre el holding y los principios en que se sustenta, o entre los principios y los dicta, puede ser formulada entre esos extremos. Tentativamente he sugerido una línea que las consideraciones basadas exclusivamente en el proceso de redacción dejaba abierta: las sentencias pueden ser tomadas con justicia como representando un acuerdo "en todos los puntos de importancia". Sin embargo, reflexionando acerca de la necesidad del trazado de alguna línea, pienso que Hart estaba fundamentalmente en lo cierto al insistir en lo "colectivo" como un aspecto del trabajo de la Corte. El pensamiento colectivo es algo más que una abstracción académica acerca de la naturaleza de un tribunal: es una meta obligatoria. Lo veo como un aspecto intrínseco de la "Corte Suprema" establecida por el art. III de la Constitución. Decir que cada miembro de esa Corte presta juramento de defender la Constitución según como él la ve, no como otros la ven (82), no nos desvía del punto. Desde que su designación es para una Corte Suprema, y ese concepto abarca algo muy diferente de ver a cada ministro como una mónada leibnitziana chocando con los otros independientes, aisladas mónadas, sólo al momento de la votación (83) [Nota del traductor (u)].

La concepción colegiada de una Corte Suprema lleva consigo consecuencias normativas específicas para sus miembros. El Prof. Hart correctamente insiste en que los votos emitidos luego de escuchar los alegatos orales deberían ser vistos como mucho más tentativos de lo que son en la práctica actual (84).

Y personalmente pienso que debería hacerse un esfuerzo aún mayor para reducir el número de opiniones concurrentes (85).

Obviamente esta reducción puede ocurrir sólo si los proyectos en circulación son tomados seriamente por los restantes miembros de la Corte y si, a cambio, el redactor del voto busca dar satisfacción a las sugerencias y a las objeciones de los demás. La medida en que esto vaya a ser tenido en cuenta realmente va a estar en función de la cantidad de recursos pendientes, del personal (los ministros) (86) y de la oportunidad (las cuestiones). Sin embargo, mi estudio del trabajo de la Corte en los últimos quince años me deja con una impresión distinta acerca de que existe una considerable e innecesaria fragmentación dentro de la Corte: que todo el potencial en favor de la unidad ha sido empleado de modo insuficiente.

En todo caso, es razonable insistir en que los puntos importantes en la "opinión de la Corte" sean comprendidos como el resultado de un proceso deliberado que refleje el punto de vista de los miembros que comparten la sentencia. Por cierto que algunas sentencias estarán fundadas de modo insuficiente, en el sentido de que contendrán oscuridades. A veces, si el redactor de la sentencia busca realmente lograr un producto colectivo, esto se producirá por la necesidad misma de llegar a un compromiso (87).

En otras ocasiones la oscuridad aparecerá en los casos difíciles: situaciones en las cuales la elaboración de un principio central no puede ser percibida adecuadamente sino hasta que se lo descubre en una serie de casos subsiguientes (88). Al fin de cuentas, perseguir la meta de una sentencia fundada que refleje un acuerdo compartido no es una exigencia de perfección imposible de realizar. Las premisas de nuestro sistema jurídico presuponen que en la práctica una sentencia fundada adecuadamente es una meta generalmente alcanzable y, en todo caso, una aspiración necesaria del proceso judicial.

De acuerdo con ello, las imperfecciones inevitables dentro del proceso de redacción de las sentencias no respaldan el argumento expuesto por el Prof. Amsterdam en cuanto a que en ella se pueden omitir apropiadamente factores que de hecho fueron tenidos en cuenta por los ministros (89). Si bien reconozco el atractivo pragmático de tal punto de vista, me parece totalmente incongruente con los conceptos centrales acerca del proceso que conduce a la elaboración de una sentencia fundada adecuadamente y expuesta a la crítica pública.

Para que efectivamente tengan sentido estos conceptos centrales deben gobernar tanto la realidad cuanto la apariencia de las sentencias judiciales. Si ciertas justificaciones no pueden expresarse en la sentencia, ellas no deberían ser tenidas en cuenta al momento de dictarla. Un ministro que inicialmente llegó a una decisión sobre la base de factores que no está dispuesto a hacer públicos como justificación está, en mi opinión, y en la medida en que sea humanamente posible, bajo el deber de reconsiderar su decisión excluyendo los factores que no puede revelar. A diferencia del Prof. Greenawalt, yo ni siquiera permitiría un "sacrificio ocasional" de este principio en orden a perseguir otros objetivos más acuciantes (90).

Reconozco que este artículo participa en algo de la calidad de una producción de "Hamlet" sin su príncipe. Ello es una consecuencia necesaria de tratar el tema del stare decisis en casos constitucionales sin desarrollar, al menos en forma tentativa, una teoría sustantiva del tópico. Sin embargo, tal esfuerzo debe esperar otro día: y deberá ser encarado con la mente abierta a la posibilidad de que ninguna teoría coherente pueda ser formulada. Aquí mis objetivos han sido más modestos: primero, demostrar que el tema es importante y merece una consideración renovada; y segundo, sugerir que nada intrínseco a la formulación de resoluciones de la Corte Suprema impide una visión inicial de la sentencia como un producto fundado en principios que representa tanto el pensamiento colectivo como el acuerdo conjunto respecto de "todos los puntos importantes". Descubrir cuál puede ser el contenido apropiado de un enfoque basado en "todos los puntos de importancia" permanece en proceso de gestación: la labor es dura, pero el cometido es atractivo.

NOTAS:

(*) Traducido por Alberto F. Garay, abogado, UBA., 1981; Magistri in Legibus 1990, Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia (EE.UU.). El presente es una traducción revisada del artículo cuyo título original y lugar de publicación fueron: "Taking Supreme Court opinions seriously", Maryland Law Review, vol. 39, 1979, n. 1, p. 1.

(**) Henry P. Monaghan es profesor de Derecho Constitucional "Harlan Fiske Stone" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia.

(a) Según relatan Hart, Wechsler y otros distinguidos autores, a partir del año 1910, y como consecuencia de diversos problemas que se originaron en algunos Estados a raíz de sentencias definitivas o interlocutorias dictadas por jueces federales de primera instancia que dificultaban o impedían el accionar de gobernadores u otras autoridades locales, el Congreso Federal instituyó los llamados Tribunales Federales de Primera Instancia de Tres Jueces o Three-Judge District Courts. Éstos se integraban con dos jueces federales de

primera instancia y uno de la Cámara Federal de Apelaciones con jurisdicción en el lugar. La competencia que originariamente se les atribuyó fue la de intervenir en solicitudes de interlocutory injunctions contra leyes estatales tachadas de inconstitucionales. Dichas interlocutorias eran motivadas por pedidos similares a lo que en nuestro derecho procesal conocemos como medidas de no innovar, interpuestas para impedir la ejecución de leyes que se reputaban inconstitucionales (Fiss, Owen, "Injunctions", 1984, The Foundation Press, p. 323). Parejamente, contra la decisión de los tres jueces existía una apelación directa ante la Corte Suprema Federal, salteando a la Cámara de Apelaciones respectiva. En la actualidad la intervención de estos tribunales ha sido sensiblemente acotada. Sin perjuicio de leyes específicas que requieren de la participación de Cortes así integradas, la cuestión se encuentra legislada en la sección 2284 del art. 28 del United States Code (Código de los Estados Unidos) (Fallon, Richard H., Melzter, Daniel J. y Shapiro, David L., "Hart and Wechsler's the Federal Courts and the federal system", The Foundation Press, Inc., 1996, p. 1212).

(1) El caso era "Foley v. Connelie", 435 US. 291 (1978). En "Foley" la Corte resolvió que una ley que permitía sólo a los ciudadanos de los Estados Unidos de Norteamérica formar parte de la policía de Nueva York (excluyendo a los de otras nacionalidades) no violaba la cláusula de igual protección de las leyes asegurada por la Enmienda Catorce. Los ministros Stewart, Marshall y Stevens criticaron el voto de la mayoría con base en razonamientos y citas de sentencias anteriores.

(2) Jones, "The brooding omnipresence of constitutional law", 4 Vt. L. Rev. 1 (1979). He criticado al Prof. Jones porque pienso que realiza una asimilación excesiva del common law al derecho constitucional. Monaghan, "Professor Jones and the Constitution", 4 Vt. L. Rev. 87 (1979).

(3) Cuando la Corte Suprema "hace" pero dice "no", como en los casos de confirmación sumaria [summary affirmance] de la sentencia dictada por un tribunal inferior, se presenta otro tipo de problemas. Si bien estas sentencias desestimatorias del recurso ante la Corte, en tanto rechazan ataques específicos y dejan vigente la sentencia apelada, deciden el fondo de la cuestión, ellas carecen de la autoridad que como precedente judicial tendría una sentencia formal -al menos para la propia Corte Suprema-. Ellas sólo significan que la sentencia apelada había decidido correctamente las cuestiones federales alegadas; pero ellas no representan el acuerdo de la Corte Suprema con lo dicho en la sentencia inferior. Ver "Washington v. Confederated Bands & Tribes", 439 US. 463, 476 n. 20 (1979; conf. "Mandel v. Bradley", 432 US. 173 (1977); "Hicks v. Miranda", 422 US. 332 (1975) (efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Suprema, que sumariamente confirma decisiones de tribunales inferiores). Existen problemas similares cuando no hay una opinión mayoritaria. El efecto stare decisis de los casos en los cuales la mayoría está de acuerdo en el resultado pero no en los fundamentos que lo sostienen es discutido en "Comment,

Supreme Court no-clear-majority decisions: a study in stare decisis", 24 U. Chi. L. Rev. 99 (1956) [citado de aquí en más como Supreme Court no-clear-majority decisions].

(b) La nota de pie de página n. 3 merece una breve aclaración a fin de percibir con mayor aproximación el contexto en que es hecha. En Estados Unidos la mayor parte del procedimiento ante la Corte Suprema está regulado por las llamadas Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos (en inglés, Rules of the Supreme Court of the United States), sancionadas por la propia Corte y revisadas y modificadas de tanto en tanto. El procedimiento ante el tribunal es, en varios aspectos, diferente del argentino. Hoy día a aquélla se accede, fundamental pero no exclusivamente, por el recurso denominado certiorari. La denegación de este recurso es enteramente discrecional. El contenido de este remedio varía según que se apele una sentencia dictada por un tribunal estadual o por una Cámara Federal de Apelaciones. Si ese remedio es interpuesto contra una sentencia pronunciada por un superior tribunal estadual -única forma de impugnación actualmente vigente contra esas sentencias (Stern, Robert L., Gressman, Eugene, Shapiro, Stephen M. y Geller, Kenneth S., "Supreme Court practice, the Bureau of National Affairs Inc.", 1993, p. 90)-, sin perjuicio de la discrecionalidad anticipada, debe tratarse, necesariamente, de algún supuesto similar a los contenidos en el art. 14 ley 48. Una de las diferencias más notables con los supuestos de procedencia previstos en el art. 14 ley 48 es que en Estados Unidos, luego de sucesivas reformas, se suprimió el recaudo de resolución contraria y la mención a los actos de autoridad federal o estadual (ver título 28, sección 1257 del United States Code).

Por otro lado, si se trata de casos que se encuentran en las Cámaras Federales de Apelaciones el recurso recibe el mismo nombre, pero -a efectos de la apelación ante la Corte- no existen límites en cuanto a las partes ni al monto del juicio (ver título 28, sección 1254 del United States Code). Tampoco existen restricciones en cuanto a la materia en debate ni respecto de la naturaleza o forma de la decisión recurrida. Así, puede interponerse este recurso se haya pronunciado o no la Cámara respectiva (Stern, Robert y otros, "Supreme Court practice, the Bureau of National Affairs Inc." cit., p. 39; sección 1257 del USC. y regla de la Corte Suprema 11).

El certiorari se presenta en la Corte Suprema misma, dentro de los noventa días de notificada la sentencia del tribunal inferior, y el apelante está obligado a notificar a todas las partes del juicio del contenido de su presentación (reglas de la Corte Suprema 13.1 y 29.3). Dentro de los treinta días de notificada, la contraparte debe presentar la contestación de ese traslado (llamado brief in opposition), y la regla de la Corte Suprema 15.1 encarece que en dicha presentación se destaquen los errores de hecho o de derecho que contenga el recurso. Si el recurso es formalmente concedido el secretario ordena la presentación de memoriales (briefs on the merits) (reglas de la Corte Suprema 25.1 y 25.2), y luego se fija la fecha para los alegatos orales (oral arguments, reglas de la Corte Suprema 27 y 28). Luego de ello la Corte Suprema emitirá su sentencia sobre el fondo del asunto.

Sin embargo, conforme recuerda el Prof. Monaghan en la nota de pie de página n. 3 aludida, puede ocurrir también que antes de los memoriales y del alegato oral la sentencia apelada sea confirmada o revocada, sumariamente, por resoluciones que se denominan *summary affirmances* o *summary denials*. Este mecanismo, severamente criticado por algunos autores como violatorio del debido proceso (Hart, Henry, "Foreword: the time chart of the justices", *Harvard Law Review*, vol. 73, p. 84, nota 13 [1959], y Brown, "Foreword: process of law", 1958, *Harvard Law Review* 72, p. 77), a veces es acompañado de la cita de algún fallo donde se trataron in extenso las cuestiones que involucran esos recursos, o de un argumento breve que aspira a explicar el fundamento central de la decisión (Fallon, Richard y otros, "Hart and Wechsler's the Federal Courts and the federal system" cit. en la nota del traductor "a", p. 650). "En estos casos, la Corte está técnicamente dictando sentencia respecto del fondo del asunto, si bien lo está haciendo sin el beneficio de los memoriales o del alegato oral" (Perry, Jr., H. W., "Deciding to decide. Agenda setting in the United States Supreme Court", *Harvard University Press*, 1994, p. 39). Debe destacarse que una porción considerable de casos actualmente en la Corte son resueltos mediante este tipo de sentencias (id. ante, p. 99).

Por último, estas decisiones sumarias deben ser distinguidas de las típicas denegatorias del *certiorari*. En éstas se utiliza una fórmula brevísima (i.e., *certiorari denied*), la Corte no emite opinión sobre la sentencia recurrida ni el rechazo del recurso implica aprobación o desaprobación de ella. Estas decisiones no reciben el nombre de sentencias denegatorias sino órdenes (*orders*) (Stern, Eugene y otros, "Supreme Court practice, the Bureau of National Affairs Inc." cit. en la nota del traductor "b", cap. V, p. 222).

(c) La voz por la cual los norteamericanos identifican a un juez integrante de la Corte Suprema Federal es *justice*. Me ha parecido más apropiado emplear en su traducción el vocablo que utilizamos en nuestro medio, vgr., ministro, y no su traducción literal, vgr., justicia. Igualmente, al referirme al presidente de la Corte Suprema no emplearé la traducción literal del vocablo utilizado en los Estados Unidos, vgr., *chief justice*.

(4) Este tema es bastante más complejo de lo que sugiere el párrafo del texto principal, pero su tratamiento está fuera del alcance de esta monografía. Las técnicas empleadas por la Corte Suprema para apartarse de los precedentes son discutidas por "Israel, Gideon v. Wainright: the 'art of overruling'", 1963, *Sup. Ct. Rev.* 211. El Prof. Israel explica que el precedente es en general abandonado sobre la base de cambio de las circunstancias, las lecciones de la experiencia, o la existencia de precedentes inconsistentes. Íd., ps. 219/26. El precedente también puede ser abandonado a través del reexamen y de la reinterpretación de los fundamentos de decisiones anteriores. En "*Monell v. Department of Social Service*", 436 US. 658 (1978), por ejemplo, la Corte reexaminó la historia legislativa sobre la que se había basado al fallar "*Monroe v. Pape*", 365 US. 167 (1961), y descubrió que esa primera

lectura había sido errónea. Para una colección de los casos y los materiales sobre las ocasiones en las cuales la Corte Suprema se ha apartado de precedentes anteriores, incluyendo la discusión sobre la discreción judicial que conduce al dicho apartamiento, ver Blaustein y Field, "Overruling opinions in the Supreme Court", 57 Mich. L. Rev. 151, 154/56 (citando otros estudios), 184/94 (tabla de casos en los que la Corte Suprema se apartó de precedentes) (1958).

(5) La interpretación estricta que la Corte presidida por Burger confirió a la doctrina de "Miranda" es analizada críticamente en Stone, "The 'Miranda' doctrine in the Burger Court", 1977 Sup. Ct. Rev. 99, en donde el Prof. Stone observa que "En sus improductivas determinaciones para alcanzar el resultado deseado, la Corte ha recurrido demasiado a menudo a la distorsión del expediente, a no considerar precedentes, y se ha mostrado reticente en explicar y justificar honestamente sus conclusiones". *Íd.*, p. 169. [N. del t. s/Miranda].

(6) "Paul v. Davis", 424 US. 693, criticado en Monaghan, "Of 'liberty' and 'property'", 62 Cornell L. Rev. 405, 424 (1977) [citado de aquí en más como "Of 'liberty' and 'property'"]. Para críticas adicionales ver fuentes citadas, *í.d.*, p. 424, n. 131.

(d) La aludida Enmienda Catorce, en lo que aquí interesa, establece que "ningún Estado podrá privar a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su territorio la igual protección de las leyes". Esta enmienda fue sancionada en el año 1868, luego de la guerra civil. Hasta ese momento la Constitución Federal no prohibía a los Estados las conductas allí mencionadas. Con apoyo en esta enmienda, lo que comenzó siendo una protección básicamente procesal o adjetiva fue dando lugar a una protección sustancial de la vida, la libertad y la propiedad y muchos otros valores o intereses que pueden inferirse de aquéllos. Quien en nuestro medio ha hecho una descripción de esos comienzos fue Linares, Juan F., "La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada de la Constitución argentina", capítulos II y III, 1970, Ed. Astrea.

"Paul v. Davis", el caso al que alude Monaghan en el texto, representa una instancia en la cual se alegó la violación del debido proceso adjetivo. El caso tuvo origen en unos panfletos que había distribuido la policía local entre los comerciantes de la zona. En dichos panfletos se identificaba por el nombre, apellido y por fotos a Edward C. Davis, entre otros, y se lo sindicaba como un conocido y "activo mechero". Davis no había sido condenado sino que sobre él pesaba una acusación de robar en un supermercado, acusación que luego de circulado el panfleto había sido desestimada por un juez. Davis inició demanda contra el jefe de la policía del condado y el de la estatal por daños y perjuicios, pero no con base en el common law sino con sustento en la Ley de Derechos Civiles (sección 1983 del título 28

del United States Code). Dicha norma autoriza este tipo de reclamos pecuniarios cuando, con ocasión o en ejercicio de una conducta oficial, un funcionario estatal viola un derecho asegurado en la Constitución Federal. El recurrente alegaba que su individualización en el panfleto como "activo mechero" violaba su libertad garantizada en la Enmienda Catorce. Dicha designación policial lo inhibía de entrar en los negocios por temor a que el personal de seguridad lo reconociera o lo detuviera por sospechar que estaba robando. En tanto la mayoría rechazó la posibilidad de sustentar este reclamo en la sección 1983 de la ley federal, la minoría calificó a este voto como una "aberración", al tiempo que expresó que "era de esperar que fuera de corta vida" (424 US. 693, 735).

(7) Reconozco que el stare decisis también abarca cuestiones referidas a la actitud respecto del precedente de los tribunales jerárquicamente inferiores, pero ese aspecto de la cuestión está fuera del alcance de este artículo.

(e) El stare decisis es una noción estrechamente vinculada a la doctrina del precedente. Tanto es ello así, que generalmente los autores usan ambos conceptos como sinónimos (Jones, Harry W., Kernochan, John M. y Murphy, Arthur W., "Legal method. Cases and text materials", The Foundatrion Press, 1980, p. 122: "El principio del stare decisis, simplemente expuesto, consiste en que la decisión en un caso debiera gobernar la decisión en todos los casos como ése, pero sólo en esos casos".) La doctrina del precedente, típica de los países que se encuentran dentro de la órbita del common law, parte de la obligación en que se halla un tribunal de resolver un caso del mismo modo que lo hizo al decidir con anterioridad otro caso cuyos hechos relevantes eran similares. Los autores suelen acudir a una simple formula para justificar esta doctrina: "Los casos iguales deben ser tratados del mismo modo". Por su parte, el stare decisis et quita non movere, tal su formulación original (Chamberlain, D. H., "The doctrine of stare decisis as applied to decisions of constitutional questions", Harvard Law Review, vol. 3, 1889, p. 125), estrictamente considerada, según Schauer, implica la obligación en que se hallan los tribunales inferiores de seguir la jurisprudencia establecida por el tribunal más alto de la jurisdicción a la que pertenecen (Schauer, Frederick, "Precedent", Stanford Law Review, vol. 39, ps. 571, 576, nota de pie de página n. 11; Cueto Rúa, Julio, "El common law. Su estructura normativa, su enseñanza", La Ley, 1957, p. 121 y ss.). Es decir que esta visión destaca la obligatoriedad en sentido vertical de la doctrina del precedente y la anterior pone el énfasis en su obligatoriedad horizontal. Por su parte, en el caso de los tribunales federales, una sala de una misma Cámara de Apelaciones no está obligada a seguir las decisiones de las otras salas. En tal caso, como en nuestro derecho, los jueces deben reunirse en pleno (en banc) a fin de unificar la jurisprudencia. Ver regla 35 de las Reglas Federales de Procedimiento de Apelación (Federal Rules of Appellate Procedure).

Sobre el método que emplea la Corte Suprema de Justicia Nacional al momento de dictar sentencia y servirse de casos resueltos con anterioridad puede consultarse Garay, Alberto

F., "El precedente judicial en la Corte Suprema", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 1997, ns. 1 y 2, p. 51.

(8) Esta frase es a menudo seguida de una cita de una disidencia del ministro Brandeis en el caso "Burnett v. Colorado, Oil & Gas Co.", 285 US. 393, 406/08 (1932):

"En casos que involucran a la Constitución Federal, donde la corrección a través de la acción legislativa es prácticamente imposible, esta Corte a menudo se ha apartado de decisiones anteriores. La Corte se inclina ante las lecciones de la experiencia y ante la fuerza de razonamientos mejores, reconociendo que el proceso de prueba y error, tan fructífero en las ciencias físicas, también es apropiado en la función judicial".

Ver, por ej., "United States v. Scott", 437 US. 82, 101 (1978). Para una recolección de casos y citas que versan sobre el stare decisis y los procesos constitucionales ver Ellenbogen, "The doctrine of stare decisis and the extent to which it should be applied", 20 Temp. L. Q. 503, 506-12 (1947), y citas efectuadas en Kocourek y Koven, "Renovation of the common law through stare decisis", 29 Ill. L. Rev. 971, 984 n. 68 (1935). En una conferencia, condensada para su publicación en el "American Bar Association Journal", el ministro Douglas observó que: "Aquellos ministros que en el ejercicio de la profesión... asesoraban a clientes con importantes intereses han sido los más firmes adherentes al stare decisis y quienes anteriormente habían sido legisladores o profesores eran menos influenciados por esa doctrina", Armstrong, "Mr. Justice Douglas on stare decisis: a condensation of the eighth Cardozo lecture", 35 A.B.A.J. 541, 543 (1949).

(9) "Graves v. New York ex rel. O'Keefe", 306 US. 466, 491-92 (1939) (Frankfurter, J., voto concurrente).

(10) Seguramente algunos aspectos de ciertas cláusulas constitucionales no son de importancia social sustancial. En mi opinión, las sentencias que interpretan el derecho a un juicio por jurados contenido en la Enmienda Séptima, al igual que muchas sentencias que interpretan la cláusula del non bis in idem, carecen de la importancia social necesaria para justificar una apartamiento del stare decisis en este terreno.

(11) Ver, por ej., "Smith v. Allwright", 321 US. 649, 665 (1944).

(12) L. Tribe, "American constitutional law", 1-2 (suplemento 1979). Ver también E. Levi, "An introduction to legal reasoning", 1949, ps. 59/60; Douglas, "Stare decisis", 49 Col. L. Rev. 735, 736/37 (1949). Pero ver los esfuerzos realizados por el ex ministro Goldberg, que veía las cláusulas clave de la Constitución como de "textura abierta", para proteger los holdings expansivos de la Corte presidida por Warren a través de una fuerte teoría del stare decisis. A. Goldberg, "Equal justice: the Warren Court era of the Supreme Court", 1971.

(f) Hay versión en castellano de la obra de Levi, "Introducción al razonamiento jurídico", traducida por Genaro R. Carrió, 1971, Ed. Eudeba, ps. 77/81. Deben destacarse las valiosas notas del traductor de esta edición, ineludibles para quien desee profundizar su conocimiento acerca del common law.

(13) Levi, E., "An introduction to legal reasoning", nota 12, ps. 1/4. Esta flexibilidad en la aplicación del precedente había sido reconocida previamente por Max Radin en un artículo aparecido en 1933. Radin, "Case law and stare decisis: concerning Präjudizienrecht in Amerika", 33 Colum. L. Rev. 199 (1933). Sin embargo, Radin aparentemente consideraba que la regla, no los hechos, constituía el precedente. Íd. p. 210.

(g) Ps. 5/8 de la versión en castellano.

(14) Al menos un abogado litigante ha culpado a los métodos de enseñanza del Derecho, unido a la presencia de académicos en la judicatura, como factores en la declinación del status del precedente. Ver Catlett, "The development of the doctrine of stare decisis and the extent to which it should be applied", 21 Wash. L. Rev. 158, 169/70 (1946).

(15) Para aquellos jueces que pueden apartarse con tanta facilidad de los precedentes cualquier argumento basado en el stare decisis puede ser acomodado a través del mecanismo que le otorga efecto prospectivo a un fallo que abandona la línea jurisprudencial vigente hasta ese momento, temperamento anticipado por Kocourek y Koven, "Renovation of the common law through stare decisis", cit. supra en nota 8. Al limitar sólo hacia el futuro los efectos una decisión que se aparta de los precedentes, "los tribunales pueden, sin mayores resistencias, abandonar aquellos precedentes que no satisfacen los estándares y requerimientos de la sociedad contemporánea", íd., p. 973, mientras se preservan las virtudes del stare decisis tradicional: certeza, estabilidad y orden social, íd., ps. 972/73. En casos concernientes al procedimiento criminal la Corte Suprema ha hecho un uso intenso de la técnica referida al abandono con efectos sólo hacia el futuro, con excepción del caso en el que se abandona esa línea jurisprudencial. Por ej., "United States v. Peltier", 422 US. 531 (1975). Ver también "Wainwright v. Stone", 414 US. 21,

23/24 (1973) (los tribunales estatales no están constitucionalmente obligados a reconocer efectos retroactivos a las nuevas interpretaciones de las leyes).

(h) En la Argentina los cambios de jurisprudencia y sus consecuencias sobre los casos pendientes de decisión también merecieron atención por parte de la Corte Suprema de Justicia Nacional. En el famoso caso "Strada", Fallos 308:490 (1986 [JA 1986-II-95]), la Corte cambió la jurisprudencia que tenía hasta ese momento respecto de la noción de tribunal superior de la causa, a efectos de la interposición del recurso extraordinario federal. Sostuvo, en apretada síntesis, que el recurso extraordinario debía interponerse contra la sentencia pronunciada por el tribunal más alto en la jerarquía provincial. Sin embargo, si los nuevos principios eran aplicados a todos los recursos pendientes, éstos, en una amplia mayoría, habrían sido desestimados por haberse deducido, conforme autorizaba la jurisprudencia vigente al momento de la interposición, contra sentencias de primera instancia o de Cámaras de Apelaciones, según el caso. Así, una semana después de fallar "Strada" la Corte dictó sentencia en el caso "Tellez v. Bagala S.A.", Fallos 308:552 (1987 [JA 1986-II-189]), y sostuvo que los nuevos principios establecidos en "Strada" serían aplicados a los recursos que se dedujeran a partir de la fecha de notificación de esa decisión. Años después esta técnica fue aplicada a otras situaciones. Ver "Girolidi", Fallos 318:514 (1995) (JA 1995-III-571), y "Monges", Fallos 319:3148 (1996 [JA 1998-I-350]); Martínez Ruiz, Roberto, "Jurisprudencia Jurídica", LL 1986-C-167; Garay, Alberto F., "Efectos ex nunc de un cambio de jurisprudencia: el caso `María E. Tellez v. Bagala S.A.'" , ED 146-967 (1992); "Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y su aplicación retroactiva en materia penal", LL 1993-A-786.

Para concluir, debe destacarse que esta discusión tuvo valiosísimos y olvidados antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales hace aproximadamente cincuenta años. Ver Dassen, Julio, "Alcance de los fallos plenarios", JA 1946-333; Rayces, Federico, "La jurisprudencia plenaria: esfera de su obligatoriedad. Efectos en el tiempo", JA 1943-IV-501; Martínez Ruiz, Roberto, "El amparo constitucional del efecto liberatorio del pago", LL 55-186, y Rayces, Federico, "Otra vez sobre los efectos de los cambios de jurisprudencia con relación a los actos cumplidos en el ínterin", JA 1952-I-257.

(16) Radin, "Case law and stare decisis: concerning Präjudizienrecht in Amerika", cit. supra en nota 13, p. 212. Ver R. Wasserstrom, "The judicial decision", ps. 50/53 (1961) (discutiendo y criticando esta visión liberal). El ejemplo más provocativo en favor de que el stare decisis, al menos en el área del common law, es, meramente, una cuestión de estilo expositivo o de técnica es la iconoclastica lista de Karl Llewellyn sobre las sesenta y cuatro formas diferentes de manejar los precedentes. K. Llewellyn, "The common law tradition", 1960, ps. 75/91. La lista de Llewellyn ha sido compendiada como conteniendo "ocho formas de seguir pero de ceñir, al mismo tiempo, el alcance de un precedente, ocho de apearse a él, treinta y dos de expandirlo, doce formas de evitarlo y cuatro para matarlo".

Wise, "The doctrine of stare decisis", 21 Wayne St. L. Rev. 1043, 1051 (1975). El artículo del Prof. Wise ofrece una actitud más reverente hacia el rol del stare decisis en nuestra sociedad.

(17) Por ej., Baumer, F., "Modern European thought, continuity and change in ideas 1600/1950", 1977; Delaney, "Towards a human rights theory of criminal law: a humanistic perspective", 6 Hofstra L. Rev. 831, 851/60 (1978).

(18) El "instrumentalismo-pragmático" ha sido descrito como la filosofía jurídica dominante en los Estados Unidos de Norteamérica. Summers, "Professor's Fuller jurisprudence and America's dominant philosophy of law", 92 Harv. L. Rev. 433 (1978). El Prof. Summers caracteriza a los instrumentalistas como teóricos que "reaccionaron contra el formalismo, el conceptualismo y la estrechez de la jurisprudencia analítica y del derecho sustantivo. Ellos conciben al derecho no como un sistema formal o como una materia inerte, sino como una actividad orientada hacia un fin diseñada para resolver o aliviar problemas de grupos". Íd., p. 433. El Derecho, según como lo ven los instrumentalistas, se transforma "en algo mucho más que una mera fuente de cuestiones conceptuales o estructuradas en las cuales los juristas... pueden desplegar sus herramientas. Los objetos de estudio jurisprudencial pasan a ser los fines de la ley en vez de ley misma, cómo se hace la ley, de qué modo opera, sus efectos, cómo cambia y sus potencialidades y límites", íd.

(19) Íd., p. 441.

(20) Presumiblemente, esta moderna filosofía del derecho impide la preservación del precedente a través de una apelación generalizada a su autoridad. En realidad, el precedente sólo prevalecerá cuando exista un análisis concreto y específico acerca de las desventajas de efectuar el cambio [particular]. Schaefer, "Precedent and policy", 34 U. Chi. L. Rev. 3, 12 (1966).

(21) Para la sugerencia -para mí dudosa- acerca de que la carencia de un stare decisis eficaz en casos constitucionales enturbia cualquier distingo entre una Constitución escrita y una no escrita, ver Brown, "Construing the Constitution: a trial lawyer's plea for stare decisis", 44 ABAJ. 742, 743 (1958).

(22) "Baker v. Carr", 369 US. 186 (1962).

(i) La sección primera de la Enmienda Catorce no se refiere en parte alguna al derecho de voto en elecciones estatales, según como reformula la cuestión el Prof. Monaghan. Una de las garantías contenidas en esa sección y esgrimida por los apelantes era la de igualdad. En el caso se sostenía la violación de esa garantía porque la legislatura local no actualizaba las divisiones políticas interiores del Estado conforme a la cantidad de habitantes de cada una de ellas. Tal parálisis desde comienzo del siglo XX se traducían en un trato desigualitario. Según como estaba distribuida la población en los diferentes distritos del Estado de Tennessee, "sólo el 37% de los votantes elegía a veinte de los treinta y siete senadores, y el 40% de los votantes elegía sesenta y tres de los noventa y nueve diputados. Un voto del condado de Moore, por ejemplo, equivalía a diecinueve votos del condado de Hamilton" (Rotunda, Ronald, "Modern constitutional law", 1985, West Publishing Corp., ps. 40/41). La Corte no precisó entrar al fondo del asunto pues sólo resolvió que, contrariamente a lo decidido por un tribunal federal de tres jueces, no se trataba de una cuestión política y los recurrentes estaban legitimados para efectuar ese reclamo.

(23) "Gitlow v. New York", 268 US. 652 (1925).

(j) El caso trataba sobre la condena recaída sobre Benjamin Gitlow, miembro del Partido Comunista. Uno de los cargos reprochados consistía en "abogar, aconsejar y enseñar a través de ciertos escritos titulados 'El manifiesto izquierdista', el deber, la necesidad y la propiedad de derrocar y cambiar el gobierno por la fuerza, la violencia y a través de medios ilegales"; en violación de la ley de Nueva York, se alegaba que dicha ley violaba la libertad de expresión. Sin embargo, la libertad de expresión no estaba garantizada, literalmente, contra los gobiernos estatales. En efecto, la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos dispone, en su parte pertinente, que: "El Congreso no legislará respecto del establecimiento de una religión o de la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni pondrá cortapisas a la libertad de expresión o de prensa...". Pero, como su texto lo indica, las prohibiciones contenidas en esta Enmienda están dirigidas al Congreso Federal. Es decir que, textualmente, la Constitución de los Estados Unidos no prohibía esas conductas a los Estados. No obstante, en un persuasivo dictum, en "Gitlow" la Corte -a pesar de que confirmó la condena- sostuvo que las garantías en favor de los individuos frente al Congreso Federal que aseguraba la Primera Enmienda (en el caso, la libertad de expresión y de prensa) estaban incorporadas dentro de la Enmienda XIV (ver su texto supra, en la nota del traductor "d") y, por lo tanto, eran oponibles también a los gobiernos estatales (Gunther, Gerald y Sullivan, Kathleen M., "Constitutional law", The Foundation Press, 13 ed. 1997, p. 1050, 1052. Sobre el caso "Gitlow" también puede consultarse Kalven, Jr, Harry, "A worthy tradition. Freedom of speech in America", 1988, Harper & Row Publishers). Esta decisión fue parte de una serie de casos a través de los cuales, uno a uno, la Corte fue incorporando en la Enmienda Catorce -oponible a los Estados- muchas de las garantías contenidas en las primeras Enmiendas y que, como se dijo, desde un punto de vista literal, sólo eran oponibles al gobierno federal (Gunther, Gerald y otra, "Constitutional law" cit., p. 434).

(24) Como el decano Griswold, "temo que soy tan intransigente, que nunca entenderé cómo puede extenderse y aplicarse la Enmienda Catorce a estas áreas. Griswold, "The judicial process", 31 Fed. B. J. 309, 315 (1972).

(25) Por esta razón el voto del ministro Harlan en "Oregon v. Mitchell", 400 US. 112 (1970), siempre me ha impresionado como uno de los más interesantes en derecho constitucional. El ministro Harlan emitió el quinto voto contra una ley del Congreso que reducía a dieciocho años la edad para votar en elecciones estatales. La mayor parte de su meduloso voto estuvo dirigida a mostrar que el sufragio no era un interés protegido por la sección uno de la Enmienda Catorce, posición que considero es históricamente correcta como cuestión atinente a la interpretación histórica de los constituyentes, pero que parecía cancelada por una larga y consistente jurisprudencia de la Corte Suprema. El ministro Harlan admitió esto y reconoció que si él hubiera seguido esa jurisprudencia se habría sentido obligado a declarar la constitucionalidad de la ley. *Íd.*, p. 152 (conurrencia parcial y disidencia parcial del ministro Harlan, J.). Sin embargo, dedicó unos pocos párrafos a los reclamos del stare decisis, para finalmente rechazarlos en esta cuestión "fundamental". *Íd.*, ps. 218/19. Pienso que Harlan se equivocó en este punto. Tengo grandes dudas acerca de que un juez pueda emitir un voto decisivo basado en una teoría, si bien históricamente correcta, que no sólo es inaceptable para sus colegas sino que es probable que también sea inaceptable para cualquier futuro ministro de la Corte. Ver Monaghan, "The Constitution goes to Harvard", 13 Harvard C.R.-C.L. L. Rev. 117, 129 n. 61 (1978) [de aquí en más citado como "The Constitution goes to Harvard"].

(26) "Food Employees Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.", 391 US. 308 (1968).

(27) "Hudgens v. NLRB", 424 US. 507 (1976), relata la historia. Ver, en general, Bogen, "Balancing freedom of speech", 38 Md. L. Rev. 387, 398/400 (1979).

(28) 410 US. 113 (1973).

(29) Ver Ely, "The wages of crying wolf: a coment on 'Roe v. Wade'", 82 Yale L. J. 920 (1973); Epstein, "Substantive due process by any other name: the abortion cases", 1973 Sup. Ct. Rev. 159.

(30) 439 US. 259 (1978).

(31) *Íd.*, ps. 275/76.

(32) 430 US. 762 (1977). Ver 439 US., 277 (disidencia de Brennan, J.). En "Trimble" la Corte había invalidado una ley sucesoria que exigía el matrimonio de los padres y el reconocimiento paterno como prerequisites para que los hijos ilegítimos pudieran heredar a sus padres.

(33) 439 US., p. 279.

(34) El ministro Blackmun consideró que la sentencia recaída en el caso "Trimble" era de escaso valor. La vio como un fallo "aislado, sólo explicable por los atractivos tonos altisonantes de los hechos del caso. Además, añadió que la sentencia ofrecía poca sustancia en cuanto al análisis constitucional de las leyes sobre sucesiones ab intestato".

(35) El ministro Powell destacó que la ley en cuestión en "Trimble" exigía reconocimiento del padre y legitimación del niño a través del matrimonio de los progenitores, mientras que la ley en cuestión en "Lalli" sólo exigía que la paternidad del padre fuera declarada judicialmente antes de su muerte. *Íd.*, ps. 266/68. El juez Powell también había redactado la opinión mayoritaria en la sentencia recaída en el caso "Trimble".

(36) Ver supra las notas 13 a 16 y el texto que las acompaña. Debe destacarse que el decano Levi insiste en que el *stare decisis* no debiera jugar ningún papel en los procesos constitucionales. Ver E. Levi, "An introduction to legal reasoning", cit. supra en nota 12, p. 41. Para otro ejemplo de "rerracionalización" judicial ver la discusión de "Paul v. Davis", 424 US. 693 (1976), en "Of liberty & property", cit. supra en nota 6, p. 423. Allí este autor observó que la rerracionalización de la Corte respecto de casos anteriores que habían reconocido legitimación a un accionante para demandar por injurias proferidas por un funcionario del gobierno "era asombrosa para cualquiera familiarizado con esos precedentes", *íd.*, p. 424. Al mismo tiempo expresó que "la honestidad de la Corte respecto del tratamiento que le daba a sus propios precedentes era una condición indispensable de la legitimidad judicial", *íd.*

(37) En contextos distintos del derecho constitucional se han propuesto conceptos claramente divergentes acerca de lo que constituye un precedente: un principio basado en los hechos relevantes según como ellos son vistos por el tribunal que dicta el fallo, ver Goodhart, "Determining the ratio decidendi of a case", 40 Yale L. J. 161 (1939), o por el tribunal que interpreta el precedente, Levi, "An introduction to legal reasoning", cit. supra

en nota 12, p. 2; o las "reglas" formuladas por el tribunal que dicta la sentencia, ver Goodhart, "The ratio decidendi of a case", 22 Mod. L. Rev. 117, 121 (1959) (refiriéndose a esta mal llamada teoría "clásica" del precedente obligatorio); y las razones que se dieron en apoyo de las reglas formuladas, conf. Summers, "Two types of substantive reasons: the core of a theory of common law justification", 63 Cornell L. Rev. 707, 730/32 (1978) (el precedente consiste en "hechos, cuestiones, decisiones y razones sustanciales dadas en apoyo de esas decisiones").

Las implicancias contrastantes entre estos conceptos diversos acerca del precedente son importantes. Por ejemplo, ver al stare decisis como exigiendo decisiones idénticas sólo ante hechos relevantes idénticos según como ellos son vistos por el tribunal que a posteriori interpreta el precedente -posición asumida por el decano Levi en cuanto a casos del common law- significa que la doctrina impone una exigencia más bien pequeña. El stare decisis, tan débilmente concebido, libera al tribunal que interviene a posteriori de los lazos de los casos precedentes, al permitirle reformular sus hechos relevantes o atribuir a las decisiones anteriores razones totalmente distintas de las que originariamente se les atribuyó. Con semejante margen de maniobra, rara vez los tribunales se enfrentarían con la necesidad de apartarse explícitamente de un precedente.

(38) En materia de interpretación de la ley también existe la necesidad de una concepción articulada acerca del stare decisis. En "California v. United States", 438 US. 645 (1978), por ejemplo, la Corte, por voto dividido, rechazó interpretaciones anteriores decisivas que de la Reclamation Act de 1902 ella misma había formulado y adoptó una hermenéutica de esa ley que preservó el holding "fáctico" de aquellos casos. Al comentar lo que en realidad fue un claro desdén por el precedente, el ministro White destacó:

"Los casos que la Corte ahora descarta son decisiones relativamente recientes que versaban sobre una cuestión de interpretación de una ley, respecto de una materia que es supervisada constantemente por el Congreso... Sólo el sello revisionista de la mayoría actual puede explicar sus lecturas equivocadas y su evidente voluntad de descartar esos casos".

Íd., p. 692 (White, J., en disidencia). El ministro White continuó su embate y sostuvo que hasta que el Congreso no alterara la doctrina establecida en esos precedentes la Corte debería respetarlos. Íd. Compárese la conducta de la Corte en este caso con Levi, "An introduction to legal reasoning", cit. supra en nota 12, ps. 27/47.

(39) El Prof. Howard Ball ha hecho un esfuerzo estéril al considerar el rol que le corresponde al stare decisis en casos constitucionales. Ver Ball, H., "Judicial Craftmanship or Fiat?" (1978). Esta obra contiene expresiones tales como "una sentencia que se aparta de

los precedentes debe estar bien redactada [sic], pensada íntegramente, y basada en los principios fundamentales del sistema legal norteamericano". Íd., p. 225. Para análisis medulosos acerca de diversos aspectos del stare decisis ver Brilmayer, "The jurisprudence of article III: perspectives on the 'Case or Controversy' requirement", 93 Harv. L. Rev. 297, 302/10 (1979); Landes y Posner, "Legal precedent: a theoretical and empirical analysis", 19 J.L. & Econ. 1294 (1966); Laycock, "Federal interference with state prosecutions: the cases 'Dombrowski Forgot'", 49 U. Chi. L. Rev. 636, 679/88 (1979); Shapiro, "Toward a theory of stare decisis", 1 J. Legal Studies 125 (1972).

(40) L. Tribe, "American constitutional law", cit. supra en nota 12, p. 2, criticando "The Constitution goes to Harvard", cit. supra en nota 25.

(41) Íd.

(42) "Lochner v. New York", 198: US. 45 (1905): "Hoy día existe consenso en cuanto a que [estos casos] fueron resueltos de un modo impropio desde el punto de vista constitucional". Ely, "Constitutional interpretivism: its allure and impossibility", 53 Ind. L. J. 399, 415 (1978) [citado de aquí en más como "Constitutional interpretivism"].

(k) En el caso "Lochner" la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York que prohibía emplear a los trabajadores de panaderías por más de diez horas diarias o sesenta horas semanales. Se juzgó que esa disposición violaba la libertad de contratar del patrón y del empleador, al tiempo que no se percibía qué relación sustancial podía tener la ley involucrada con la salud pública y la moral. Este precedente da nombre a todo un período que se prolongará desde entonces hasta mediados de los años treinta y que se caracterizará por un gran intervencionismo judicial. A través de interpretaciones extensivas basadas en los principios de libertad y propiedad contenidos en la Enmienda XIV y en la cláusula contractual (que asegura la inalterabilidad de las obligaciones establecidas en los contratos) la Corte Suprema declarará la inconstitucionalidad de aproximadamente doscientas leyes estatales y federales (Gunther, Gerald y otra, supra, en la nota del traductor "j", p. 466). Según Gerald Gunther, "el mal originario de la hoy desacreditada doctrina de 'Lochner' fue la dogmática intervención judicial respecto de los fines de la ley, no los medios. La devoción de la mayoría de la Corte por la libertad contractual típicamente los condujo a negar la legitimidad de la legislación paternalista. La clásica disidencia del [ministro Holmes] identificó de modo apropiado el error dominante de esa metodología" ("Foreword: a model for a newer equal protection", Harvard Law Review, vol. 86, p. 1, 42 (1972)). Por otro lado, como destaca Monaghan, el caso "Lochner" fue y es tomado como el paradigma de un modo de interpretación en materia del debido proceso que es muy resistido por unos y propiciado por otros, sobre todo en áreas ajenas a las regulaciones de la economía. Es

alrededor del debido proceso que se concentra la fuerte disputa todavía vigente entre los partidarios de una interpretación de la Constitución que se limite a la intención del constituyente expresada en los debates de la convención o en las costumbres o leyes de esa época y quienes consideran que esa búsqueda es estéril, no es establecida por la Constitución misma y prefieren acudir a otras fuentes y métodos de interpretación. Ejemplo de esto es lo dicho por Monaghan en la nota de pie de página.

(43) Existe acuerdo general en cuanto a que, cualquiera hubiera sido la intención de los constituyentes y de quienes la ratificaron, la Enmienda Catorce impone sobre los Estados la mayoría de los valores contenidos en la declaración de derechos (Bill of Rights). La cuestión controvertida es, sin embargo, en qué medida la Enmienda autoriza a los jueces a acudir a valores que no figuran en el texto constitucional ni en la estructura que la Constitución crea. Esta cuestión dio nacimiento a una fuerte controversia. Las posiciones van desde la asumida por Raoul Berger en el sentido de que la sección uno de la Enmienda Catorce fue diseñada originariamente para el muy limitado propósito de garantizar la igualdad racial con respecto a ciertos específicos derechos civiles -y no derechos políticos o sociales- tales como el derecho de celebrar contratos y el de propiedad, ver Berger, R., "Government by judiciary: the transformation of the Fourteenth Amendment", 18/19 (1977), hasta la defendida por el Prof. Tribe, quien lee la Enmienda como convalidando un amplio espectro de derechos que carecen de base literal en el texto, incluyendo acciones positivas contra el gobierno por niveles mínimos de vivienda, bienestar y asistencia médica, ver L. Tribe, "American constitutional law", cit. supra en nota 12, ps. 1116/36 (1978). Ambos puntos de vista, incluyendo el rol de la intención de los constituyentes en materia de interpretación constitucional, son discutidos en "The Constitution goes to Harvard", cit. supra en nota 25.

En una serie de artículos el Prof. John Hart Ely propone una posición intermedia. El Prof. Ely alega que la Enmienda Catorce dispone un examen judicial estricto, minucioso, de aquellas leyes que recaen gravosa y desigualitariamente sobre quienes no están representados en el proceso político. Pero el autor destaca los defectos de los esfuerzos realizados por la judicatura en torno a la elaboración de derechos fundamentales, valores o principios que carecen de un fundamento sólido en el texto constitucional. Todos esos esfuerzos inevitablemente quedan resumidos en la imposición judicial de las preferencias valorativas de los jueces por sobre las de los órganos políticos de gobierno. Ver Ely, "Foreword: on discovering fundamental values", 92 Harv. L. Rev. 5 (1978); Ely, "Toward a representation-reinforcing mode of judicial review", 37 Md. L. Rev. 451 (1978); "Constitutional interpretivism", cit. supra en nota 42; Ely, "The wages of a crying wolf: a comment on 'Roe v. Wade'", cit. supra en nota 29. Además, tal conducta judicial entra en conflicto con la institución clave contenida en la Constitución y reforzada en sus Enmiendas, a saber: el esquema de gobierno representativo, que atribuye las funciones de diseñar las políticas a los órganos políticos del gobierno. Ely, "Toward a representation-reinforcing mode of judicial review", cit. supra. Estas objeciones a la imposición judicial de valores me resulta imposible de remontar, dado que creo que no

existen pruebas suficientes como para demostrar que el desarrollo judicial de una *lex non scripta* refleja el propósito sea de los constituyentes sea de quienes en el siglo XVIII ratificaron la Constitución o las Enmiendas que siguieron a la guerra civil. Para desarrollos posteriores de este tema ver Ely, "Democracy and distrust" (1980).

(44) En este punto la doctrina inglesa parece ser particularmente inadecuada. Las preocupaciones que ella refleja se desarrollaron con un ojo puesto en el hecho de que hasta mediados del siglo XX la House of Lords negaba poseer autoridad para apartarse de sus precedentes. Esta adhesión estricta al precedente no derivó en consecuencias serias porque el Parlamento podía corregir rápidamente los errores judiciales. Ellenbogen, "The doctrine of stare decisis and the extent to which it should be applied", cit. supra en nota 8, p. 504.

(45) En casos constitucionales la Corte parece ver al "precedente" como abarcando, como mínimo, "las reglas jurídicas" que adoptó la mayoría. Por ej., "Hertz v. Woodman", 218 US. 205, 213 (1912). Ver "Supreme Court no-clear majority decisions", cit. supra en nota 3.

(46) Cuando se ha pensado que el stare decisis tiene un rol en los casos constitucionales los autores han sugerido su adhesión a la doctrina invocando intereses similares a aquellos protegidos por el stare decisis en el área del common law. Intereses tales como la protección de expectativas, el deseo general de certeza y la necesidad de uniformidad han sido ofrecidas en apoyo del stare decisis en ambas áreas del derecho. Ver Chamberlain, "The doctrine of stare decisis as applied to decisions of constitutional questions", 3 Harv. L. Rev. 125, 130/31 (1889); Ellenbogen, "The doctrine of stare decisis and the extent to which it should be applied", cit. supra en nota 8, ps. 504/06.

(47) Curiosamente, como observó el Prof. White respecto de los profesores de la década de 1950, Henry Hart parece ser el primer comentarista moderno en resaltar el concepto de la sentencia como reflejando "la madurez del pensamiento colectivo". White, "The evolution of reasoned elaboration: jurisprudential criticism and social change", 59 Va. L. Rev. 279, 286/87 (1973). Sin embargo, el ministro Jackson desarrolló un punto de vista similar sobre la importancia del carácter colectivo de las sentencias judiciales en un artículo escrito en 1944. Ver Jackson, "Decisional law and stare decisis", 30 ABAJ. 334, 335 (1944).

(48) R. Wasserstrom, "The judicial decision", cit. supra en nota 16, ps. 25/27, trata admirablemente este distingo. Ver también Greenawalt, "The enduring significance of neutral principles", 78 Colum. L. Rev. 982, 991 (1978).

(49) Jackson, "Decisional law and stare decisis", cit. supra en nota 47, p. 335.

(50) Bator, P., Mishkin, P., Shapiro, D. y Wechsler, H., "Hart & Wechsler's the federal Courts and the federal system", p. 82 (1973); Monaghan, "First Amendment due process", 83 Harv. L. Rev. 518, 523/24.

(l) Así como en la Argentina reservamos la palabra "Fallos" para referirnos a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Nacional (sin perjuicio de su extensión a las de otros tribunales), en Estados Unidos suele denominarse a las sentencias de la Corte Suprema como opiniones (Opinions). Salvo excepciones, he preferido utilizar el vocablo sentencia debido a que en algunos contextos emplear la expresión "opinión" podía conducir a equívocos.

(m) Actualmente esto ocurre, por lo general y cuando existe mérito para ello, dentro del año de la presentación. En los alegatos orales (oral arguments) los abogados de las partes deben defender su posición de viva voz en apenas treinta minutos (Stern, Robert y otros, "Supreme Court practice, the Bureau of National Affairs Inc.", cit. supra en la nota del traductor "b", p. 575), espacio en el que suelen ser interrumpidos por los ministros, quienes los someten a exigentes cuestionarios referidos a los alcances y las derivaciones de los principios que defienden, su conexión con los precedentes del tribunal y su trascendencia.

(n) La sesión a la que se alude es el período dentro del cual ocurren los alegatos orales. Este período actualmente suele ocupar catorce semanas y se prolonga desde el mes de octubre hasta fines del mes de abril (Stern, Robert y otros, "Supreme Court practice, the Bureau of National Affairs Inc.", cit. supra en la nota del traductor "b", ps. 5 y 575).

(o) La palabra dicta es el plural de dictum, y ésta es la forma breve de obiter dictum, expresión que es reservada en el common law para significar aquellas consideraciones o comentarios hechos en una sentencia pero que no tienen relación directa con las normas en juego o con el supuesto a resolver. Una excelente definición de obiter dictum fue proporcionada por la Corte Suprema de Justicia Nacional, sin definirla de tal modo, en el famoso caso "Municipalidad de la Capital v. Elortondo", Fallos 33:162, considerando vigésimo sexto (1888). El párrafo que a continuación transcribo siempre me llamó la atención. Dado el nivel técnico que se empleaba en la Corte argentina para esa época -que no era muy sofisticado-, tenía mis sospechas sobre la calificación de "máxima de derecho" (¿de derecho argentino?) que la mayoría le adjudicó. Tal párrafo se parecía demasiado a la definición de lo que en los países del common law se conoce como obiter dictum. Tiempo después -y de casualidad- descubrí que sesenta y siete años antes, palabras casi idénticas había expresado el famoso presidente de la Corte norteamericana John Marshall en

"Cohens v. Virginia", 19 US. (6 Wheat) 264, 399 (1821), en oportunidad de ceñir expresiones generosas que él había sostenido en "Marbury v. Madison".

En "Elortondo", en oportunidad de distinguir los hechos de ese caso de los de otros anteriores para poder así sortear los principios establecidos en esos precedentes, dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

"Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan el juicio del tribunal para los casos subsiguientes" (énfasis agregado).

La razón de ser de un principio como el transcripto se basa, primordialmente, en dos aspectos. Uno es que, como regla general, un tribunal, aun en Estados Unidos, sólo puede resolver el caso que le es sometido a decisión, conforme a las circunstancias de hecho (relevantes) que éste presenta. De modo tal que la decisión se ajusta a los hechos considerados relevantes. Todos los casos posteriores que presenten hechos relevantes similares, interpretados reflexivamente y de buena fe, serán solucionados del mismo modo. El segundo aspecto es una regla elemental de prudencia y sabiduría. Nadie puede imaginar, seriamente, todas las variantes posibles que la aplicación de un principio dado (por ejemplo: la igualdad) podría ofrecer. Es más prudente ceñir la aplicación de dicho principio a las circunstancias relevantes del caso donde se lo estableció y, a partir de allí, extender o no su aplicación al nuevo caso. El respeto a estas dos características en el proceso de interpretación y creación judicial del derecho es ineludible. Y ese respeto debe ser mucho mayor cuando hablamos de la interpretación y creación del derecho constitucional que a diario efectúa su último, final expositor: la Corte Suprema. Pues si dichas reglas de pericia práctica no son puntillosamente observadas, habría que llevar a efecto ingentes esfuerzos -más allá de mis posibilidades- para que el "derecho" así creado o interpretado no fuera visto como el resultado de la impericia, del capricho o de la mera voluntad de los jueces que lo suscriben.

Quienes deseen profundizar el tema pueden consultar: Cueto Rúa, Julio, "El common law. Su estructura, su enseñanza", 1957, Ed. La Ley, y sus copiosas citas; Farnsworth, E. Allan, "An introduction to the legal system of the United States", Oceana Publications, Inc. 1983; Eisenberg, Melvin A., "The nature of the common law", Harvard University Press, 1988; Cappalli, Richard B., "The american common law method", Transnational Publishers, Inc., 1997.

(51) C. Fairman, "Reconstruction and reunion", 1864/88: Part One 69/70 ("History of the Supreme Court of the United States" [P. Freund ed. 1971]) (se han omitido las notas de pie de página).

(p) El nombre que este tipo de reuniones recibe en la Corte Suprema de los Estados Unidos es conference (Stern, Robert y otros, "Supreme Court practice, the Bureau of National Affairs Inc.", cit. supra en la nota del traductor "b", p. 6). He preferido mantener la palabra acuerdo, a fin de mantener la comparación con las prácticas análogas locales.

(52) La distinción entre stare decisis y stare dictis fue usada por el Prof. Oliphant para describir lo que en su opinión era un cambio desafortunado -si bien fundamental- en el derecho anglo-americano: "...del seguimiento de las decisiones [stare decisis] se giraba al seguimiento de lo que se llamaba principios [stare dictis]". Oliphant, "A return to stare decisis", 14 ABAJ. 71, 72 (1928) (el stare decisis involucra una norma muy acotada que cubre la situación de hecho del presente caso y, como mínimo, otra).

(53) Ver, por ej., "Brown Transp. Corp. v. Atcon, Inc.", 439 US. 1014, 1028-30 (1978) (en la disidencia de una denegatoria de certiorari el presidente Burger propone que el Congreso cree una "Corte Nacional de Apelaciones" a fin de facilitar el trabajo de la Corte Suprema).

(54) *Íd.*, p. 1025.

(55) Hart, "Foreword: the time chart of the justices", 73 Harv. L. Rev. 84, 100 (1958).

(56) *Íd.* Una observación similar había sido efectuada antes por el ministro Jackson:

"El aumento creciente de sentencias afecta el valor intrínseco de muchos precedentes... Cuando el desarrollo [pace] es rápido y la longitud es extensa ellas son hechas de elementos menos nobles... Ustedes saben que la escritura jurídica no tiene parentesco con el periodismo... Se trata de una escritura lenta, que en su mayor parte necesita ser clarificada por la colaboración crítica y honesta de diversas mentes". Jackson, "Decisional law and stare decisis", cit. supra en nota 47, p. 335.

(57) Arnold, "Professor Hart's theology", 73 Harv. L. Rev. 1298 (1960). Es interesante destacar que el ministro Douglas sostuvo lo que eufemísticamente puede ser caracterizado como el sorprendente punto de vista acerca de que los ministros disfrutaban "de gran esparcimiento". Ver, "Tidewater Oil Co. v. United States", 409 US. 151, 178 (1972) disidencia de Douglas, J.

(58) Arnold, "Professor Hart's theology", cit. supra en nota 57, p. 1312 (citando a Hart, "Foreword: the time chart of the justices", cit. supra en nota 55, p. 100).

(59) Íd.

(60) Íd., p. 1313.

(61) Íd., ps. 1311/13. El juez Arnold nos advierte que si el Prof. Hart hubiera intentado alguna vez obtener un voto mayoritario para una sentencia, "habría descubierto que los hombres a veces pueden estar de acuerdo en el resultado, pero rara vez lo están en todas las razones expresadas para llegar a ese resultado, y que los intentos de elaborar razones pueden ser inútiles", íd., p. 1312.

(62) Hart, "Foreword: the time chart of the justices", cit. supra en nota 55, p. 100 (el pensamiento colectivo "es la teoría y la justificación en principio de todos los tribunales colegiados, y especialmente de los tribunales de última instancia").

(63) No es preciso detenernos en la exigencia de Hart en cuanto a que las sentencias deben reflejar "raciocinio", dado que ello simplemente resume la agradable y familiar demanda de que la sentencia judicial debiera ser una forma de pensamiento racional.

(64) El Prof. Hart escribe: "Las ideas que resistirán la prueba del tiempo como instrumentos para la solución de problemas difíciles... no vienen a las veinticuatro horas... De ordinario, tales ideas van a ser producidas esforzadamente a través de un proceso de deliberación colectiva de personas... quienes aceptan que la sabiduría de todos, si es exitosamente empleada, usualmente trascenderá a la individual". Hart, "Foreword: the time chart of the justices", cit. supra en nota 55, p. 100.

(65) Arnold, "Professor Hart's theology", cit. supra en nota 57, p. 1312 (énfasis agregado).

(66) Íd.

(67) Conferencia del ministro Lewis F. Powell, Jr., Asamblea Anual de la American Bar Association (1976), pasajes reimpresos en "What the justices are saying...", 62 ABAJ. 1454 (1976). Dos años después un ex secretario letrado del ministro Powell tuvo observaciones similares. Ver Wilkinson, "Serving justice: a Supreme Court clerk's view" (1978).

(68) Woodward, B. y Armstrong S., "The Brethren: inside the Supreme Court", 1979. Ver también "Time", 5/11/1979, ps. 60/64 ("Inside the High Court").

(q) En su momento la aparición del libro "The Brethren" suscitó sentimientos encontrados. Sus autores, B. Woodward y S. Armstrong, habían adquirido notoriedad poco tiempo antes, al haber investigado y sacado a la luz las escuchas ilegales que el ex presidente Richard Nixon había ordenado en el cuartel general del Partido Demócrata. Ahora, a través de un profundo trabajo de investigación donde entrevistaron a numerosos ex secretarios letrados de la Corte Suprema y a numerosas personalidades, divulgaron información confidencial de la Corte Suprema, llegando inclusive a transcribir largas porciones de proyectos de sentencias, junto con las discusiones que por escrito habían mantenido algunos ministros al respecto, las que en algunos casos, no está de más destacar, revelaban actitudes mezquinas o indignas de imitación.

(69) Ver Eisemberg, "Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller", 92 Harv. L. Rev. 410, 411/23 (1978); Fuller, "The forms and limits of adjudication", 92 Harv. L. Rev. 353, 364/72 (1978); Greenawalt, "The enduring significance of neutral principles", 78 Colum. L. Rev. 982, 982/83 (1978).

(r) Un ideal semejante quedó plasmado desde los inicios de la Corte Suprema por la pluma de su secretario, José M. Guastavino, en los siguientes términos:

"Las decisiones de la Suprema Corte que, tanto por los principios primordiales de todo gobierno cuanto por los fundamentos propios del sistema, tienen aunque no sin graves inconvenientes, el carácter y toda la autoridad de ley obligatoria para todos los Estados y todos los individuos, es preciso que sean conocidas del pueblo. Al lado de la influencia y

poder que ejercen sobre la garantía de los derechos y sobre la suerte y organización del país es necesario agregar la publicidad... para levantar ante el tribunal de la Corte Suprema el poder de la opinión del pueblo, quien, a la par que gana en inteligencia con el estudio de las decisiones judiciales, con su censura hace práctica la responsabilidad de los jueces, los cuales ganan a su vez en respetabilidad y prestigio ante sus conciudadanos, según sean la ilustración y honradez que demuestren en sus decisiones. De esta manera logra también el pueblo, por un medio indirecto, pero que obra poderosamente sobre el hombre, prevenir la corrupción de sus jueces..." (prefacio al t. 1 de la Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional, 1864, p. iv).

(70) Lewis, "Book Review", NY. Rev. Books, 7/2/1980, ps. 3, 4 (cuestionando la fidelidad del libro).

(71) Ver el texto que acompaña a la nota 51, supra.

(72) Seguramente es claro que el tamaño tiene su influencia en ese proceso, como también sería evidente si se aumentara el número de la Corte a veinticinco miembros.

(73) Por cierto que una lectura cuidadosa del "Foreword" de Hart evidencia que las aludidas "reuniones-como-seminarios" tuvieron un rol pequeño en su concepción del proceso de maduración del pensamiento colectivo. Ver Hart, "Foreword: the time chart of the justices", cit. supra en nota 55, ps. 122/25. Esto no significa negar que también es necesario un mayor intercambio verbal. Ver Woodward, B. y Armstrong, S., "The Brethren: inside the Supreme Court", cit. supra en nota 68, ps. 442/43.

(74) Amsterdam, "Perspective on the Fourth Amendment", 55 Minn. L. Rev. 349, 350 (1974). El Prof. Amsterdam admite leer sentencias de la Corte Suprema en materia de la Enmienda Cuarta "con la justificada indignación que sólo pueden sentir consecuentemente los académicos". Íd., p. 349. Sin embargo, el autor reconoce que quienes critican a la Corte no están limitados por las características institucionales que hacen difícil para el tribunal el producir una "estructura básica analíticamente coherente". Íd., p. 350. Citado in extenso, el Prof. Amsterdam sostiene:

"La Corte es una comisión. En varios aspectos de nuestra organización social, se otorga a comisiones y no a una persona el poder de tomar decisiones porque es menos probable que una comisión sea despótica, y es más probable que antes de tomar una decisión una comisión pondere todas las consideraciones relevantes. Estas características de una

comisión son indispensables para el rol que la Corte Suprema juega en el gobierno de los Estados Unidos. Pero esto tiene su costo.

El chiste ingenioso que define a un camello como un caballo hecho por una comisión sólo describe inicialmente ese costo. En tanto la Corte respete -por muy buenas razones- 'series de reglas jurisprudenciales según las cuales ha evitado pronunciarse sobre una gran parte de las cuestiones constitucionales que se le presentaron... más allá de lo que el expediente... imperativamente requiere', la Corte está en la nada envidiable posición de una comisión intentando dibujar un caballo trazando líneas muy cortas a espacios irregulares sobre una pizarra muy larga y mientras los miembros de la comisión cambian constantemente. Además, a diferencia de lo que ocurre respecto de la mayoría de las comisiones, la gente espera que la Corte emita una sentencia razonada explicando la ubicación de cada una de esas líneas cortas sin extender indebidamente las líneas de modo de hacer perfectamente comprensible por qué, en su sentencia, el camello resultante es en realidad un caballo. Pienso que se apreciará que objeto la total ecuanimidad de aquel crítico que cabalga caballerescamente en su propio caballo y menosprecia por comparación al camello de la Corte". *Íd.*, p. 351 (notas de pie de página omitidas). Para ejemplos del carácter de "comité" de algunas de las decisiones ver Woodward, B. y Armstrong, S., "The Brethren: inside the Supreme Court", cit. supra en nota 68.

(75) Hart, "Foreword: the time chart of the justices", cit. supra en nota 55, p. 125.

(76) Greenawalt, "Discretion and judicial decision: the elusive quest for the fetters that bind judges", 75 *Colum. L. Rev.* 359, 379/80 (1975). Los ministros bien saben esto. Ver Woodward, B. y Armstrong, S., "The Brethren: inside the Supreme Court", cit. supra en nota 68.

(77) Schaefer, "Precedent and policy", cit. supra en nota 20, ps. 9/10.

(78) Esa expresión podría ser usada para referirse a alguno de los siguientes conceptos: hechos relevantes, reglas, principios, doctrinas o razones. Ciertamente existen otras posibilidades.

(79) Ver nota 55 y el texto que la acompaña, supra.

(80) Esta afirmación fue expresada por el ministro White en su disidencia al fallo que denegaba el certiorari en "Brown Transp. Corp. v. Atcon, Inc.", 439 US. 1014, 1023. Ver notas 53 y 54 y el texto que las acompaña, supra. En cuanto a las estadísticas acerca de la producción escrita de cada ministro ver "The Supreme Court, 1977 Term", Harv. L. Rev. 57, 327 (1978).

(81) En "Singleton v. Commisioner", 439 US. 940 (1978), el ministro Stevens expresó su disgusto con la práctica creciente de redactar votos en disidencia en los casos de denegatorias del certiorari. Al caracterizar dichos votos como ejemplos "de las formas más puras de dicta", íd., p. 945, el ministro consideraba que eran "potencialmente engañosos". "Como la Corte no da explicación alguna acerca de las razones por las cuales se denegó el certiorari, los argumentos del disidente en favor de la concesión del recurso no son respondidos, y por ello aparecen como más convincentes que la mayoría de los votos restantes".

(s) En el procedimiento norteamericano la interposición del certiorari o la concesión formal del mismo no producen la suspensión de la eventual ejecución de la sentencia que se recurre (Stern, Robert y otros, "Supreme Court practice, the Bureau of National Affairs Inc.", cit. supra en nota del traductor "b", p. 672). Para lograrlo se debe solicitar al tribunal del cual emana el pronunciamiento recurrido que suspenda su ejecución hasta que dicte sentencia la Corte. Y si allí es denegada esa solicitud, renovarla ante un ministro de la Corte Suprema (título 28, sección 2101, United States Code).

(t) Aquí el autor se refiere a lo siguiente: la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene un período de sesiones, llamado término o term, que va desde el primer lunes hábil del mes de octubre (ver United States Code, título 28, §2) al último día antes del primer lunes del mes de octubre del año siguiente (regla 3 de las Rules of The Supreme Court of the United States). En julio comienza el receso de verano, y existe la costumbre de que todos aquellos recursos concedidos en los que se han escuchado los alegatos orales y que merecen una decisión en cuanto al fondo deben estar resueltos antes de ese receso. Así, en el mes de junio de cada año se genera una acumulación inevitable de sentencias.

(82) Ver, p. ej., "West Coast Hotel v. Parrish", 300 US. 379, 401/02 (1937) (Sutherland, J., en disidencia) ("El juramento que como juez presta un ministro de la Corte no es un juramento colectivo sino uno individual... Él cumple con una obligación que pesa sobre sí mismo").

(83) Esto es verdad, aun cuando antes del año 1800 prevalecía la práctica de dictar sentencia seriatim. Aun así, uno debe esforzarse en buscar aquella parte que la Corte, como

un todo, compartía. Ver Davis y Reynolds, "Judicial cripples: plurality opinions in the Supreme Court", *Duke L. J.* 73 n. 70.

(u) En la nota de pie de página n. 83 el Prof. Monaghan hace referencia a la práctica de dictar sentencia seriatim, y como no estamos acostumbrados a ella, me pareció útil desarrollar una breve explicación. Esta práctica consistía en que cada ministro integrante de la Corte Suprema emitía un voto, y así, sucesivamente, hasta que se pronunciaba el último miembro del tribunal. Es decir que cada sentencia poseía tantos votos como ministros tenía la Corte. Al desembarcar John Marshall como presidente de la Corte Suprema, en 1801, logró convencer a los restantes ministros acerca de la inconveniencia de ese proceder. En su lugar, acordaron que se redactaría un voto único en el cual todos estuvieran de acuerdo. "El ministro William Johnson [colega de Marshall] ha dado testimonio en cuanto a que fue sólo como respuesta a su insistencia que se aceptaron los votos concurrentes y disidentes" (Snowiss, Sylvia, "Judicial review and the law of the Constitution", Yale University Press, 1990, p. 123). Según la mencionada autora esta práctica iniciada por Marshall, unida al disfavor con que miraba las opiniones alternativas y la maestría de su estilo, crearon las condiciones para que se moldeara el control de constitucionalidad según como lo percibía el propio Marshall (ibíd.). En los albores de nuestra organización nacional también puede constatar que las disidencias o los votos concurrentes eran raros. Es recién a partir de 1878, con la designación de Uladislao Frías en la Corte, que los fallos comienzan a registrar frecuentes votos en disidencia del mencionado ministro.

(84) El Prof. Hart advirtió: "Pedir que los jueces, luego de más o menos un par de horas de estudio individual de los recursos y del expediente, voten sobre cuestiones complejas y generalmente muy conflictivas, es una invitación a que voten influenciados más por sus predilecciones generales del área del derecho que se trate, que por un examen jurídico técnico de las precisas cuestiones sometidas a decisión". Hart, "Foreword: the time chart of the justices", cit. supra en nota 55, p. 124. Quizás yo exagero este punto; sin embargo, ver Stewart, "Inside the Supreme Court", *NY. Times*, octubre de 1979, p. 1, cols. 2 a 4. Ver también Woodward B. y Armstrong, S., "The Brethren: inside the Supreme Court", cit. supra en nota 68.

(85) Conf. Davis y Reynolds, "Judicial cripples: plurality opinions in the Supreme Court", cit. supra en nota 83, ps. 75/76 (las opiniones concurrentes, "ubicadas estratégicamente", a veces tienen "un valor muy especial").

(86) Schmidhauser, "Stare decisis, dissent and the background of the justices of the Supreme Court of the United States", 14 *U. Toronto L. J.* 194 (1962).

(87) Ver Arnold, "Professor Hart's theology", cit. supra en nota 57, p. 1312.

(88) Ver Amsterdam, "Perspective on the Fourth Amendment", cit. supra en nota 74, ps. 351/52; Greenawalt, "Discretion and judicial decision: the elusive quest for the fetters that bind judges", cit. supra en nota 76, ps. 1001/02 (citando a Freund, "Rationality in judicial decisions", en "Nomos VII: rational decision", 109, 119/21 [C. Friedrich, ed. 1964] & Rostow, E., "The sovereign prerogative: the Supreme Court and the quest for law", 33, 1962).

(89) Amsterdam, "Perspective on the Fourth Amendment", cit. supra en nota 74, ps. 350/351. Pero ver Woodward, B. y Armstrong, S., "The Brethren: inside the Supreme Court", cit. supra en nota 68, ps. 406/07.

(90) Greenawalt, "Discretion and judicial decision: the elusive quest for the fetters that bind judges", cit. supra en nota 76, p. 1013. En cuanto a los esfuerzos por justificar algunos límites prudenciales (léase "sin expresar fundamento") respecto de la necesidad de sentencias fundadas comparar Bickel, A., "The least dangerous branch", 1962, con Gunther, "The subtle vices of the 'passive virtues': a comment on principle and expediency in judicial review", 64 Colum. L. Rev. 1 (1964).

2004AR_DA002