

SAUL BRENNER Y HAROLD SPAETH, *STARE INDECISIS: LAS ALTERACIONES DEL PRECEDENTE EN LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 1946-1992*, MADRID, MARCIAL PONS, 2017

Guadalupe Fernández Mehle

¿Por qué los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos votan de la forma que votan? ¿Qué variables pueden influirlos a la hora de decidir un caso? ¿Se puede predecir eficazmente cómo va a votar un juez en una determinada situación? Saul Brenner y Harold Spaeth buscan responder estas interrogantes en *Stare Indecisis: las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*, a partir del análisis, tanto de los fallos que formalmente alteran precedentes como de los precedentes alterados por la Corte Suprema de Estados Unidos durante el periodo entre 1946 y 1992.

Al igual que en el resto de los países en los que rige el sistema del *Common Law* (y a diferencia de los que siguen el sistema del *Civil Law*), un parámetro importante para adelantar cómo fallará la Corte Suprema –o cualquier tribunal– de Estados Unidos, es la regla del *stare decisis*. Esta puede definirse como:

“la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a la *ratio/holding* [es decir, la razón directa que tiene un tribunal para fallar de determinada manera] de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía coordinada o superior”¹.

Este elemento del modelo jurídico es una de las variables que consideran los autores para determinar el motivo que guía las decisiones de

¹ Santiago LEGARRE, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, p. 42.

los jueces (capítulo VII). La otra variable se encuentra dentro del modelo actitudinal, que es contrario al jurídico: la ideología política (capítulo VIII).

En la primera mitad de *Stare Indecisis...*, los autores comienzan explicando en qué consiste la regla del *stare decisis*, realizan una breve crítica de los estudios empíricos concernientes a la alteración del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos y, luego, explican y fundamentan su elección de método de estudio y selección de casos. Sobre esto consideramos importante resaltar algunas cuestiones.

El *stare decisis* tiene diferentes dimensiones. En primer lugar, los autores distinguen entre el *stare decisis* vertical, que se refiere a:

“la obligación que los jueces de tribunales inferiores tienen de adherirse a los precedentes de tribunales superiores dentro de la misma jurisdicción”;

y el *stare decisis* horizontal, referido al:

“deber de concordancia de un tribunal con sus propios precedentes o con aquellos de un tribunal hermano, en caso de existir alguno” (p. 16).

Ya que el libro estudia únicamente los precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos, solo nos importa la dimensión horizontal.

Para que la regla del *stare decisis* sea aplicable a un caso, este debe ser *análogo* a un caso decidido anteriormente, es decir, debe tratar sobre el mismo punto; los hechos que motivaron ambos casos deben tener una estrecha relación. Ahora bien, generalmente un caso puede considerarse análogo a más de un precedente, y la elección de cuál será el que se aplicará cae en manos del juez, quien puede usar la técnica conocida como *distinguishing* (que se utiliza para distinguir casos con hechos distintos, o apartarse de algunos de ellos para aplicar otros más cercanos a la situación que se presenta). Así, puede dejar de aplicar un caso claramente análogo y aplicar otro que se acerque más al resultado que él quería obtener, sin la carga de tener que derogar un precedente, pudiendo este continuar aplicándose sin perder validez². Esto también representa una variable significativa a la hora del estudio de cómo votan los jueces, pero Saul Brenner y Harold Spaeth no la incluyen en su estudio, precisamente porque el precedente no resulta modificado, y, es probable, también por el nivel de complejidad que esto representaría.

² Julio Cesar CUETO RÚA, *El “Common Law”: su estructura normativa, su enseñanza*, capítulo IV.

A pesar de que el *stare decisis* se ve bastante suavizado en su plano horizontal al nivel de la Corte Suprema³, durante los cuarenta y seis años que cubre el libro, solamente ciento quince decisiones de la Corte alteraron ciento cincuenta y cuatro precedentes (p. 40). Esto demuestra que, si bien los jueces de la Corte se reconocen una mayor libertad a la hora de reexaminar los precedentes de dicho tribunal, no derogan a la ligera.

En los capítulos IV y V, los autores comparten algunas características de los casos estudiados.

Aunque no nos referiremos a todas ellas, nos gustaría destacar que: ciento veintinueve de los ciento cincuenta y cuatro precedentes alterados no sobrevivieron más de cincuenta años, y setenta y siete de ellos no pasaron los veinte años (p. 50). Explica Julio Cueto Rúa:

“el grado de autoridad que corresponde a tal precedente, depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos, y del juicio de tribunales subsiguientes, respecto de su corrección como una manifestación de derecho real o vigente”⁴.

Siguiendo esta línea, si bien es lógico que cuando un precedente sobrevive una determinada cantidad de años sin ser derogado y es afianzado por otras decisiones, adquiera cierta presunción de inamovilidad⁵ –lo cual justifica la tendencia a derogar precedentes más nuevos–, no es de extrañar que precedentes como *Plessy v. Ferguson*⁶ y *United States v. Reese*⁷ fueran reevaluados y derogados.

También señalan los autores que los precedentes más antiguos tendieron a ser derogados por votaciones unánimes o casi unánimes (9-0, 8-0 u 8-1) y los más recientes por una mayoría estrecha (5-4 o 5-3), lo cual puede explicarse por la mayor lealtad que un precedente reciente puede generar debido a la probabilidad de que un juez se encuentre presente en ambos casos (p. 53). Sobre esto volveremos más adelante.

³ LEGARRE, *op. cit.*, pp. 154-164.

⁴ CUETO, *op. cit.*, p. 91.

⁵ Como resaltan los autores: “está claro que incluso los jueces cuyo apego a la *stare decisis* es débil no estarían dispuestos a reexaminar una multitud de decisiones, incluso cuando creen que esas decisiones fueron tomadas incorrectamente”, p.19.

⁶ 163 U.S. 537 (1896). El fallo sostuvo la constitucionalidad de una ley del estado de Louisiana que permitía “equal but separate accommodations for the white and colored races”.

⁷ 92 U.S. 204 (1876). La Corte encontró que la 15ª enmienda no le confería un derecho individual al voto, sino que prohibía a los Estados dar tratamiento preferencial a algún ciudadano. Según esto, el derecho a voto provenía de los Estados, en lugar del gobierno federal, y permitía a los Estados determinar cómo los votantes están calificados para votar y bajo qué circunstancias.

Como señalamos, el *stare decisis* se atenúa en su plano horizontal. Pero esto es aún más marcado cuando el precedente trata sobre una cuestión constitucional. Saul Brenner y Harold Spaeth encontraron que 63,9% de los casos que derogan se basaron en fundamentos constitucionales (p. 57).

Los autores ejemplifican dos de las razones que la Corte fue dando a lo largo de los años para justificar por qué los precedentes constitucionales son más vulnerables a la hora de ser revisados. En primer lugar, citan al juez **Lewis F. Powell** en *Mitchell v. W.T. Grant Co.*⁸:

“[...] La revisión de una interpretación constitucional, por otro lado, es habitualmente imposible de forma práctica, ya que requiere de la engorrosa enmienda constitucional. Por lo tanto, no es solo nuestra prerrogativa, sino también nuestro deber, reexaminar un precedente en donde su razonamiento o entendimiento de la Constitución es justamente cuestionado. Y si el precedente o su lógica son de validez dudosa no debería sostenerse” (p. 56).

Y luego, al juez **Antonin Scalia** en *South Carolina v. Gathers*⁹, citando al juez **William O. Douglas**:

“[...] Pero recuerda sobre todo lo demás que es la Constitución lo que juró apoyar y defender, no el barniz que sus predecesores pusieron en ella” (pp. 56-57)¹⁰.

Cuando los jueces establecen un precedente (ya sea fallando en un caso nuevo que no encuentra analogías o derogando un precedente anterior), lo hacen sabiendo que “el caso de hoy también se transformará en precedente para futuros casos del mañana”¹¹. Por lo tanto, frente a su papel como máximos intérpretes de la Constitución, y conscientes de la dificultad a la hora de remediar errores mediante la vía de la enmienda, es su deber priorizar la concreción de sus principios y valores, antes que mantener errores en el tiempo, amparándose en la estabilidad del derecho que el *stare decisis* provee.

“La atención al imperio de la ley puede apoyar el mantenimiento de algunos precedentes defectuosos sobre las bases del *stare decisis*. Pero no puede apoyar una presunción tan poderosa como para impedir la oca-

⁸ 416 U.S. 600 (1974).

⁹ 490 U.S. 805 (1989).

¹⁰ Los autores no mencionan como ejemplo la disidencia de *Justice Brandeis* en *Burnet v. Colorado Oil and Gas Co.*, 285 U.S. 393, a pesar de ser uno de los precedentes más citados por la doctrina en general a la hora de referirse a este punto.

¹¹ GARAY, Alberto, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, p. 52.

sional adopción de nuevas interpretaciones que puedan proporcionar un mejor encuadre para la decisión de futuras disputas”¹².

Un precedente puede desfigurar lo que la Constitución o la ley claramente dicen o representan. Stephen Markman los categoriza como “Alice-in-Wonderland precedents”¹³, creando una imagen que, en efecto, representa su desconexión con la realidad. En estos casos, los beneficios que el *stare decisis* conlleva, dejan de ser tales para convertirse en enemigos del imperio de la ley. Si los jueces observan que pueden manipular las leyes a su antojo y que el *stare decisis* perpetuará sus decisiones, en especial en el ámbito de la Corte Suprema, donde no hay otra instancia de revisión que pueda remediar el error, serán menos prudentes a la hora de apegarse a las leyes y más propensos a intentar convertirse ellos mismos en legisladores. “A veces dejar de lado un precedente puede promover el imperio de la ley, y a veces reafirmar un precedente puede perjudicarlo”¹⁴.

Fuera de la presencia de este tipo de errores, el apartamiento de la doctrina de un fallo se justifica cuando “la aplicación de la regla general implícita en ellos ha probado su desconexión con la cambiante realidad”¹⁵.

Hubiese sido imposible para los constituyentes del siglo XVIII prever los innumerables cambios que la sociedad atravesaría a lo largo del tiempo e, incluso, aunque lo hubiesen hecho, no habrían podido escribir una Constitución que se adaptara perfecta e inequívocamente a todas las situaciones y periodos. En palabras de Thomas Jefferson:

“Las leyes e instituciones deben ir mano a mano con el progreso de la mente humana. A medida que se vuelve más desarrollada, más iluminada, que se realizan nuevos descubrimientos, nuevas verdades son reveladas, y modos y opiniones cambian con los cambios de circunstancias, las instituciones [y las leyes] deben avanzar también, y mantener la paz con los tiempos”¹⁶.

Esta necesidad de mantener la Constitución actualizada y la dificultad que representaría realizarlo por otro medio, es lo que convierte la experiencia de la práctica judicial en una fuente invaluable del Derecho¹⁷.

¹² Randy J. KOZEL, “The Rule of Law and the Perils of Precedent”, p. 44.

¹³ Stephen MARKMAN, “Precedent: Tension between Continuity in the Law and the Perpetuation of Wrong Decisions”, pp. 283-287, p. 286.

¹⁴ KOZEL, “The Rule...”, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵ GARAY, *op. cit.*, p. 242.

¹⁶ Thomas JEFFERSON, Carta del 12 de julio de 1816 a Samuel Kercheval, extraída de *The Works of Thomas Jefferson*

¹⁷ “Text is what starts the engine of constitutional law, but precedent is what really makes it hum”. Randy J. KOZEL, “Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent”

La contracara de esta situación sería una corte demasiado laxa a la hora de respetar el *stare decisis*. Si bien es cierto que los jueces deben lealtad principalmente a la Constitución, la generalidad con la que sus cláusulas deben redactarse para que esta pueda ser efectiva y perdurar en el tiempo, vuelve de extrema necesidad que los jueces la interpreten para el caso en concreto y la adapten a los tiempos en que se encuentran. Estas interpretaciones pasan a formar parte de cómo el público en general ve a la Constitución, por lo cual se vuelve esencial para la seguridad jurídica que la Corte siga una línea de interpretación clara y lo más uniforme posible. “La presunción de respeto debe ser significativa pero medida”¹⁸.

Es de extrema importancia que cuando los jueces decidan si derogar un precedente o no, lo hagan sobre bases lo más objetivas posible, juzgando los errores por su desapego a la ley y al contexto, y no se dejen llevar por sus propias convicciones subjetivas o por la reacción que la decisión pudiera provocar en la opinión pública. “La reacción del público se encuentra altamente influenciada por si les gusta o no el resultado” (p. 20). Que *les guste o no el resultado* no siempre se encuentra vinculado con la correcta aplicación de la ley, sino, más bien, con la percepción individual que la gente tiene de lo que la ley *debería ser*; y en algunos casos puede llevar a grandes injusticias. Los jueces no pueden guiarse por esto, sino por lo que la ley verdaderamente dice y representa.

En los capítulos VI, VII y VIII, Saul Brenner y Harold Spaeth desarrollan los resultados de su estudio con respecto a por qué los jueces votan de la forma que lo hacen, analizando –como adelantamos– una variable del modelo jurídico y una del actitudinal.

Antes de comenzar con el estudio en sí, quisiéramos empezar por referirnos al capítulo VII, para terminar con el análisis de cómo el *stare decisis* influye a los jueces antes de pasar a las preferencias políticas.

Además de distinguir al *stare decisis* en su plano horizontal y vertical, podemos hacerlo según si es personal, es decir,

“un juez individual apoya, ya sea la decisión de la Corte en el caso 1 y se opone a su rechazo en el caso 2, o se opone a la decisión de la Corte en el caso 1 y favorece su rechazo en el caso 2”;

o institucional, “cuando un juez concuerda con los precedentes de la Corte”, independientemente de cómo haya votado con anterioridad, en lo personal (p. 102).

Su adherencia al *stare decisis* institucional es lo que marcará su afinidad con el modelo jurídico; cuando vote de acuerdo con el *stare decisis*

¹⁸ KOZEL, “The Rule...”, *op. cit.*, p. 44.

personal, pertenecerá al modelo actitudinal. Cuando su voto sea a la vez personal e institucional, se encontrará dentro de ambos modelos. Por último, cuando vote con la mayoría tanto en el fallo original como en el que deroga al precedente, no pertenecerá a ninguno.

Luego de su análisis, los autores concluyen: “las cuatro Cortes revelaron mayor apoyo para el *stare decisis* personal que para el modelo jurídico” (pp. 116-117).

Parece lógico que, si un juez tomó una posición a conciencia sobre un caso, mantenga la misma posición a la hora de decidir una situación análoga. La importancia del *stare decisis* personal radica en que estar constantemente cambiando de opinión sobre un tema genera dudas sobre las convicciones y la integridad de una persona –cualidades que son cruciales en la personalidad de un juez y vitales para mantener la confianza de la gente en sus decisiones–. En sí, el *stare decisis* personal tiene para el juez individual el mismo valor que el institucional para el sistema en general, lo que significa que debe respetarse siempre que no se tenga un motivo en verdad importante para no hacerlo.

Adherir al *stare decisis* personal no debería ser una fórmula mecánica. A la hora de considerarlo, el juez debería evaluar si el precedente anterior creó certeza y claridad, si fue funcional en la práctica y si su aplicación por otros tribunales estuvo de acuerdo con los valores de la Constitución. También debería considerar si su conocimiento sobre el tema cambió de manera que sus razones anteriores ya no se encuentran justificadas, si los principios de la ley se desarrollaron de manera que las invalida y si el contexto social demanda una decisión diferente¹⁹.

Cuando un juez observa alguna de estas situaciones, cambia su forma de parecer y lo traduce en un cambio de postura ante un caso análogo en el que le toca votar, creemos que gana credibilidad. Las personas, las circunstancias y las leyes evolucionan. Un juez puede estar convencido de algo un día, bajo una determinada situación, y luego reconocer su error y no querer repetirlo. De esta forma no estaría dañando al sistema, le estaría haciendo un favor.

Dañino para el sistema sería que un juez que observase alguna de estas situaciones, decidiera mantener su posición simplemente porque es consciente de que quienes estuvieron de acuerdo con su decisión inicial lo verían como un traidor, o un oportunista²⁰. Puede que esa primera de-

¹⁹ Elaine CRAIG, “Personal Stare Decisis, Hiv Non-Disclosure, and the Decision in Mabior”, pp. 207-227, p. 214.

²⁰ Para un amplio, didáctico y polémico análisis de cómo resuelven los jueces los conflictos entre la ley y cómo ellos quieren que el caso se resuelva y, en especial para este

cisión estuviera intrínsecamente relacionada con su ideología política y, además de preocuparle cómo lo verían quienes la comparten, sienta que se está traicionando a sí mismo. Estas razones no justifican la adherencia al *stare decisis* personal. El juez debería, ante todo, priorizar la correcta aplicación de la ley, y actuar en consecuencia si advierte que su anterior posición es insostenible. “Arraigar de forma consciente decisiones erróneas puede perjudicar la solidez del régimen legal”²¹.

Si bien esta reseña no es el lugar para una acabada explicación del método utilizado por los autores –remitimos al libro, que dedica unas cuantas páginas a esta tarea–, explicaremos brevemente sus lineamientos básicos para poder referirnos a sus conclusiones.

Para su análisis, los autores utilizan la “escala acumulativa”. Para explicar cómo funciona este sistema, imaginemos que a un grupo de personas se les realiza tres preguntas sobre un tema:

- a) ¿prefiere leer un libro antes que no estar haciendo nada?;
- b) ¿prefiere leer un libro antes que mirar televisión? y
- c) ¿prefiere leer un libro antes que hacer cualquier otra cosa?

De acuerdo con la escala acumulativa, “si una persona se compromete con la afirmación extrema, esa persona se comprometerá con todas las afirmaciones menos extremas” (p. 87). En el ejemplo dado, quienes contesten de modo afirmativo la pregunta c) responderán de la misma manera las preguntas a) y b); mientras que quien responda de manera negativa la pregunta a) responderá de igual manera b) y c). Las dos variables restantes serán quienes respondan de forma negativa la pregunta c), pero afirmativamente la b), también estarán de acuerdo con la a); y quien responda afirmativamente la pregunta a) podrá no hacerlo en las preguntas b) y c).

Trasladado esto al comportamiento judicial,

“la escala acumulativa sugiere que, si las actitudes de los jueces explican sus votos, entonces, una vez que un juez se opone a una actitud hipotética, debería continuar haciéndolo en todos los casos decididos por un voto negativo mayor que en los casos en los que apoyó la actitud hipotética” (p. 88).

Los autores utilizan los votos anteriores de los jueces como medio de predicción de los subsiguientes y las variables hipotéticas en las que se basarán dentro de las escalas acumulativas serán “las preferencias políticas personales”, como ser: “derechos y libertades civiles, actividad económi-

punto, cómo influye en los jueces su percepción de cómo los ve la gente, véase Duncan KENNEDY, “Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”.

²¹ KOZEL, “Settled...”, *op. cit.*, p. 21.

ca, federalismo, ejercicio del poder de la judicatura y sistema federal de impuestos” (p. 90). Cuando un juez no vote de la manera en que debería haberlo hecho de acuerdo con las variables medidas por la escala, al voto se lo denominará “no escalar”.

Los autores analizan a cada una de las cortes de forma individual según este método²². La Corte de Vinson (1946-1953), en la que se identificaron seis decisiones que alteran diez precedentes, no dio un resultado claro de acuerdo con la escala, que falló en explicar el por qué de la votación de los jueces (p. 91). La Corte de Warren (1953-1969), que produjo cuarenta y tres decisiones **derogando** sesenta precedentes, votó de acuerdo con el modelo actitudinal por un amplio margen (p. 93). La Corte de Burger (1969-1986), en sus cuarenta y seis fallos dejando sin efecto cincuenta y seis precedentes, generó los suficientes votos no escalares, **rescindiendo** fallos previos a la Corte de Warren como para quedar debajo del corte que establecieron los autores para determinar que los jueces habían seguido el modelo actitudinal. **Revocando** fallos de la Corte de Warren lo superó por un ligero margen y **derogando** sus propios precedentes lo superó más ampliamente (p. 94). La Corte de Rehnquist (1986-1992)²³, con sus veinte fallos **abrogando** veintiocho precedentes, superó el corte de forma holgada (p. 97). Entre las cortes de Warren, Burger y Rehnquist “se emitieron exactamente mil votos computables, de los cuales 976 fueron actitudinalmente consistentes” (p. 98).

Concluye el capítulo VI que “las preferencias políticas de los jueces explican sustancialmente su comportamiento” (p. 99).

En el capítulo VIII, puntualizan que, en cuanto a ideología, dividen a los jueces y a las cortes en *conservadoras* o *liberales*²⁴. Analizan a cada uno según sus votaciones, esperando “una relación inversa entre la dirección ideológica de la Corte [y cada uno de los jueces] y la de las decisiones que rechazan” (p. 121); y efectivamente concluyen:

²² Para lectores que –como quien escribe– no estén familiarizados con la historia de la Corte Suprema de Estados Unidos al momento de leer el libro, puede ser útil consultar las cuatro Cortes abarcadas por el libro en: http://supremecourthistory.org/history_courthistory.html [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]

²³ La Corte de Rehnquist continuó hasta el año 2005, pero el libro solo abarca el período hasta 1992.

²⁴ Los autores únicamente califican al voto liberal, puntualizando: “apoya a una persona acusada o condenada por un delito y favorece los derechos y libertades civiles de los demandantes. En materia económica, un liberal vota en contra de las empresas, a favor de la competencia, por sindicatos y por responsabilidad. Sobre los conflictos gobierno federal-estados, es pro Estados Unidos y antiestatal, y es activista en términos del ejercicio del poder de la judicatura”, p. 121. Podemos deducir que el voto conservador sería lo totalmente opuesto.

“los jueces *irresistiblemente* rechazan decisiones debido a su ideología [...] 701 de 719 votos (97%) en decisiones que rechazan no unánimes fueron compatibles con la ideología de los jueces. [...] Las Cortes, por supuesto, reflejaron la ideología de sus miembros” (p. 142).

Esto no aparece como una sorpresa. La ley no se aplica de forma mecánica –y menos aún los precedentes–. Necesariamente requiere una apreciación del juez de qué es lo justo en cada caso y esto varía según la concepción de *lo justo* que tiene cada juez. Su ideología política forma parte de lo que entienden por *justicia*. Los jueces no son computadoras, son personas, que fueron educadas de determinada manera, en determinados contextos sociales y que están insertos en su comunidad; la realidad y la política los afectan día a día.

Con esto, de ninguna manera queremos decir que el proceso judicial sea puramente subjetivo. Los jueces no tienen en cuenta solo su ideología política a la hora de votar –algunos más, algunos menos, aunque siempre haya excepciones–, también son conscientes de que forman parte de un sistema que deben defender y no manipular a su antojo. Incluso, aunque en su interior no lo creyeran, no son soberanos, y saben que su nivel de legitimidad está íntimamente vinculado con que la sociedad considere que hacen de forma correcta su trabajo, es decir, cumplan con la ley.

Como aclaran los autores en la conclusión, esto “no desdice la posible relevancia de la influencia del modelo jurídico en la votación” (p. 144). Consideramos que esto es así, principalmente, por dos motivos. En primer lugar, porque una decisión que está de acuerdo con la ideología no necesariamente está en desacuerdo con la ley. Si observan los casos que fueron derogados (los cuales los autores listan y describen de manera breve en los apéndices del libro), es probable encontrar que muchos de ellos fueron correctamente derogados. Fueron **rescindidos** de acuerdo con la regla del *stare decisis* que no fue instaurada para prolongar errores o injusticias en el tiempo²⁵. Segundo, si bien es más probable que un juez al que pueda considerarse liberal encuentre *injusta* una decisión considerada conservadora, esto tampoco es una cuestión mecánica, no necesariamente tiene que ser así. Con seguridad, si alguien analizara todos los fallos de la Corte que el libro no estudia, encontraría un montón de decisiones de cortes conservadoras mantenidas por cortes liberales y viceversa. Como remarcamos más atrás, ciento cincuenta y cuatro precedentes derogados en un lapso de cuarenta y seis años demuestran la importancia del *stare decisis*.

²⁵ Kurt T. LASH, “The Cost of Judicial Error: Stare Decisis and the Role of Normative Theory”.

Para concluir con esta reseña quisiéramos referir a una pregunta que hacen los autores casi al principio del libro:

“¿es la *stare decisis* una regla de conveniencia fomentada por los jueces cuando los ayuda a justificar su decisión o es una regla que influencia su toma de decisión?” (p. 23).

Hay quienes creen que es una regla cuando al juez le conviene, como Duncan Kennedy:

“la regla puede en un momento particular aparecer como objetiva; pero al siguiente momento puede aparecer como manipulable. No es, como yo lo veo desde dentro de la práctica de la argumentación legal, esencialmente una cosa o la otra”²⁶.

A favor de la segunda alternativa, señala Randy Kozel que “un sistema de precedentes formulado con el imperio de la ley en mente va a contemplar una cierta cantidad de derogaciones”²⁷.

Desde nuestro punto de vista, la clave a la hora de juzgar si un juez se apega o no al modelo jurídico debería hallarse en si su decisión de derogar un precedente fue objetivamente justa, si luego de un análisis de las consecuencias que el precedente produjo en la sociedad se llegó a la conclusión de que no podía mantenerse o, solo se lo derogó porque a una corte no le gustaba un resultado específico. Esto no es lo que analizan Saul Brenner y Harold Spaeth en su libro y, si bien dentro de los parámetros de su estudio su conclusión es acertada, no es suficiente para contestar sus interrogantes.

Bibliografía

- BRENNER, Saul y Harold SPAETH, *Stare Indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*, traducción de Sebastián Figueroa Rubio y Camila Spoerer Grau, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- CRAIG, Elaine, “Personal Stare Decisis, Hiv Non-Disclosure, and the Decision in Mabior”, in *Alberta Law Review*, vol. 53, N° 1, **Alberta**, 2015.
- CUETO RÚA, Julio César, *El “Common Law”: su estructura normativa, su enseñanza*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- GARAY, Alberto, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.

²⁶ KENNEDY, *op. cit.*, p. 45.

²⁷ KOZEL, “The Rule...”, *op. cit.*, p. 44.

- JEFFERSON, Thomas, *The Works of Thomas Jefferson*, Federal Edition, New York and London, G.P. Putnam's Sons, 1904-1905, vol. 12. Disponible en: <http://oll.libertyfund.org/people/thomas-jefferson> [fecha de consulta: 23 de septiembre de 2017].
- KENNEDY, Duncan, "Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", reprinted in James BOYLE (ed.), *Critical Legal Studies* (Dartmouth). Disponible en <http://duncankennedy.net/bibliography/alpha.html> [fecha de consulta: 23 de septiembre de 2017].
- KOZEL, Randy, "Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent", in *Texas Law Review*, vol. 91, N° 7, ciudad, 2013.
- KOZEL, Randy, "The Rule of Law and the Perils of Precedent", in *Michigan Law Review First Impressions*, vol. 111, N° 37, Michigan, 2013.
- LASH, Kurt, "The Cost of Judicial Error: Stare Decisis and the Role of Normative Theory", in *Notre Dame Law Review*, vol. 89, N° 5, Notre Dame Indiana, 2014.
- LEGARRE, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ábaco, 2016.
- MARKMAN, Stephen, "Precedent: Tension between Continuity in the Law and the Perpetuation of Wrong Decisions", in *Texas Review of Law & Politics*, vol. 8, N° 2, Texas, 2004.