

CAPITULO I
EL COMMON LAW

SECCION III
LA FUERZA DEL PRECEDENTE

§ 4. *Comparación de los derechos inglés, norteamericano y francés en cuanto a la autoridad del precedente*

116. La fuerza del precedente en los Estados Unidos y en Inglaterra . . .	305
117. La fuerza del precedente en los Estados Unidos y en Francia	310
118. Comparación del <i>common law</i> de los Estados Unidos, del <i>common law</i> inglés y del derecho francés desde el punto de vista de su forma de evolución	312

§ 4. COMPARACIÓN DE LOS DERECHOS INGLÉS, NORTEAMERICANO Y FRANCÉS, EN CUANTO A LA AUTORIDAD DEL PRECEDENTE

116.—Parece interesante, para concluir este estudio sobre la autoridad que posee el precedente en los Estados Unidos, intentar una comparación entre ella y la que posee en Inglaterra y en Francia, aunque tal comparación haya sido ya emprendida por un maestro de los derechos americano e inglés, el profesor Arthur L. Goodhart.¹

Según este autor —cuyas observaciones no parecen haber perdido nada de su valor, a pesar de haber sido formuladas hace más de veinte años— el *common law* americano ha adquirido, en lo relativo a la doctrina del *stare decisis*, una verdadera autonomía, todavía está más cerca, en lo concerniente a esta doctrina, del *common law* inglés que del derecho francés, pero evoluciona, evidentemente, hacia éste.² Mientras que el *common law* inglés da al precedente una autoridad muy firme y verdadera, siendo excepcional el recurso a distinciones injustificadas para escapar de él,³ el *common law* americano no con-

4. Cf. POUND, *Courts and Legislation*, p. 215.

5. Cf. GOODHART, *op. cit.*, p. 188 ó pp. 67-68, y *supra*, N° 109, texto y notas 23 y ss.

6. Cf. FRIEDMANN, pp. 354-374-375. V. no obstante, HUTCHESON, en *The Status*, p. 260.

116.—

1. *Case Law in England and America*, "Corn. L. W." (1930), vol. 15, pp. 173-193, reproducido en *Essays*, pp. 50-74. V. también *The New York Court of Appeals and the House of Lords*, "Buff. L. J." (Aug. 1929), reproducido en *Essays*, pp. 268-281.

Sobre la autoridad del precedente en otros países de *common law* o que han sufrido en cierta medida su influencia, v. *supra*, N° 95, nota 5; en Francia, Bélgica y Holanda, v. *infra*, N° 117, nota 3; en otros países, v. J. B. HERZOG, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*, 1942; Alejandro de SANTOS, *The Philippine Doctrine of Precedents*, "Decision Law Journ.", (1954), vol. 10, pp. 803-817, 883-893.

V. también A. ROBLES ALVAREZ SOTOMAYOR, *El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española*, "Rev. Gral. de Ley y Jur.", mayo 1948, Madrid; Guido TEDESCHI, *El sistema de los precedentes judiciales en el mundo contemporáneo*, "La Ley", Rev. Jurídica argentina, t. 63, julio-agosto-septiembre, 1951, Buenos Aires; y el libro de José PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como una fuente del derecho*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 249 pp.

2. P. 173 (ó 50), 186 (ó 65) y 193 (ó 74): Cf. LAMBERT, *op. cit. supra*, N° 55, nota 1.

3. Pp. 175-179 (ó 53-57). Hay que reconocer, sin embargo, que el *common law* inglés llega al establecimiento de principios y consigue hacerlos más fácil-

serva al precedente mas que una autoridad secundaria, bajo la influencia, por otra parte perfectamente consciente, de sus autores más eminentes.⁴ El precedente aislado ha perdido su autoridad. Indudablemente, una serie de precedentes conserva normalmente la suya; pero también es característico de los países de codificación negar la autoridad del precedente, para reconocer en cambio la de la jurisprudencia constante.⁵

mente aplicables, por medio de razonamientos que asombran al jurista francés. La Cámara de los Lores, por ejemplo, no puede desconocer sus precedentes y entonces, se ha observado, si por descuido dicta una decisión contraria a una ley cuya existencia había olvidado, esta ley va a encontrarse definitivamente excluida del derecho aplicado por los tribunales. Semejante objeción no estorba lo más mínimo al eminente L. C. HALSBURY (en *London Street Tramways Co. vs. London County Council* [1898], A. C. 375, 380): la existencia de una ley es una cuestión de hecho, de tal suerte que un nuevo litigio nacido en condiciones rigurosamente idénticas, pero en el que el tribunal tenga conocimiento de una ley que había sido olvidada, introduce por lo menos un hecho nuevo y la primera decisión ya no se impone. Parece difícil un desconocimiento más radical de la distinción del derecho y el hecho, tan fundamental para la aplicación de la regla *stare decisis*. Lógicamente podría decirse, de la misma manera, que la existencia de un precedente, así como su significación y alcance exacto, es un hecho, y toda la teoría del *stare decisis* quedaría destruida... Pero la lógica no debe jugar, en las teorías inglesas, más que un papel subordinado (cf. *infra*, N° 131).

Sobre las posibilidades de evolución del *common law* inglés, a pesar del respeto al precedente, v. igualmente FRIEDMANN, pp. 320-329, 329-333, 357-370, 370-376, 448-449, así como, del mismo autor, *Law and Social Change in Contemporary Britain* (1951); A. G. CHLOROS, *Certainty and the Authority of Precedent; Some Comparative Aspects*, informe a la *Cambridge Conference of Teachers of Law* cit. *supra*, N° 99, nota 2; Julius STONE, *The Province and Function of Law* (1946), pp. 166-191; Lord WRIGHT, *op. cit. infra*, nota 21. V. también Sir Alfred DENNING, *The Changing Law* (1953). Se puede seguir un caso típico de evolución del *common law* en "L. Q. R." (1951), vol. 67, pp. 148-149. Otros ejemplos pueden encontrarse en ALLEN, pp. 302-304; R. E. MEGARRY, *The Rent Acts and the Invention of New Doctrines*, "L. Q. R." (1951), vol. 67, pp. 505-521; F. H. LAWSON, *Quelques développements récents du droit anglais en matière de responsabilité civile*, "Rev. int. dr. comp." 1950, pp. 84-90; André TUNC, *Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation*, "Rev. int. dr. comp.", 1953, pp. 5-54. La flexibilidad del derecho inglés es, desde luego, mucho mayor sobre los puntos en los que no se ha pronunciado la Cámara de los Lores. Su tradicionalismo, no obstante, es puesto en evidencia por la cantidad de estudios históricos publicados en las revistas jurídicas.

Para una exposición de la facultad de adaptación del *common law*, v. *infra*, N° 138.

4. Es curioso observar que la actitud inglesa respecto del precedente no siempre parece ser bien comprendida, ni siquiera en los Estados Unidos. v. por ejemplo, la nota *Stare Decisis*, en la "Harv. L. Rev." (1920), vol. 34, pp. 74-76, o también "Harv. L. Rev." (1951), vol. 65, pp. 232-233. Cf. GOODHART, *op. cit.*, p. 173 (ó 50).

5. V. sin embargo, *infra*, N° 117.

La flexibilidad de la doctrina norteamericana del precedente, que en un tiempo bastante lejano podría aproximarla a la doctrina de los países de codificación,⁶ obedecería a cinco causas:⁷ el "diluvio incontrolable" de las decisiones norteamericanas, la influencia del derecho continental, la rapidez de los cambios de las condiciones sociales y económicas en América, la influencia de la enseñanza y la influencia del *Restatement of the Law*.⁸ En realidad, según el profesor Goodhart, tal flexibilidad habría sido fatal, porque las condiciones de funcionamiento satisfactorio de la regla *stare decisis* no han sido reunidas.⁹ La regla supone, en efecto, un sistema judicial centralizado; pero ningún sistema ha estado jamás menos centralizado que el norteamericano, al menos si se le considera en su conjunto.¹⁰ Exige también que los abogados sean excelentes juristas, en quienes los tribunales puedan depositar toda su confianza para no tener que informarse de todos los casos; pero a los dos mil abogados ingleses se oponen los doscientos mil abogados norteamericanos, que no pueden tener todos el mismo valor que los *barristers* y los *solicitors* ingleses.¹¹ Requiere, en fin, una magistratura de calidad excepcional, consciente de la responsabilidad *cuasi-legislativa* que pesa sobre ella; pero también aquí el número de magistrados norteamericanos y su forma de selección no permiten impedir el acceso de los mediocres, y el volumen de los negocios les obliga a "expeditar" estos a toda prisa.¹²

Y de nada sirve afirmar que el nivel medio es satisfactorio, porque, en este dominio, cada magistrado malo causa a la doctrina un perjuicio irreparable haciéndola peligrosa en el más alto grado. Mientras que noventa y nueve magistrados excelentes no hacen más que *permitir* el funcionamiento de la regla; uno solo la hace imposible.

6. P. 186 (ó 65).

7. Cf. *supra*, Núms. 111 y ss.

8. Pp. 186-191 (ó 65-71). Sobre el *Restatement of the Law*, v. *infra*, N° 172.

9. Pp. 191-193 (ó 71-73).

10. Es, desde luego, jurídicamente injustificado, tomarlo en su conjunto a falta de *common law* nacional (cf. *supra*, N° 6); pero, prácticamente, el derecho de cada Estado influye en el de los Estados vecinos (cf. *supra*, N° 112, e *infra*, N° 130).

11. Cf. DAVID, *Introduction*, p. 295, y *Le syst. const.*, t. 2, N° 294 y ss.

12. ROSCOE POUND, *The Place of the Annual Survey in the History of American Law*, "N. Y. U. L. Quart. Rev." (1948), vol. 23, pp. 449-454, 450; ROBERT H. JACKSON, *The Decline of Stare Decisis is Due to Volume of Opinions*, "J. A. Jud. Soc." (1944), vol. 28, pp. 6-8, 7; KARL LLEWELLYN, en *The Status*, pp. 203-355, 212-213. Consúltese KENT, *Comm.*, t. 1, pp. 487-8, sobre el cuidado con el cual eran preparadas las sentencias inglesas. El sueldo anual de un juez inglés de la *High Court of Justice* es actualmente de 5,000 libras y se está tratando de aumentarlo.

La comparación establecida por el profesor Goodhart entre la fuerza del precedente en Inglaterra y su fuerza en los Estados Unidos sigue siendo fundamentalmente exacta, aun cuando las condiciones de vida norteamericanas se han estabilizado y, a la inversa, puede observarse en Inglaterra un cierto debilitamiento de la autoridad del precedente.¹³ El autor es, además, y en verdad, el jurista que mejor conoce, a la vez, el derecho inglés y el americano. Sin embargo, nosotros creemos poder permitirnos tres observaciones.

En primer lugar, por exactas que sean las causas propuestas para explicar la actitud norteamericana, es probable que otras causas hayan jugado en la materia un papel de igual importancia.¹⁴

Por otra parte, el artículo del profesor Goodhart ha sido interpretado a veces como un juicio desfavorable sobre el valor del *common law* de los Estados Unidos. Semejante juicio sería injustificado, porque el debilitamiento de la regla *stare decisis*, si bien presenta inconvenientes, ofrece también ventajas incontestables y podría presentar todavía más.¹⁵ Pero es realmente inexacto ver en el artículo del profesor Goodhart una crítica disimulada, porque el propio autor se ha convertido en el defensor de un relajamiento de la regla en Inglaterra.¹⁶

Finalmente, importa señalar —y creemos que el profesor Goodhart no rechazaría esta manera de ver— que la oposición del derecho inglés y del derecho de los Estados Unidos en la materia es doble. La fuerza de los precedentes judiciales plantea dos cuestiones. En primer término, ¿puede ser fijada la regla de derecho, al menos provisionalmente, por una decisión, o no puede resultar más que de una “jurisprudencia constante”? Es en la respuesta a esta cuestión en lo que se oponen habitualmente el derecho inglés y el derecho conti-

13. Cf. Jethro BROWN, *Administration of Justice in England 1906*, v. 1923, “Yale L. J.” (1924), vol. 33, pp. 833-840; ALLEN, pp. 332-336; FRIEDMANN, pp. 329-333 (y *supra*, N° 100, nota 5). En contra: GOODHART, *op. cit.*, pp. 176-177 (ó 53-55), pero véase FRIEDMANN, p. 355.

14. Cf. *supra*, Núms. 111 y ss.

15. Cf. *infra*, Núms. 136 y ss.

16. *Precedent in English and Continental Law*, “L. Q. R.”, (1934), vol. 50, pp. 40-65 (cf. *infra*, N° 137, notas 2 y 3). Consúltese, en este sentido, Lord WRIGHT, *Precedents*, “Camb. L. J.” (1943), vol. 8, pp. 118-145, 144-145, y *Contributory Negligence*, “Mod. L. R.” (1950), vol. 13, pp. 2-23, 23; R. H. GRAVESON, *The Frontiers of the Common Law*, en *Current Legal Problems, 1948* (1948), pp. 30-47, 46-47; Thomas MacKAY COOPER, *The Common Law and the Civil Law. A Scott's View*, “Harv. L. R.” (1950), vol. 63, pp. 468-475, 472-473; FRIEDMANN, p. 321; ALLEN, pp. 332-336; Sir Alfred DENNING, *The Need for a New Equity* y Raphael POWELL, *Roman Contributions to the Reform of English Law*, en *Current Legal Problems, 1952* (1952), v. igualmente, HENRY, *op. cit. infra*, nota siguiente.

mental.¹⁷ Pero parece cierto que la respuesta a ella opone igualmente —ya volveremos sobre el derecho francés— al *common law* inglés y al *common law* norteamericano.¹⁸

La decisión aislada, que goza de una autoridad plena en Inglaterra, es considerada en los Estados Unidos con circunspección; y no sólo la decisión antigua cuya doctrina debe ser abandonada, sino, a veces, la decisión nueva, de la que podría pensarse que fija para lo sucesivo el derecho y de la que se espera, de hecho, en ocasiones, que la regla que enuncia sea confirmada por otras decisiones.¹⁹

En segundo lugar, ¿una regla de derecho, ya haya sido establecida por una decisión o por una “jurisprudencia constante”, puede ser rechazada inmediatamente por una nueva decisión? La respuesta, en el derecho inglés, es clara: la regla antigua podrá quizá, en ciertos casos, ser progresivamente aislada de la mayor parte de sus efectos, mediante distinciones ingeniosas, y como envuelta en nuevas sentencias que la harán inefectiva; pero no puede ser rechazada y, en el estado actual de la regla del precedente, incluso parece imposible que pueda ser olvidada jamás.²⁰ En el derecho norteamericano la respuesta es todavía más clara: el rechazo puro y simple es no sólo posible, sino frecuente, y la aplicación en el tiempo de los cambios de la jurisprudencia, plantea aquí un problema casi tan importante como en el derecho codificado la aplicación de las leyes en el tiempo.²¹

17. Cf. entre muchos otros, GOODHART, *Precedent*, principalmente pp. 42-43; Robert L. HENRY, *Jurisprudence Constante and Stare Decisis Contrasted*, “Am. Bar. Ass. J.” (1929), vol. 15, pp. 11-13.

18. Cf. *supra*, N° 108, texto y nota 5.

19. Nosotros hemos enunciado, sin embargo (*supra*, N° 108, nota 5), reservas sobre esta opinión corriente, según la cual la decisión aislada no gozaría de ninguna autoridad.

20. Cosa que no impide la evolución del *common law*; v. *supra*, nota 3.

21. Cf. *infra*, Núms. 132 y ss.

La flexibilidad del *common law* de los Estados Unidos está determinada por la duración relativamente débil de sus reglas jurídicas. Según el Decano Pound, la mayor parte de sus reglas no tienen una duración superior a la vida de una generación. (*The Status*, p. 329). Pero desde el punto de vista de la comparación a la que actualmente procedemos, el alcance de este testimonio queda anulado por la opinión de Lord WRIGHT (*The Common Law, Legal Essays and Addresses*, vol. 82 (1939), p. 345), según la cual los precedentes, salvo excepciones relativamente raras, caen en desuso en un plazo de cincuenta años, y nosotros mismos hemos oído a juristas ingleses evocar, en ciertos dominios, plazos mucho más breves. Es muy difícil, en realidad, fijar una cifra exacta; pero el más rápido envejecimiento de las sentencias en los Estados Unidos nos parece incontestable. Se puede hacer notar también que una sentencia inglesa antes de envejecer, pasa por un período durante el cual “se bonifica”. (Cf.

117.—El aproximamiento esbozado por el profesor Goodhart entre el derecho norteamericano y el francés en lo referente a la fuerza del precedente, parece estar igualmente justificado.¹

Incluso parece pecar por exceso de timidez. Aunque una falsa impresión de inestabilidad del derecho norteamericano pueda resultar de la diversidad de derecho de los Estados, lo cierto es que, de hecho, una decisión de la Corte de Casación francesa es objeto de un respeto más firme y es más raramente desconocida por el tribunal de que emana, que una decisión de una suprema corte de Norteamérica, aunque sea de la Suprema Corte de los Estados Unidos. En este punto, pues, el derecho francés estaría más cerca del derecho inglés que el derecho de los Estados Unidos. La conclusión puede parecer sorprendente, pero no por ello es menos cierta.

En realidad, hay que distinguir, como acabamos de hacer nosotros,² los dos problemas: el de la fuente de autoridad (decisión aislada o jurisprudencia constante); y el de la fuerza de las reglas establecidas por los tribunales (posibilidad de cambios).³

DAVID, *Traité*, cit., pp. 275-276; ALLEN, p. 250). Un fenómeno semejante no se observa en los Estados Unidos ni en Francia.

117.—

1. Cf. LAMBERT, *op. cit. supra*, N° 107, nota 1; FRIEDMANN, pp. 370-376, sobre todo, p. 372. Señalemos, sin que esto haya tenido ningún alcance sobre las conclusiones del autor, que el profesor GOODHART quizá no concede a las decisiones judiciales el lugar que actualmente ocupan en el derecho francés.

2. *Supra*, N° 116.

3. Sobre la autoridad del precedente en Francia, v. principalmente AMOS and WALTON, *Introduction to French Law* (1935), pp. 6-8; Rudolf B. SCHLESINGER, *Comparative Law, Cases and Materials* (1950), 261-291; Marc ANCEL, *Case Law in France*, "J. Comp. Leg. and Int. Law", Third Series (1934), vol. 16, pp. 1-17; GOODHART, *op. cit. supra*, N° 64, nota 16; Francis DEAK, *The Place of the "Case" in the Common and the Civil Law*, "Tul. L. R." (1934), vol. 8, pp. 337 y ss., o *Le rôle du "cas" dans la common law et en droit civil*, en *Introduction* § 38, t. 1, pp. 467-480; IRELAND, *Precedents' Place in Latin Law*. "W. Va. L. Q." (1934), vol. 40, pp. 116 y ss.; FRIEDMANN, pp. 370-376; D. K. LIPSTEIN, *The Doctrine of Precedent in Continental Law with Special Reference to French and German Law*, "J. Comp. Leg. and Int. Law", Third Series (1946), vol. 28, pp. 34-44; GUTTERIDGE, pp. 88-100 o pp. 120-134 (nótese, en pp. 94-100 ó 127-134, el papel que este autor concede a los grandes principios desarrollados por los tribunales); Usattore vs. The Victoria (2nd Cir. 1949), 172 F. (2d) 434. V. igualmente J. MAURY, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, en *Le droit privé français au milieu du XXe siècle* (Études offertes a Georges Ripert) 2 vol., 1950, t. 1, pp. 28-50; J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, eod. loc., pp. 51-74; *Travaux de L'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 5 (1949), 1950: *Le rôle du juge* y t. 6 (1950), 1952: *Le problème de la méthode depuis le Code civil de 1804*, principalmente los informes de M. J. BOULANGER; TONY SAUVEL, *Essai sur la notion de precedent*, D. 1955, chr. p. 93. — Cf. E. VAN DIEVOET, *Le droit civil en Belgique et en Hollande de 1800 à 1940. Les sources du droit*, 1948, pp. 293-

En cuanto al primér punto, debe combatirse la idea, muy extendida en el extranjero a causa de las afirmaciones —que a nosotros nos parecen erróneas— de algunos eminentes autores franceses, según la cual el derecho francés de origen judicial sería fijado únicamente por “jurisprudencias constantes”. Esencialmente lo es por sentencias individuales.⁴ La expresión “jurisprudencia constante” sólo es empleada por los *arretistas*, con frecuencia en notas cortas, para indicar que la cuestión no podía suscitar ninguna dificultad. Pero el *arretista* constata asimismo, dado el caso, que una decisión se acomoda también a una sola sentencia dictada sobre la cuestión por la Corte de Casación, y esta comprobación no implica, en forma alguna, que la solución justifique una actitud expectativa. Normalmente no es necesaria una jurisprudencia establecida, para constituir derecho, más que cuando se trata de sentencias de las cortes de apelación — aunque la autoridad de la jurisprudencia en ese caso queda sujeta a caución. Quizá pudiéramos decir que es necesaria en cuestiones tan ásperamente discutidas, que una resistencia de las cortes de apelación no resulta inverosímil; pero, de hecho, es entonces una sentencia de las Cámaras Reunidas la que resolvería la cuestión. En casi todos los casos, las “jurisprudencias constantes” que conoce el derecho francés proceden de una sentencia de la Corte de Casación, sentencia que, desde el principio, estableció el derecho por sí sola y fue reconocida como dotada prácticamente de ese poder. Tal es, como se sabe, la situación en Inglaterra, con la reserva de que la autoridad del precedente procede de una regla jurídica, en lugar de ser una autoridad meramente de hecho.

En los Estados Unidos, por el contrario, las sentencias aisladas de las cortes supremas no siempre gozan de la misma autoridad.⁵

En lo que concierne, por otra parte, a la fuerza de las reglas admitidas, el derecho norteamericano, incluso considerado, como debe ser, en cada uno de los Estados, parece conocer cambios más frecuentes que el derecho francés y, en consecuencia, alejarse también aquí, más que el francés, del derecho inglés, en el cual todo cambio declarado es imposible. Las reglas anteriormente admitidas por la Corte de Casación y rechazadas hoy son, en realidad, extremadamente raras. La estabilidad del derecho no está sólo asegurada por su carácter legislativo, sino que constituye una preocupación fundamental de la

534; R. WARLOMONT, *L'autorité du précédent judiciaire dans la jurisprudence de la Cour de Cassation* (belga), “Annales de Droit et de sc. pol.”, t. XI, 1948, N° 43; José PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona; y los estudios citados *supra*, N° 116, nota 1, *in fine*.

4. Bernard CHENOT, *L'existentialisme et le droit*, “Rev. fr. sc. pol.”, 1953, pp. 57-68, 64; GUTTERIDGE, p. 90, o en la trad. francesa, p. 123, o en la española, p. 144.

5. Cf. *supra*, N° 108, nota 5, y N° 116.

Corte de Casación. Incluso en materia de responsabilidad por hecho de cosas inanimadas —dominio en el que el derecho es casi extralegislativo—⁶ la evolución se ha efectuado apenas sin cambios de la jurisprudencia, a partir del momento en que se admitió que no era necesario que la víctima probase culpa alguna para obtener una indemnización, y los dos únicos cambios de la Corte de Casación (sentencia *Jand'heur* y sentencia *Frank*), se produjeron respecto de puntos altamente controvertidos.

El derecho norteamericano sabe de cambios mucho más frecuentes. La longevidad de sus reglas jurídicas es menor que en Francia.⁷ Y si, para el derecho inglés, se quiere tomar en cuenta la evolución realizada mediante distinciones, nos veremos inducidos a pensar que, salvo en materia de responsabilidad por hecho de cosas inanimadas, el derecho francés se ha mostrado el más conservador de los tres.⁸ Pero ni siquiera esta conclusión invalida la aproximación que puede señalarse entre el derecho francés y el derecho inglés, en oposición al derecho norteamericano.

118.—El hecho de que, desde el punto de vista de la autoridad del precedente, el derecho en los Estados Unidos parezca más alejado del derecho inglés que el derecho francés, no debe hacer creer en una especie de vecinaje entre el derecho norteamericano y el derecho francés o en un alejamiento común respecto del derecho inglés.¹

6. V. también las dudas expresadas sobre la naturaleza del derecho de contratos por el profesor LAWSON, "Rev. int. dr. comp.", 1950, p. 762. Reconocer el carácter judicial del derecho de los *quasidelitos* no es, por otra parte, afirmar su identidad de naturaleza con el *case-law*. Las sentencias francesas se redactan en forma más breve que las inglesas y norteamericanas; suponen menos discusiones, expresando esencialmente el juez la tesis que adopta; sobre todo, la "estructura mental" del juez es diferente. (Cf. los autores citados *infra*, N° 118, nota 1).

7. Cf. *supra*, N° 116, nota 21.

8. En realidad, es cierto que la adaptación a las circunstancias modernas podía ser efectuada por el legislador.

118.—

1. Cf. TOCQUEVILLE, cit. *supra*, N° 4, nota 13, e *infra*, N° 132, nota 2, Chief Justice THIBAudeau-RINFRET, *The Civil Law and the Common Law*, "N. Y. Un. L. Quart. Rev." (1948), vol. 23, pp. 8-14; Lord MACMILLAN, *Deux manières de penser*, en *Introduction*, § 65, t. 2, pp. 3-17; Arthur von MEHREN, *The Judicial Process in the United States and in France. A Comparative Study*, "Rev. Jur. Un. Puerto Rico" (1953), vol. 22, pp. 235-265; Roscoe POUND, *The Theory*, p. 647, comparando el derecho inglés y el de los Estados Unidos, por un lado, y el derecho continental por el otro, dice: "Los resultados tienden a parecerse. Sin embargo, las formas de pensamiento siguen siendo fundamentalmente distintas".

Existe una diferencia fundamental, efectivamente, entre un derecho esencialmente legislativo, como el derecho francés, y un derecho fundamentalmente judicial, como el de los Estados Unidos e Inglaterra; diferencia que el debilitamiento de la autoridad del precedente en el derecho judicial no hace más que acentuar, como vamos a comprobar.

En un derecho legislativo, los cambios de jurisprudencia, cuando se producen, sólo pueden tener un alcance limitado. No son más que variaciones sobre un tema determinado: un texto legal. Con la mayor frecuencia, no afectan más que a la forma en que debe ser resuelto el conflicto surgido, en un caso particular, entre dos principios indiscutibles establecidos por el legislador. El cambio de jurisprudencia no puede adquirir amplitud más que en la medida en que una excrecencia de derecho judicial se haya formado sobre un texto legislativo, que es lo que ocurre en Francia en lo referente a la responsabilidad por hecho de cosas, fundada sobre el artículo 1384, párrafo 1, C. civ.; pero, precisamente, en la misma medida, el derecho cesa de ser legislativo.

En un derecho judicial, cada nueva sentencia es capaz de hacer evolucionar *definitivamente* el derecho, o desplazar *definitivamente* una regla jurídica. Cuando determinado principio parecía establecido, una sentencia declara que no se aplica, en realidad, más que en un caso muy limitado y que, en general, debe prevalecer un principio diferente, o bien lo abroga francamente. Una sentencia nueva puede desplazar otra vez la regla de derecho. Nada impide, sin duda, que el nuevo desplazamiento consista en un retorno a la anterior; pero, de hecho, ese caso es raro: un retorno al pasado no es nunca requerido por el "leitmotiv" imperioso y constante de un texto legislativo no abrogado y es mucho más probable que, bajo el empuje de los desenvolvimientos sociales, la evolución iniciada se continúe. De esta suerte, el movimiento del derecho judicial no es, como el del derecho legislativo, un movimiento de péndulo que tiende hacia un punto de equilibrio estable o que se encuentre constantemente retraído, incluso cuando otras fuerzas actúan sobre él: es un movimiento libre, imprevisible, esencialmente evolutivo.

Es cierto, en verdad, que el derecho judicial que acaba de ser descrito, es un derecho en el que la autoridad del precedente no es respetada de una manera absoluta. Un derecho en el cual la autoridad del precedente fuese absolutamente respetada sería un derecho de estructura cuasilegislativa, con la diferencia de que las reglas imperativas se establecerían por vía de soluciones particulares y no de principios generales.

La observación es incuestionablemente exacta; no obstante, nos parece que el derecho norteamericano, aun desde este punto de vista, no está tan alejado del francés como el derecho inglés. Cf. también Arthur von MEHREN, *The Judicial Process in the United States and Germany*, "Festschrift Für Ernest Rabel", vol. 1, pp. 67-98.

Tal derecho, en efecto, no dejaría libertad al juez más que para el caso nuevo y ella no sería mayor de la que le concede el derecho francés.

El derecho inglés parece bastante próximo a este tipo de derecho.² Se sitúa nuevamente, desde el punto de vista en el que nos colocamos, entre el derecho francés y el derecho de los Estados Unidos y justifica, bastante ampliamente, las críticas que le dirigen con frecuencia los autores norteamericanos: se ha hecho muy poco susceptible de evolución y requeriría una acción legislativa constante,³ que supone la negación de su propia técnica. El derecho judicial característico, es aquél en el cual el precedente judicial no posee más que una autoridad relativa.

Si se quiere, pues, resumir a grandes rasgos las observaciones que acabamos de presentar, se puede formular el cuadro siguiente:⁴

¿Cuál es la fuente principal del derecho?

En Francia las leyes; en los Estados Unidos y en Inglaterra las decisiones judiciales.

¿Disfruta el juez de una amplia libertad respecto a las normas jurídicas?

En los Estados Unidos, sí; no, en Inglaterra y Francia. Es cierto que en Francia los cambios de jurisprudencia son posibles; pero la fuente fundamental del derecho está constituida por leyes imperativas y, además, los cambios de jurisprudencia son raros.

¿Una decisión aislada de la jurisdicción suprema tiene plena autoridad?

Tan sólo en Inglaterra. Su autoridad es algo menor en Francia y es, por otra parte, una autoridad meramente de hecho. Es todavía un poco menor, al parecer, en los Estados Unidos, aunque varíe según el campo del derecho sobre el cual la decisión haya sido dictada, y aunque las afirmaciones corrientemente expresadas sobre el particular sean, sin duda alguna, excesivas.⁵

¿Pueden ser rechazadas las reglas establecidas por los precedentes?

En Inglaterra no; en Francia y en los Estados Unidos, sí.

En consecuencia, vemos que el derecho de los Estados Unidos se aproxima al inglés en el primer punto; sobre el segundo es independiente; y sobre los otros dos se acerca más al francés.

2. Sin embargo, no hay que exagerar la rigidez del derecho inglés: cf. *supra*, N° 116, nota 3.

3. Cf. *infra*, N° 138, y la institución del *Law Revision Committee* (DAVID, *Introduction*, p. 83). Algunos autores ingleses (citados *supra*, N° 116, nota 16) proponen un suavizamiento de la autoridad del precedente.

4. Este cuadro que resume la comparación de los tres derechos desde el punto de vista de su técnica, debería ser completado por una comparación de las ventajas y defectos respectivos de los diversos sistemas. Esta comparación se esboza *infra*, Núms. 136 y ss.

5. Cf. *supra*, N° 108, nota 5.

De estas comparaciones resulta, en definitiva, la autonomía del *common law* de los Estados Unidos.⁶ Al rechazar el principio más fundamental de la técnica del *common law* inglés, ha establecido su libertad, no sólo respecto a éste, sino respecto a lo que él mismo ha sido y a lo que es en la actualidad, y se propone estar siempre en condiciones de evolucionar, conforme a las cambiantes necesidades de la justicia.

Semejante actitud, llevada hasta el extremo, sería la negación del derecho y en los propios Estados Unidos no deja de presentar peligros.

Cuando a fines del siglo XIX los grandes autores franceses demostraron que la ley no era la única fuente del derecho, su demostración sólo podía modificar la teoría del derecho, porque la ley subsistía imperiosa. Al declarar que la regla *stare decisis* es una norma de política social que hay que aplicar inteligentemente (lo que equivale a decir que el derecho anterior no es más que un elemento de decisión y puede ser desconocido), ¿no se coloca el *common law* norteamericano en una vía peligrosa? Así ha podido pensarse; pero el peligro es ahora menos amenazante de lo que ha sido. Quizá, a este respecto, el derecho norteamericano haya encontrado su punto de equilibrio. Quizá también, en las grandes oscilaciones de la técnica jurídica, la fase de debilitamiento de la regla *stare decisis* ha permitido un período de modernización, de clasificación y de uniformización del *common law*, que ha abierto una etapa de relativa estabilidad y de un mayor respeto del precedente.

6. Cf. LAMBERT, *op. cit. supra*, N° 107, nota 1.