

CAPITULO I

EL COMMON LAW

SECCION IV

TEORIA DEL *COMMON LAW* DE LOS ESTADOS UNIDOS

119. Objeto de este párrafo . . . . .	316
120. <i>A.</i> —Caracteres generales: ausencia de <i>common law</i> nacional . . . . .	317
121. Fundamento experimental . . . . .	320
122. Flexibilidad . . . . .	321
123. Inmutabilidad . . . . .	323
124. Facultad de resolver todos los problemas . . . . .	325
125. Realismo . . . . .	326
126. Eclecticismo . . . . .	331
127. <i>B.</i> —Elementos de la decisión: la razón . . . . .	331
128. La historia . . . . .	332
129. Las consideraciones sociales y políticas . . . . .	333
130. Las decisiones y las leyes que no tienen fuerza imperativa . . . . .	334
131. La lógica . . . . .	336
132. <i>C.</i> —La teoría de los cambios de jurisprudencia. El principio . . . . .	341

#### SECCION IV

### TEORIA DEL *COMMON LAW* DE LOS ESTADOS UNIDOS

119. Objeto de este párrafo.
120. *A.* Caracteres generales: ausencia de *common law* nacional.
121. Fundamento experimental.
122. Flexibilidad.
123. Inmutabilidad.
124. Facultad de resolver todos los problemas.
125. Realismo.
126. Eclecticismo.
127. *B.* Elementos de la decisión: la razón.
128. La historia.
129. Las consideraciones sociales y políticas.
130. Las decisiones y las leyes que no tienen fuerza imperativa.
131. La lógica.
132. *C.* La teoría de los cambios de jurisprudencia. El principio.
133. La excepción.
134. Carácter obligatorio o facultativo de la excepción.
135. Extensión de la excepción al caso con ocasión del cual se establece la regla nueva.
136. *D.* Ensayo de comparación del *common law* de los Estados Unidos, el *common law* inglés y el derecho francés, en relación con:
137. La certeza de las soluciones;
138. La facultad de perfeccionamiento y adaptación a las nuevas circunstancias;
139. El número de las reglas detalladas y su carácter práctico;
140. La rigidez;
141. La falta de lógica;
142. El volumen y la complejidad;
143. La aplicación inmediata de las reglas nuevas.
144. Conclusiones.

119.—Después de haber estudiado el *common law* bajo ciertos puntos de vista particularmente importantes —su historia, su naturaleza, la autoridad que reconoce a los precedentes judiciales—, parece necesario presentar aún una breve teoría general del mismo.

Esta teoría tiene varios objetivos.

En primer lugar, presentar los caracteres generales comúnmente atribuidos al *common law*. No habremos de extrañarnos al encontrar entre ellos caracteres opuestos: la flexibilidad y la inmutabilidad, por ejemplo: cada uno de éstos es afirmado por múltiples decisiones y todos entran en la teoría general del *common law* para producir importantes efectos.

En segundo lugar, indagar los elementos de la decisión o, por lo menos, los que por su importancia no son estudiados especialmente como fuentes del derecho; tales como los precedentes y la doctrina.

En tercer lugar, estudiar la teoría de los cambios de jurisprudencia, que plantea el problema particularmente delicado de la aplicación en el tiempo de las decisiones nuevas.

Finalmente, establecer, en la medida de lo posible, el cuadro de las cualidades y fallas que parece presentar el *common law* de los Estados Unidos.

La diferencia entre este cuadro y el estudio de los caracteres generales, se percibe fácilmente. Los caracteres generales serán considerados sin ningún juicio de valor, y son, podríamos decir, los que el *common law* se atribuye a sí mismo. El cuadro de la última parte, por el contrario, estará destinado, en la medida en que semejante empresa resulte posible, a formular un juicio de valor sobre el *common law* de los Estados Unidos, con la ayuda, en caso necesario, de las observaciones previamente presentadas sobre los caracteres generales, y a comparar sus ventajas e inconvenientes con los del *common law* inglés o con los de los derechos continentales, principalmente el francés.

120.—A. Entre los caracteres generales que puede presentar el *common law* de los Estados Unidos, el más incontestable es el de su fragmentación por Estados.<sup>1</sup>

Ya hemos explicado cómo el *common law* inglés fue aplicado y modificado de diversa manera en las Colonias<sup>2</sup> y en los Estados,<sup>3</sup> y

120.—

1. Cf. *supra*, N° 5.

2. Cf. *supra*, Núms. 70 y 72.

3. Cf. *supra*, N° 73.

Es curioso, sin embargo, recordar que algunos Estados declararon que adoptaban "el derecho de la Nueva Inglaterra" o, aun, "el derecho de los Estados Unidos". Y, en verdad, no ignoraban la diversidad del derecho aplicado en los diferentes Estados. Esto está comprobado, además, desde principios del siglo XIX, por múltiples sentencias (por ejemplo, *Wheaton vs. Peters* (1834), 8 Pet. 591, 8 L. ed. 1055). Entendían, de un lado, adoptar los principios generales comunes y, por otro, dejar a sus tribunales el cuidado de escoger las mejores soluciones divergentes. Sea lo que fuere, todavía en 1913 una sentencia interpretaba una ley de 1840 en el sentido de que adoptaba "el *common law* de Inglaterra tal como había sido declarado en la época por los tribunales de

cuál es el dominio muy limitado del único *common law* que puede decirse federal.<sup>4</sup>

De esto resulta que los cuarenta y ocho derechos de los Estados son "primos" —el derecho de Luisiana debe dejarse aparte—;<sup>5</sup> los principios más fundamentales les son comunes y la mayor parte de ellos admiten incluso las mismas reglas generales; pero se encuentra una gran variedad —todavía aumentada en el ámbito del derecho legislativo—, <sup>6</sup> en los detalles de las soluciones que dan.<sup>7</sup> Y es esto un hecho fundamental, al que el jurista americano está habituado, pero que el extranjero debe cuidar de mantener siempre presente en su ánimo. Si con mucha frecuencia resulta inevitable en la práctica, y además muy útil, considerar bajo un punto de vista nacional una cuestión relativa al *common law* de los Estados, teóricamente debería hacerse, primeramente, un estudio científico en el plano del derecho de los Estados. No se puede oponer, sin precauciones, una decisión de Massachussetts a una decisión de Nebraska. Es posible que una decisión reciente de Massachussetts, en oposición a una antigua decisión de Nebraska, revele una evolución del "derecho americano"; pero es igualmente posible que la decisión de Massachussetts corresponda a un principio que ha sido reconocido siempre en ese Estado y que, por su parte, los tribunales de Nebraska no estén dispuestos a abandonar, de ninguna manera, su principio tradicional. Las grandes enciclopedias, en sus notas, clasifican frecuentemente los precedentes por Estados. Las obras de doctrina no lo hacen así por lo general; pero, por eso mismo, exponen una síntesis, un derecho que no es exactamente aplicable en ninguna parte.

Las fuerzas de unificación, por el contrario, se ejercen sobre los diversos *common laws*—<sup>8</sup> la influencia de las Facultades, de las revistas

los diversos Estados de los Estados Unidos": Grigsby vs. Reib (1913), 105 Tex. 597, 153 SW 1124, LRA 1915 El. Ann. Cas. 1915 C. 1011.

4. Cf. *supra*, N° 6.

5. Cf. *supra*, N° 80.

6. Se sabe, en particular, que algunos Estados han hecho una actividad remuneradora del otorgamiento de divorcios a cualquier persona que lo pida con cualquier pretexto, después de haber residido algunas semanas en el Estado. Otros Estados, sobre todo en el Este, mantienen fuertemente las tradiciones religiosas de hostilidad al divorcio. Carolina del Sur no lo introdujo en su legislación, hasta 1948. De este desequilibrio surge la gravedad del problema de la autoridad interestatal de las decisiones judiciales: v. *Le syst. const.*, t. 2, núms. 321 y ss.

7. La prueba está en el gran número de casos en los que, antes de la sentencia *Erie Railroad* (cf. *supra*, N° 55), era necesario aplicar el "common law general federal" y no el derecho del Estado (cf. *supra*, Núms. 38 y ss.).

8. V. *infra*, N° 176. Algunas de esas fuerzas han sido citadas como contrarias a la regla *stare decisis* (*supra*, N° 112), porque la unificación del derecho no puede realizarse sino a expensas del derecho en vigor.

y de las obras de derecho; <sup>9</sup> la acción del *American Law Institute* <sup>10</sup> y la de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*; <sup>11</sup> el carácter regional o nacional de las principales colecciones de jurisprudencia <sup>12</sup> y la comparación constante a que son sometidos los diversos derechos <sup>13</sup> en ciertos dominios; la misma autoridad, en fin, de la Suprema Corte de los Estados Unidos—; <sup>14</sup> y el efecto práctico de alguna de esas fuerzas de unificación —en sí mismas cada vez más poderosas con el desarrollo del comercio interestatal— aumenta a consecuencia del respeto generalmente mediocre de la regla *stare decisis*. <sup>15</sup>

En conjunto, no parece dudoso que las fuerzas “centrífugas”, de diversificación, fueron las más poderosas durante el siglo XIX; pero las fuerzas “centrípetas”, de unificación, predominan en la actualidad en forma considerable. Tal conclusión, en verdad, no permite de ninguna manera esperar que en el actual estado de cosas pueda formarse un *common law* totalmente nacional. La unidad sólo podría realizarse mediante una reforma constitucional.

9. Cf. *infra*, N° 156 y ss.; Francis DEAK, *Le rôle du “cas” dans la common law et en droit civil*, en *Introduction*, § 38, t. 1, pp. 467-480., 468.

10. Cf. *infra*, Núms. 172 y ss.

11. Cf. *infra*, N° 171.

12. Cf. *infra*, Núms. 184 y ss.

La utilización de una documentación nacional es considerada por algunos autores como uno de los factores capaces de ejercer, en el momento actual, la más fuerte influencia para aproximar el derecho de Luisiana al *common law* de los demás Estados; Joseph DAINOW, *The Louisiana Civil Law*, introducción a la edición de 1947 del *Civil Code of Louisiana*, p. 26, o *Introductory Commentary to the Louisiana Civil Code*, p. 14, introducción al *West's Louisiana Civil Code* (15 vols., 1952-1953).

13. Cf. *supra*, N° 112 e *infra*, N° 130.

14. Cf. *infra*, N° 176.

15. Cf. *supra*, Núms. 107 y ss.

Un testimonio interesante, pero difícil de interpretar, sobre el estado actual del *common law*, es proporcionado por William Draper LEWIS, *History of the American Law Institute and the First Restatement of the Law*, en *The Restatement in the Courts* (1945), p. 20. Según este autor, los expertos, discutiendo la verdadera significación de los precedentes que, a primera vista, parecían contrarios a los principios establecidos por el *Restatement*, encontraron que solamente un 2% de todas las sentencias, más algunos casos quizá dudosos, eran definitivamente inconciliables con los principios del *Restatement*. El *common law* de los Estados Unidos, en su conjunto, estaría compuesto, pues de principios exactos, por término medio, en 47 sobre 48 Estados (98%). Esta comprobación parece sorprendente —y el autor no lo oculta—, no sólo cuando se enfrenta a la opinión que podría existir sobre la cuestión, sino cuando se considera la importancia práctica de saber si los tribunales federales pueden aplicar un derecho “general” (cf. *supra*, nota 7) y cuando se observa el número de sentencias en que un tribunal, queriendo tomar en cuenta la solución de otros Estados, debe distribuirlos en diversos grupos. Semejante resultado no puede explicarse sino por un muy fuerte deseo de conciliación por parte de los expertos del *Restatement*.

121.—Parece también poco dudoso que el *common law* es un derecho esencialmente fundado sobre la experiencia.

“El *common law*, se ha podido escribir, no es más que el conjunto formado progresivamente por las decisiones de los distintos tribunales, en su esfuerzo por determinar lo que es justo entre los individuos en conflicto sobre sus intereses privados.”<sup>1</sup> La historia parece justificar ampliamente esta afirmación.<sup>2</sup> “La vida del derecho, ha escrito Holmes, no ha sido la lógica, sino la experiencia.”<sup>3</sup>

Se puede incluso preguntar si el fundamento empírico del *common law* no se ha conservado mejor en los Estados Unidos que en Inglaterra. El derecho inglés, según ciertos autores,<sup>4</sup> reconociendo para lo sucesivo la autoridad de un precedente aislado, fija la regla de derecho sobre un problema nuevo con la ayuda de una experiencia — y una experiencia puede ser opuesta, legítimamente, a la experiencia. Las soluciones nuevas se logran, sin duda, en gran parte, partiendo de soluciones adquiridas, éstas fundadas, a su vez, sobre una experiencia secular. Sin embargo, en la medida en que un problema es realmente nuevo, no puede ser resuelto definitivamente sobre la base de la experiencia de un caso, a no ser renunciando a las ventajas de la experiencia.

Semejante punto de vista puede parecer bastante teórico a un jurista francés, acostumbrado a ver los problemas nuevos tratados normalmente en múltiples decisiones de primera instancia y de apelación y en muchas notas de doctrina, antes de que la Corte de Casación haya sido llamada a pronunciarse sobre ellos; pero encierra una parte bastante grande de exactitud en Inglaterra, donde el número de litigios es muy inferior al de Francia y donde una decisión de la *High Court of Justice* o, en todo caso, de la *Court of Appeal*, establece la regla de

121.—

1. Mr. Justice Brewer, en *Kansas vs. Colorado* (1907), 206 U. S. 46, 51 L. ed. 956, 27 S. Ct. 655. Cf. *Hurtado vs. California* (1883), 110 U. S. 516, 28 L. ed. 232, 4 S. Ct. 111, citando a Sir James MASHINTOSH, *Hist. of Engl.*, t. 1, p. 221.

2. Cf. *supra*, Núms. 62 y ss.

3. *The Common Law* (1881), p. 1. V. igualmente KENT, *Comm.*, t. 1, pp. 471-472; POUND, *The Spirit*, p. 182, cit. *supra*, N° 83, texto y nota 5, *What is the Common Law?*, pp. 18-19, cit. *supra*, N° 82, texto y nota 14, *Courts and Legislation. The Theory of Judicial Decisions*; STONE, *The Common Law*, pp. 67 o 123-124; Lord MACMILLAN, *Deux manières de penser*, en *Introduction*, § 65, vol. 2, pp. 3-17, 5 y ss.; DENNIS LOYD, *Reason and Logic in the Common Law*, “L. Q. R.” (1948), vol. 64, pp. 468-484, y su cita de WHITEHEAD *Adventures of Ideas*, cap. 2, § 6: “el *common law* sube de escalón en escalón, probando cada uno de ellos antes de apoyarse sobre él”.

4. Arthur GOODHART, *Precedent*, pp. 49-59; Lord MACMILLAN, *Deux manières de penser*, *op. cit.*, p. 8. En contra: W. S. HOLDS WORTH, *Case Law*, “L. Q. R.” (1934), vol. 50, pp. 1926-200. Cf. Carlton Kemp ALLEN, *Case Law: An Unwarrantable Intervention*, “L. Q. R.” (1935), vol. 21, pp. 333-346.

derecho en una forma que tiene las más grandes posibilidades de ser definitiva. Es evidente, de todas maneras, que un sistema de "jurisprudencia constante" —¿pero es éste el sistema norteamericano? (En todo caso no es el sistema francés) <sup>5</sup>— y un sistema que permite cambios de jurisprudencia, es más permeable a los beneficios de la experiencia que un sistema de derecho demasiado rígido. Con la finalidad de que se beneficien de una experiencia más extensa, Cardozo pedía que las ideas nuevas no se transformasen demasiado rápidamente en reglas jurídicas. <sup>6</sup> Y es indudable que gracias a que las distinciones no sólo permiten la adaptación del derecho a las circunstancias nuevas, <sup>7</sup> sino la corrección de los errores, el *common law* inglés continúa siendo susceptible de formarse con ayuda de la experiencia.

Hay que agregar, para evitar cualquier confusión, que el hecho de estar fundado en la experiencia no es, ciertamente, una particularidad del *common law*. Sería ignorar profundamente toda la historia del derecho francés y el carácter de los redactores del proyecto final del Código civil, considerar a éste, como ocurre a veces en el extranjero, como una concepción puramente lógica de cerebros orgullosos, hostiles al conocimiento de las realidades sociales. Todos los derechos son formados por la experiencia y como decía Portalis, "hablando con propiedad, las leyes no se hacen; se forman con el tiempo". <sup>8</sup>

Lo que, en el fondo, parece oponer al *common law* y el Código civil desde este punto de vista, es más bien, como veremos en seguida, la negativa del *common law* a sintetizar en principios las lecciones de la experiencia. <sup>9</sup>

122.—Un tercer carácter del *common law*, que ha sido pregonado con frecuencia, es el de su flexibilidad.

Precisamente por tratarse de la obra de espíritus prudentes, hostiles a los principios que obligan para el porvenir, el *common law* conservaría una flexibilidad y una capacidad de adaptación que constituirían una de sus cualidades fundamentales. <sup>1</sup> Esta afirmación no es sólo

5. Cf. *supra*, N° 117.

6. *Address*, pp. 263-307, 290-291, *Selected Writings*, p. 31.

7. Cf. los autores citados *supra*, N° 116, nota 3.

8. Cf. Joseph STORY, *cit.* por HOWE, p. 461.

9. Cf. *infra*, N° 131.

122.—

1 Cf. Harlan Fiske STONE, *Some Aspects of the Problem of Law Simplification*, "Col. L. Rev." (1923), vol. 23, pp. 319-337, 321; HOLDSWORTH, *op. cit. supra*, N° 121, nota 4; y los autores citados *supra*, N° 121, nota 3. Compárese POUND, *The Formative Era*, pp. 81-84, 84-91.

Otra forma de "flexibilidad" que nos parece muy característica del derecho de los Estados Unidos —y no sólo del *common law*— es el gran número de

un homenaje rendido al *common law* en las sentencias; es la expresión de una teoría jurídica precisa e importante, según la cual el *common law* se adapta por sí mismo a las condiciones nuevas, de manera de poder servir siempre a la causa de la justicia.<sup>2</sup>

Esta teoría puede parecer, a primera vista, una simple ficción, destinada a ocultar, bastante ingenuamente, el poder creador de derecho que poseen los tribunales. No obstante, merece ser tratada con más respeto y posee una significación más profunda. Es, en efecto, bajo la influencia de ideas nuevas y de nuevas circunstancias económicas y sociales, como evoluciona el derecho, por intermedio del juez o del legislador. Por lo tanto, cuando la falta de codificación permite al juez ser un órgano importante en la evolución del derecho, no es ficticio decir que él declara un derecho que ha cambiado. El derecho tiene siempre un cierto carácter consuetudinario, o, por lo menos, popular;<sup>3</sup> por ello evoluciona por sí mismo. Y si es verdad que esta evolución

reglas establecidas bajo la forma de recomendaciones. Estas reglas se encuentran un poco por todas las partes del derecho, pero, sobre todo, en el régimen de control de la constitucionalidad de las leyes. Se encuentran frecuentemente fórmulas tales como: "los tribunales deberán, siempre que ello sea posible...", "con gran repugnancia (*with great reluctance*) este tribunal...", "este tribunal evitará...", etc.

2. Lutwak vs. United States (1953), 344 U. S. 604, 97 L. ed. 593, 73 S. Ct. 481; Funk vs. United States (1933), 290 U. S. 371, 78 L. ed. 369, 54 S. Ct. 212, 93 ALR 1136 (que se continúa citando, a pesar de que se funda sobre las doctrinas *Swift vs. Tyson*, rechazada por la sentencia *Erie Railroad*, estudiada *supra*, N° 55); Rosen vs. United States (1918), 245 U. S. 467, 62 L. ed. 406 38 S. Ct. 148; Hurtado vs. California (1883), 110 U. S. 516, 28 L. ed. 232, 4 S. Ct. 111; — Linkins vs. Protestant Episcopal Cathedral (D. C. Cir. 1950), 87 App. D. C. 351, 187 F. (2d) 357, 28 ALR (2d) 521; Gertman vs. Burdick (D. C. Cir. 1941), 75 App. D. C. 48, 123 F. (2d) 924, 152 ALR 645; — Cowgill vs. Book (1950), 189 Or. 282, 218 P. (2d) 445, 19 ALR (2d) 405; People vs. Statley (1949), 91 Cal. App. (2d) 872, 206 P. (2d) 76; Mattfeld vs. Nester (1948) 226 Minn. 106, 32 NW (2d) 291, 3 ALR (2d) 909; State vs. Tautges, Rerat and Welch (1945), 146 Neb. 439, 20 NW (2d) 232; McIntosh vs. Pennsylvania RR. (1942), 111, Ind. App. 550, 38 NE (2d) 263; Oppenheim vs. Kridel (1923), 236 N. Y. 156, 140 NE 227; Fowler vs. City of Cleveland (1919), 100 Ohio St. 158, 126 NE 72, 9 ALR 131; Ketelsen vs. Stilz (1916), 184 Ind. 702, 111 NE 423, LRA 1918 D, 303; Katz vs. Walkinshaw (1902 y 1903), 141 Cal. 116, 70 P. 663 y 74 P. 766, 64 LRA 236; Wilson vs. Leary (1897), 120 N. C. 90, 38 LRA 240; Chilcott vs. Hart (1896), 23 Col. 40, 45 P. 391; Sayward vs. Carlson (1890), 1 Wash. 29, 23 P. 23 P. 830; Woodman vs. Pitman (1887), 79 Me. 456, 10 A. 321, 1 Am. St. Rep. 342; In re Gideon Henfield (1793), relacionado por Howe, pp. 319, 321. Cf. nota a los Ann. Cas. 1913 E, 1232-1246, 1233. Un gran número de estas sentencias repiten el adagio: *cessante ratio legis, cessat lex* (cf. *supra*, N° 105, nota 19); v. principalmente Lutwak vs. United States (1953). Cowill vs. Book (1950). People vs. Statley (1949), Mattfeld vs. Nester (1948), etc., citados *supra*. Pero la posibilidad de utilizar este adagio es negada por las decisiones fieles a la autoridad del precedente (cf. *supra*, N° 107, nota 1).

3. Cf. *supra*, N° 85.

permanece oculta y sin efecto mientras no ha sido consagrada por los tribunales, el papel de éstos sigue siendo el de órgano de la evolución del derecho: participan en la evolución que declaran y aceleran.

La afirmación de la evolución del *common law* podría, por otra parte, presentar un interés normativo: debería recordar al juez que no puede ignorar la regla anteriormente admitida sin una razón de peso y sin el convencimiento firme de que se ha producido una evolución, sea en las condiciones de vida, sea en la conciencia común.

Se ve pues que la regla está lejos de ser inútil. Mejor utilizada, hubiera podido evitar al *common law* los ataques dirigidos contra la regla *stare decisis*<sup>4</sup> y hubiera permitido una evolución del derecho quizá más ordenada que la que se ha producido con frecuencia.

Si pasamos ahora de la teoría a la observación de los hechos, parece exacto que el *common law* de los Estados Unidos, aunque ha conservado cierto número de reglas y de soluciones anticuadas, sobre todo en ciertos dominios,<sup>5</sup> ha manifestado una flexibilidad suficiente y se ha adaptado bien a las nuevas circunstancias. Pero la evolución depende menos de la teoría de la adaptación espontánea del *common law*, que del debilitamiento de la autoridad del precedente<sup>6</sup> y de la conciencia del juez de hacer evolucionar el derecho.<sup>6 bis</sup> Podríamos preguntarnos, por otro lado, si es exacto que la ausencia relativa de principios ha contribuido a la flexibilidad del *common law*, sobre todo cuando se ve al Decano Pound sugerir que los precedentes sean considerados mejor como aplicación de principios, precisamente con objeto de facilitar la adaptación del *common law* a las nuevas condiciones de vida.<sup>7</sup> En realidad, la flexibilidad de un derecho depende más de la manera en que se utilizan sus precedentes, sus artículos legislativos y sus principios —ya sean de origen judicial o legislativo— que del hecho de que el derecho se exprese esencialmente en precedentes o en artículos de leyes, y puede ser de utilidad repetir la verdad evidente, pero con demasiada frecuencia olvidada, de que la flexibilidad de un sistema jurídico está en función inversa del respeto real que se presta al precedente.<sup>8</sup>

123.—Directamente opuesta al precedente, la inmutabilidad del *common law* es, sin embargo, un carácter que, después de Blackstone,

4. Cf. *supra*, Núms. 103 y 104.

5. Cf. *infra*, N° 138.

6. Cf. *supra*, Núms. 107 y ss.

6 bis. Cf. las sentencias citadas *supra*, N° 86.

7. Cf. *supra*, N° 105.

8. Cf. Arthur L. GOODHART, *Precedent*, pp. 50-51 y 63, y los autores citados en el N° 121, nota 4; Samuel WILLISTON, *Some Modern Tendencies in the Law* (1929), pp. 86, 141.

ha sido afirmado frecuentemente por las sentencias.<sup>1</sup> Pero el contenido y la significación de la afirmación pueden, a decir verdad, variar considerablemente.

Para algunas sentencias antiguas, el *common law* es verdaderamente inmutable, los precedentes nuevos se limitan a repetir los antiguos, o a resolver conforme a estos los casos que todavía no habían sido planteados y, en consecuencia, a dar al derecho mayor certidumbre.<sup>2</sup> Tal punto de vista es, con toda seguridad, bastante optimista.

Para otras sentencias, el *common law* sólo es inmutable en sus principios, pero la aplicación de las antiguas reglas a los casos nuevos se hace con la flexibilidad suficiente para que aquél pueda adaptarse a las nuevas circunstancias: "en los campos viejos crece un trigo nuevo".<sup>3</sup>

Para otras sentencias, en fin, el *common law* es inmutable, pero este carácter debe conciliarse con su flexibilidad y su admirable facultad de desenvolvimiento. A causa de su evolución, sólo las últimas sentencias son informativas sobre el derecho actual; pero en razón de su inmutabilidad, estas últimas sentencias son simplemente declarativas de lo que el derecho ha sido siempre.<sup>4</sup> La inmutabilidad, con esta connotación, no es más que un homenaje, bastante vano, rendido al *common law*; homenaje inspirado sin duda por la idea de que la perfección implica, incluso en el derecho, la inmutabilidad; pero homenaje que pesa gravosamente sobre la teoría de los cambios de jurisprudencia.<sup>5</sup>

Esta idea de la inmutabilidad del *common law* ocupa en la historia y en la teoría del mismo un lugar muy importante. Es ella la que, por ejemplo, indujo a veces a adoptar, con el *common law*, las leyes que lo complementan o suplen, pero no las que lo derogan.<sup>6</sup> De una

### 123.—

1. V. principalmente, *Jackman vs. Rosenbaum* (1919), 263 Pa. 158, 106 A 238; *Kansas vs. Colorado* (1907), 206 U. S. 46, 51 L. ed. 956, 27 S. Ct. 655; *Lanier vs. Box* (1904), 112 Tenn. 393, 79 SW 1042, 64 LRA 458; *Chilcott vs. Hart* (1896), 23 Col. 40, 45 P. 391; *Woodman vs. Pitman* (1887) 79 Me. 456, 100 A. 321, 1 Am. St. Rep. 342; *State vs. Buchanan* (1821), 5 Har and J. 317, 9 Am. Dec. 534; y las sentencias citadas *infra*, N° 132, nota 4.

Ningún autor moderno, es necesario precisarlo, afirma la inmutabilidad del *common law* y muchos, por el contrario, critican esta ficción; v. principalmente, Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), p. 293; DOUGLAS, *Stare Decisis* (*op. cit. supra*, N° 106, nota 1), pp. 175-176.

2. *Kansas vs. Colorado* (1907), *State vs. Buchanan* (1821), citados *supra*, nota 1.

3. *Jackman vs. Rosenbaum* (1919), *Lanier vs. Box* (1904), *Woodman vs. Pitman* (1887), citados, *supra*, nota 1.

4. *Chilcott vs. Hart* (1896), cit. *supra* y las sentencias más recientes citadas *infra*, N° 132, nota 4.

5. *Infra*, N° 132 y ss., principalmente, N° 132, nota 4.

6. Cf. *supra*, N° 77, texto y notas 8 y ss.

manera más general, ella contribuyó a la hostilidad hacia el derecho legislado, hostilidad que se manifiesta tanto en los métodos de interpretación de la ley, como en otros múltiples puntos de su teoría.<sup>7</sup> Es ella, en fin, la que hizo, y en cierta medida hace todavía, reconocer “un gran peso” a las leyes inglesas posteriores a la Revolución,<sup>8</sup> o a las decisiones judiciales igualmente posteriores,<sup>9</sup> dado que son puramente declarativas del *common law*; y la que hace admitir que toda decisión debe presumirse, al menos, como declarativa del *common law* anterior,<sup>10</sup> si es que no como su comprobación.<sup>11</sup>

124.—Es igualmente uno de los caracteres del *common law*, una cierta plasticidad o, si se prefiere, cierta elasticidad, que le permite aportar una solución a todo problema jurídico. El *common law*, leemos con frecuencia, no deja ninguna laguna en el derecho.<sup>1</sup>

El *common law* puede pues dar solución satisfactoria a las situaciones más extrañas y proporciona remedio a todas las injusticias.<sup>2</sup> Por otra parte, “llena todos los intersticios y ocupa todo el espacio vacío que la ley no puede ocupar”.<sup>3</sup> Colma, principalmente, el vacío creado por la abrogación de una ley, y revive tal como era antes de lo que debe considerarse (durante la vigencia de esa ley) como una simple suspensión de su aplicación.<sup>4</sup>

Por ser también el “medio” perfectamente fluido de toda la vida jurídica, el *common law* debe inspirar, igualmente, la interpretación

7. V. *infra*, Núms. 146 y ss. y 151 y ss.

8. Cf. *infra*, N° 130, nota 8.

9. Cf. *infra*, N° 130, notas 6 y 7.

10. Horace Waters and Co. vs. Gerard (1907), 189 N. Y. 302, 82 NE 143, 24 LRA (NS) 958.

11 State vs. Buchaman (1821), cit. *supra*, nota 1.

124.—

1. V. principalmente Burrill vs. Locomobile Co. (1921), 258 U. S. 34, 66 L. ed. 450, 42 S. Ct. 256; Moore vs. United States (1875), 91 U. S. 270, 23 L. ed. 346; — Clark vs. Allaman (1905), 71 Kan. 206, 80 P. 571, 70 LRA 971; State vs. Calham (1893) 50 Kan. 523, 32 P. 38, 18 LRA 838, 34 Am. St. Rep. 141. Cf. Russick vs. Hicks (W. D. Mich. 1949), 85 F, Supp. 281: “If a wrong has been committed, there should be a remedy.” V. igualmente, Phanor J. EDER, *Ciertos Principios Característicos del Common Law* (1948) o *A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law* (1950).

2. State vs. Calhoun (1893), cit. *supra*, nota 1 (una persona acusada de un crimen, sabiendo que la opinión pública le es hostil, hasta el punto de temer por su vida en caso de ser puesta en libertad, pide y obtiene el máximo de la pena, es decir, veinte años de prisión, y después se arrepiente de su actitud).

3. Clark vs. Allaman (1905), cit. *supra*, nota 1.

4. Baum vs. Thoms (1898), 150 Ind. 378, 50 NE 357, 65 Am. St. Rep. 368.

de la Constitución,<sup>5</sup> o regular ante una jurisdicción administrativa como la *Court of Claims*,<sup>6</sup> los puntos no previstos por el Congreso.<sup>7</sup>

Esta propiedad que posee de no presentar lagunas y de colmar las lagunas eventuales de la ley, hace que, pese a la ausencia de un principio parecido al artículo 4º del Código civil francés, una denegación de justicia por insuficiencia u obscuridad del derecho sea inconcebible para el juez norteamericano.<sup>8</sup> En época reciente, algunos tribunales se negaron, no obstante, por dichas razones, a resolver, o declararon que estaban dispuestos a hacerlo así; pero se trataba de tribunales federales que, debiendo aplicar el derecho de un Estado, encontraban la tarea irrealizable sobre algún punto. Su negativa, además, no era definitiva; pedían a las partes que llevasen la cuestión ante las jurisdicciones del Estado, para obtener una sentencia declarativa, antes de volver con su pretensión ante ellos. Pero su actitud ha sido, en definitiva, condenada por la Suprema Corte.<sup>9</sup>

125.—Otro rasgo del *common law* de los Estados Unidos es un gran realismo.<sup>1</sup>

El término, en verdad, tiene muchos significados. Es indudable, en primer lugar, que el derecho norteamericano y, en cierta medida, el derecho inglés, como por otra parte el derecho soviético, son más realistas que el derecho francés, en el sentido de que los juristas anglosajones ponen, más que los franceses, el acento sobre el carácter de técnica social del derecho. Los juristas marxistas reprochan a los juristas burgueses el idealizar el derecho, haciendo de él un sistema por sí mismo. La subordinación del derecho a la política, les parece, no sólo un hecho, sino una situación deseable. Su reproche, en lo que concierne al jurista francés, lo estimamos parcialmente fundado. Satisfecho en muchos aspectos de un derecho heredado de los romanos, tiene realmente la tendencia —actitud que, entiéndase bien, no nos parece desprovista de méritos, pero que presenta también inconvenientes— a idealizar

5. Cf. *supra*, N° 6.

6. Cf. *supra*, N° 22.

7. Cf. *Moore vs. United States* (1875), 91 U. S. 270, 23 L. ed. 346, y *supra*, N° 6.

8. Cf. *Hornsby vs. Smith* (1941), 191 Ga. 491. 133 SE (2d) 20, 133 ALR 684.

9. Cf. *supra*, N° 56, V. sin embargo, si se trata de resolver sobre la constitucionalidad de una ley, *Le syst. const.*, t. 2, N° 251, texto y notas 7 y 12.

125.—

1. Cf. Fowler Vincent, HARPER, *The Forces and Beyond Juristic Pragmatism in America* o *Les forces cachées derrière et par delà le pragmatisme juridique en Amérique*, en *Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, 3 vols., t. 2, pp. 243-268.

ese derecho, a darle un valor trascendente,<sup>1 bis</sup> aún cuando sabe que el derecho sirve para establecer un determinado orden social.<sup>1 ter</sup> El jurista inglés, aún idealizando el *common law* por lo menos tanto, tiene quizá un deseo más fuerte de alcanzar siempre, sin negar los precedentes, una solución satisfactoria. En cuanto al jurista norteamericano, es en la actualidad netamente realista, al menos en este primer sentido del término.

La Suprema Corte, principalmente, sabe que asume responsabilidades políticas, en el más amplio sentido de la palabra, y resuelve en consecuencia. Su cambio de actitud, en 1937, es la consecuencia de las elecciones de 1936.<sup>2</sup> En materia de segregación racial quiere contribuir a una evolución sin perturbaciones sociales.<sup>3</sup> La sentencia *Swift vs. Tyson* forzaba la realidad con la esperanza de provocar una unificación del *common law*; la sentencia *Erie Railroad Co.* reconoce el fracaso y los inconvenientes de esta política y adopta una solución opuesta.<sup>4</sup> La sentencia *Haddock*, finalmente, fue el resultado de una política social encaminada a desalentar los divorcios "migratorios";<sup>5</sup> la sentencia *Williams* se explica también por el fracaso de esta política y señala la persecución de otro objetivo: hacer reconocer con la mayor amplitud posible la autoridad interestatal de las sentencias;<sup>6</sup> y las sentencias *Estin* y *Kreiger* reflejan la esperanza de que pueda encontrarse un compromiso entre los derechos de las diversas partes y la política de los Estados interesados.<sup>7</sup> En problemas normalmente menos espectaculares, los tribunales de los Estados no siguen una actitud diferente.

El *common law* norteamericano es igualmente realista en cuanto se encamina bastante directamente a la solución que le parece satisfactoria, sin embarazarse demasiado con construcciones técnicas o ficciones. Este realismo respecto de los medios y no sólo en cuanto a los

1 bis. Cf. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques* (1953).

1 ter. En lo concerniente a las relaciones del derecho con la política, es cierto que el primero está subordinado y debe estar subordinado a la segunda en la medida en que tiende a establecer un cierto orden social (institución de los comités de empresa, por ejemplo). Por el contrario, el jurista no marxista considera necesario que no exista subordinación de la justicia a la política, es decir, intervención del espíritu de partido en la administración de la justicia, intervención que impediría que la justicia fuese igual para todos.

2. *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 122 y 123.

3. Cf. *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 76 y ss. y N° 147; André TUNC, *L'abolition de la ségrégation dans l'enseignement public par la Cour Suprême des Etats-Unis*, "Rev. int. dr. comp." 1955, pp. 816 y ss.

4. Cf. *supra*, Núms. 40 y ss.

5. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 323.

6. *Ibid.*

7. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 324.

seen, desde luego, excelentes profesores y, en conjunto, se realiza un trabajo muy importante. Algunas obras generales o particulares sobre ciertos derechos han sido publicadas, destinadas a quienes deseen iniciarse en los estudios extranjeros o comparativos.<sup>9</sup> Otros cursos, por otra parte, se hallan, actualmente, mimeografiados y cabe esperar su publicación en un futuro próximo. En fin, con bastante frecuencia aparecen monografías o tratados muy importantes, que estudian un tema determinado desde un punto de vista comparativo.<sup>10</sup>

Las facultades no son los únicos centros de estudios comparativos; creados por ellas, pero más o menos independientes, funcionan diversos Institutos: el *Inter-American Law Institute*, de la Universidad de Nueva York, trata, principalmente, de preparar en el derecho de los Estados Unidos a los estudiantes de la América Latina,<sup>11</sup> pero el *Institute of Comparative Law*, recientemente creado por la misma Universidad, se dirige a todos los estudiantes; a la inversa que el primero, el *Research in Interamerican Law*, de la Universidad de Michigan, enseña el derecho de la América Latina; el *Law Institute of the Americas* de la Southern Methodist University "trabaja en ambos sentidos", tratando de aproximar, en vista de los estudios comparativos, a los estudiantes de todos los países del Continente americano;<sup>11 bis</sup> la *Parker School of Foreign and Comparative Law* de la Universidad de Columbia, prepara en los derechos extranjeros, tanto de Europa como de la América Latina; el *Institute of Comparative Law* de la Universidad de Tulane se orienta hacia la comparación del *common law*, el derecho de Luisiana y el derecho francés; el *Summer Institute* de la Facultad

9. Principalmente, Rudolf B. SCHLESINGER, *Comparative Law, Cases and Materials* (1950); Phanor J. EDER, *A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law* (1950); Vladimir GSOWSKI, *Soviet Civil Law* (2 vols., 1948-1949); Harold J. BERMAN, *Justice in Russia: An Interpretation of Soviet Law* (1950); John N. HAZARD, *Law and Social Change in the U. S. S. R.* (1953); traducido al francés como segundo volumen de la obra de René DAVID y John N. HAZARD, *Le droit soviétique*, 1954; B. A. KONSTANTINOVSKY, *Soviet Law in Action. The Recollected Cases of a Soviet Lawyer*. Edited with notes and commentary, by Harold J. BERMAN (1953), Cf. MAX RHEINSTEIN, *Teaching Tools in Comparative Law* "Am. J. Como Law", vol. 1, (1952), 95-114. Arthur von MEHREN, profesor de la Facultad de Derecho de Harvard, prepara una obra que debe aparecer próximamente.

10. Entre muchos otros: Ernest RABEL, *Conflicts of Laws, A Comparative Study*, (3 vols. publicados, 1945-1950); John P. DAWSON, *Unjust Enrichment in the Civil Law* (1951); Cf. los *Bilateral Studies in Private International Law*: A. NUSSBAUM, *American-Swiss Private International Law* (1951); Georges R. DELAUME, *American-French Private International Law* (1953).

11. Cf. Kurt H. NADELMANN, *L'Inter-American Law Institute de New York*, "Rev. int. dr. comp." 1953, pp. 293-294.

11 bis. Cf. Julio CUETO-RUA, *The Law Institute of the Americas*, "J. Leg. Ed.", vol. 8 (1955), pp. 101-106.

Una primera ficción, con la que ya hemos tropezado,<sup>13</sup> reputa al *common law* inmutable, aun cuando las reglas antiguas sean abandonadas en provecho de normas diferentes. Resulta así, que las reglas nuevas se consideran como si hubieran estado siempre en vigor, aun cuando desconocidas a causa de una errónea declaración del *common law*, y semejante punto de vista no deja de producir enojosos resultados.<sup>14</sup>

Otra ficción bien conocida y corrientemente respetada, aunque las soluciones que mediante ella se explican se justifiquen a veces directamente por reglas de fondo,<sup>15</sup> es la de que, a los efectos de la competencia de las jurisdicciones federales, todos los miembros de una sociedad de capitales se consideran como si habitasen en el territorio del Estado en el que la sociedad tiene establecida su sede.<sup>16</sup> Esta ficción ha nacido de una manera muy sencilla. Como se sabe, los tribunales federales son competentes en los litigios entre ciudadanos de diferentes Estados de la federación;<sup>17</sup> por consiguiente, cuando una sociedad de capitales, establecida en un Estado, quería, con fundamento en esta disposición, perseguir ante los tribunales federales a un ciudadano de otro Estado, se le objetaba que no podía ser considerada como ciudadano del Estado en que estaba establecida y que, por ende, no existía realmente litigio entre ciudadanos de Estados diferentes.<sup>18</sup> Sin embargo, al mismo tiempo que consagraba ese principio, la Suprema Corte le aportaba una excepción para el caso en que se hubiese comprobado que todos los miembros de la sociedad vivían en el mismo Estado.<sup>19</sup> Aceptaba entonces la Corte que la acción interesaba únicamente a los ciudadanos de ese Estado y la estimaba como promovida por éstos. Desde este instante, cuando la Suprema Corte se dio cuenta de que una sociedad podía, al igual que un particular, beneficiarse de la parcialidad de los tribunales de su Estado o ser víctima de la parcialidad de los tribunales de otros Estados, y decidió permitir a las sociedades el acceso a los tribunales federales en razón de la diversidad de ciudadanía, le bastó con considerar que todos los miembros de una sociedad eran ciudadanos del Estado en donde estaba situado

13. Cf. *supra*, N° 123.

14. Cf. *infra*, N° 132 y ss.

15. Cf. *infra*, nota 20.

16. Dudley O. McGOVNEY, *A Supreme Court Fiction. Corporations in the Diverse Citizenship Jurisdiction of the Federal Courts*, "Harv. L. R." (1943), vol. 56, pp. 853-898, 1090-1124. 1225-1260; GRAY, pp. 184-186; Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), pp. 24-26.

17. Cf. *supra*, N° 17.

18. Hope Insurance Co. vs. Boardman (1809), 5 Cr. 57, 3 L. ed. 36 Cf. Bank of Augusta vs. Earle (1839), 13 Pet. 519, 10 L. ed. 274 y Paul vs. Virginia (1868), 8 Wall. 168, 19 L. ed. 357.

19. Bank of the United States vs. Deveaux (1809), 3 Cr. 61, 3 L. ed. 38. Cf. nota a los 60 LRA 330.

el domicilio social y prohibir la prueba en contrario.<sup>20</sup> Era, evidentemente, establecer una ficción que había de llevarla muy lejos. En efecto, cuando un accionista, domiciliado de hecho en Estado distinto al de la sede social, quiso llevar ante los tribunales federales un litigio contra la propia sociedad, la Suprema Corte no quiso abandonar la ficción habitual, prácticamente tan útil, y ha considerado, pura y simplemente, que el demandante era ciudadano de determinado Estado, conservando la regla según la cual la sociedad se reputaba ciudadano de otro Estado, con base en la ficción según la cual todos los accionistas de una sociedad son ciudadanos del Estado en el que ella se halla establecida.<sup>21</sup> En fin, cuando una sociedad ha adquirido la personalidad jurídica en dos Estados diferentes, los tribunales han permitido que los accionistas sean considerados como ciudadanos de uno u otro de ambos Estados, a elección del demandante, de tal manera que un ciudadano de un Estado puede plantear ante los tribunales federales un litigio contra una sociedad constituida en ese Estado, desde el momento en que ésta goza también de personalidad jurídica en otro Estado diferente.<sup>22</sup> Otras presunciones, a menudo ficticias, han servido igualmente para extender la competencia del Congreso.<sup>23</sup>

Si bien es curioso observar estos ejemplos de ficciones, hay que subrayar, sin embargo, que constituyen construcciones bastante excepcionales en la actualidad y que en ocasiones asombran a los propios juristas norteamericanos. En conjunto, el *common law* de los Estados Unidos es bastante realista en los dos sentidos de la expresión, aunque la opinión contraria se haya sustentado constantemente con el mayor vigor por los partidarios de la llamada escuela "realista"— y que se considera tal, declara, por oposición al estado actual del derecho.<sup>24</sup>

20. Louisville, C. and C. R. R. vs. Letson (1884), 2 How. 497, 11 L. ed. 353 (cf. WARREN, t. 2, pp. 120-124); Marshall vs. Baltimore and Ohio R. R. (1853), 16, How. 314, 14 L. ed. 953. La primera de esas sentencias está más bien fundada sobre una tentativa de aplicación directa y razonable de la *diversity clause*; la segunda, sobre la ficción indicada en el texto (cf. 16 How. 328-329). Cf. sobre el carácter ficticio o no de la regla: Doctor vs. Harrington (1905), 196 U. S. 579, 49 L. ed. 606, 25 S. Ct. 355.

21. Dodge vs. Woolsey (1855), 18 How. 331, 15 L. ed. 401. Cf. Doctor vs. Harrington (1905), cit. en la nota precedente.

22. Gavin vs. Hudson y Manhattan RR (3rd. Cir. 1950), 185 F. (2d) 104. Cf. nota "Harv. L. R." (1951), t. vol. 64, pp. 1009-1011.

23. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 178. V. principalmente United States vs. Appalachian Electric Power Co. (1940), 311 U. S. 377, 85 L. ed. 243, 61 S. Ct. 291, según la cual un río puede ser considerado como navegable, desde el punto de vista de las facultades del Congreso, incluso si se halla cortado por rápidos, saltos de agua, bancos de arena o remolinos.

24. Cf. *infra*, N° 164.

126.—El último gran rasgo característico del *common law* de los Estados Unidos es quizá su eclecticismo; es decir, su aptitud para aprovecharse de elementos de toda clase con objeto de llegar a una solución satisfactoria.<sup>1</sup>

Hemos estudiado ya la misión fundamental de los precedentes;<sup>2</sup> a continuación veremos el papel de la doctrina y el del *Restatement of the Law*.<sup>3</sup> Muchos otros elementos concurren sin embargo a formar la decisión.

Antes de estudiarlos sucesivamente, hay que recordar que su importancia es bastante grande a causa del mediocre respeto que se profesa a la regla *stare decisis* y por la existencia, en muchos casos, de precedentes contradictorios.<sup>4</sup>

127.—B. Se puede citar, en primer lugar, la razón, que no hay que confundir con la lógica.<sup>1</sup>

La razón, sin embargo, es invocada por el juez norteamericano mucho menos frecuentemente que por su colega británico.<sup>2</sup> Sin duda se halla algo pasada de moda,<sup>3</sup> como el derecho natural,<sup>4</sup> con el cual

126.—

1. La idea ha sido expresada frecuentemente por los precedentes, desde el siglo XIX. Actualmente es admitida con tal unanimidad, que sería inútil querer dar referencias. Reenviamos únicamente a POUND, *The Theory*; CARDOZO, *The Nature*; FREUND, *On Understanding the Supreme Court* (1950), pp. 77-116, y a los estudios sobre filosofía del derecho evocados *infra*, N° 112. V. también Albert KOCOUREK, *Libre Recherche in America* o *La libre recherche en Amérique*, en *Recueil d'Etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 3 vols. 1934, t. 2, pp. 459-502; John DICKINSON, *The Problem of the Unprovided Case* o *Le problème du cas non prévu*, *ibid.*, t. 2, pp. 503-530; James Grafton ROGERS, *A Scientific Approach to Free Judicial Decision*, o *Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire*, *ibid.*, t. 2, pp. 552-573; Ray TRAMMEL, *The Unprovided Case in the Arkansas Supreme Court. A Jurisprudential Inquiry*, "Ark. L. R." (1953), vol. 7, pp. 77-96; Ferdinand F. STONE, *Handbook of Law Study* (1952), pp. 109-133. Consúltense para el derecho francés, las relaciones sobre el método presentadas en la Semana Internacional del Derecho de 1950 y las discusiones a las que dieron lugar: "Rev. int. dr. comp.", 1950, pp. 729-757.

2. Cf. *supra*, Núms. 90 y ss. Cf. Edwin W. PATTERSON, *The Role of Law in Judicial Decision*, "Missouri L. R." (1954), vol. 19, pp. 101-118.

3. Cf. *infra*, Núms. 156 y ss. 172 y ss.

4. Cf. *supra*, N° 107.

127.—

1. Para ésta, v. *infra*, N° 131.

2. Cf. DAVID, *Introduction*, pp. 155 y ss.; ANCEL, pp. 199-200.

3. V. sin embargo, MORRIS R. COHEN, *Reason and Law, Studies in Juristic Philosophy* (1950); Lon L. FULLER, *Reason and Fiat in Case Law*, "Harv. L. R." (1946), vol. 59, pp. 376-395.

4. V. no obstante *Proceedings of the Natural Law Institute of the University of Notre-Dame* (5 vols. publicados en 1954); Leo STRAUSS, *Natural*

se relaciona.<sup>5</sup> Si bien, no obstante, las decisiones fundadas sobre el derecho natural pertenecen al siglo pasado,<sup>6</sup> se encuentran todavía, como en Inglaterra, sentencias declarando que la razón debe constituir el principio rector de la evolución del *common law*, responsable, según los casos, de la existencia o retroceso de las diversas reglas.<sup>7</sup>

También se invoca la razón para gobernar la interpretación de los precedentes<sup>8</sup> —la idea no es muy diferente— y, más especialmente, en un gran número de casos, para permitir el rechazo de un precedente que carece ya de razón de ser, o que parece haber estado siempre mal fundado o que, simplemente, produciría en el caso efectos lamentables.<sup>9</sup> Mientras que en Francia el adagio *cessante ratione legis, cessat lex* se invoca para limitar en el espacio la aplicación de una regla que uno de los litigantes alega por razones textuales o de lógica, en Norteamérica, donde la lógica es menos imperiosa<sup>10</sup> y el derecho evoluciona rápidamente, el adagio, al cual han recurrido frecuentemente los precedentes, sirve, sobre todo, para limitar la aplicación en el tiempo de una regla que se estima actualmente inadecuada.<sup>11</sup>

128.—Es, al parecer, con la razón, con la que se puede relacionar la historia.

Las decisiones norteamericanas, en efecto, se remontan a veces muy lejos en la historia de una regla,<sup>1</sup> pero siempre con objeto de

*Rights and History* (1953); A. P. D'ENTREVES, *Natural Law* (1951); Charles G. HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts* (1930); ROSCOE POUND, *The Ideal Element in American Judicial Decision*, "Harv. L. R." (1931), vol. 45, pp. 136-148; MORRIS R. COHEN, *Law and the Social Order* (1933), pp. 165-267; *A symposium on Natural Law, Science and Modern Thought*, "Ohio State L. J." (1952), vol. 13, pp. 121-235. V. igualmente, para la historia, las referencias proporcionadas *supra*, N° 70, nota 12, y, para el punto de vista crítico, Jerome FRANK, *Courts on Trial* (1950), pp. 346-373.

5. Cf. (con un análisis de sus informes) Arthur L. GOODHART, *English Contributions to the Philosophy of Law* (1949), pp. 35-38.

6. *People vs. Folsom* (1855), 5 Cal. 374; *Wilkinson vs. Leland* (1829), 2 Pet. 627, 7 L. ed. 542; *Ogden vs. Saunders* (1827) 12 Wheat. 213, 6 L. ed. 606; *Terrett vs. Taylor* (1815), 9 Cr. 43, 3 L. ed. 650; y otras decisiones anteriores citadas en *Le syst. const.*, t. 1, N° 45, nota 7.

7. *Oppenheim vs. Kridel* (1923), 236 N. Y. 156, 140 NE 227.

8. *Sayward vs. Carlson* (1890), 1 Wash. 29, 23 P. 830.

9. V. por ejemplo, *Funk vs. United States* (1933), 290 U. S. 371, 78 L. ed. 369, 54 S. Ct. 212, 93 ALR 1136; *Loudon vs. Loudon* (1933), 114 N. J. Lq. 242, 168, A. 840, 89 ALR 904; *Wilson vs. Leary* (1897), 120 N. C. 90, 38 LRA 240.

10. Cf. *infra*, N° 131.

11. Cf. *supra*, N° 105, nota 19.

128.—

1. V. principalmente, *Cramer vs. United States* (1945), 325 U. S. 1, 89 L. ed. 1441, 65 S. Ct. 918; *Vidal vs. Philadelphia* (1844), 2 How. 127, 11 L. ed.

comprenderla mejor. A veces, pues, el juez la aplica; pero otras sigue el consejo de Holmes:<sup>2</sup> saca a la fiera de su cubil para matarla. En otros términos, indaga las razones históricas y sociales que expliquen la formación de la regla y, comprobando que las condiciones sociales han cambiado o que la norma carece ya de razón de ser en las circunstancias del caso, se niega a seguirla.<sup>3</sup> Sólo excepcionalmente sigue una regla que ha perdido su razón de ser, en virtud del principio *stare decisis*.<sup>4</sup>

129.—Si bien la razón, en su forma propia, está algo pasada de moda, parece haber reencarnado bajo una forma moderna y con un nuevo nombre en las consideraciones prácticas, sociales y políticas, que se invocan expresamente con frecuencia como elementos determinantes de la decisión.<sup>1</sup>

En un país en el que los tribunales son un órgano fundamental de la elaboración del derecho, el juez debe tener muy en cuenta la razón, cuando crea un derecho inmutable, y las consecuencias sociales de su decisión, cuando conoce la contingencia del derecho positivo. Es este factor de la decisión el que, en verdad, se opone más directa y poderosamente a la autoridad de los precedentes — a pesar de hallarse fundada ésta sobre consideraciones sociales. Sabido es que un abogado,

205; *Cooper vs. Seaverns* (1909), 81 Kan. 267, 105 P. 509, 25 LRA (NS) 517, 135 Am. St. Rep. 359; *Wilson vs. Leary* (1897), 120 N. C. 90, 38 LRA 240.

2. Cf. *supra*, N° 104.

3. V. principalmente *Cooper vs. Seaverns* (1909) y *Wilson vs. Leary* (1897), citadas *supra*, nota 1.

4. Cf. *supra*, N° 107, nota 1.

129.—

1. V. entre millares de otras, *White Eagle Oil and Refining Co. vs. Gunderson* (1925), 48 S. D. 608, 205 NW 614, 43 ALR 397; *Schlesinger vs. Quinto* (1922), 192, N. Y. S. 564; *Jacob and Young vs. Kent* (1921), 230 N. Y. 239, 129 NE 889; *Wanamaker, J., separate opinion*, en *Fowler vs. City of Cleveland* (1919), 100 Ohio St. 158, 126 NE 72, 9 ALR 131, fundando su opinión sobre los principios de la democracia americana, considerados como el "justo medio" entre los principios políticos de Luis XIV y los del comunismo; *People vs. Charles Schweinler Press* (1915), 214 N. Y. 395, 103 NE 639. V. igualmente la sentencia fundamental por la cual la Suprema Corte declara ilegal la segregación racial en la enseñanza pública: *Brown vs. Board of Education* (1954), 347 U. S. 483, y André Tunc, *L'abolition par la Cour Suprême des Etats-Unis de la ségrégation raciale dans l'enseignement public*, "Rev. int. dr. comp.", 1955, pp. 916 y ss. Esta sentencia muestra, por otra parte, cómo las consideraciones sociales forman parte del derecho, mucho más que en Francia. Para averiguar si la segregación es contraria a la igualdad de protección debida por el Estado a todos los ciudadanos, la Corte no podía hacer más que observar los efectos sociales.

Cf. *Strarkowski vs. Attorney General* [1953], 3 W. L. R. 942 y comentario "L. Q. R." (1954), vol. 70, pp. 1-2.

que había de convertirse después en miembro eminente de la Suprema Corte, Lewis Brandeis, presentó en 1908 una memoria de más de cien páginas, de las cuales sólo dos se consagraban a los precedentes y todas las demás a estadísticas, a informes médicos y morales y a un estudio comparativo de las legislaciones.<sup>2</sup> En la actualidad, parece que la consideración de las consecuencias sociales de la decisión es el elemento fundamental determinante de la evolución del *common law*,<sup>3</sup> pudiéndose decir que este hecho es aprobado por todos los autores,<sup>4</sup> si bien algunos con reservas más o menos enérgicas, destinadas a que no sea olvidada la autoridad de los precedentes.<sup>5</sup>

130.—Un elemento más estrictamente técnico estriba en la autoridad reconocida, de hecho, a las decisiones o a las leyes que, de derecho, no se imponen al juez, a menos que el *common law* del Estado sea claro sobre el punto litigioso y que esas decisiones o leyes concuerden con la solución a la que el juez se halla inclinado.

Ya hemos examinado la importancia otorgada a las soluciones admitidas por otros Estados,<sup>1</sup> así como el debilitamiento de la autori-

2. En el asunto *Muller vs. Oregon* (1908), 208 U. S. 412, 52 L. ed. 551, 28 S. Ct. 324; cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 100.

3. Lo que se relaciona con el realismo del derecho de los Estados Unidos (cf. *supra*, N° 125).

4. V. principalmente las ideas de Holmes, Cardozo, Pound, estudiadas *supra*, Núms. 104, 105 y 107, así como las de la escuela realista (cf. *infra*, N° 164). *Adde*, entre muchas otras, Erwin L. GRISWOLD, *Law and Justice in Contemporary Society*, "Can. Bar. R." (1950), vol. 28, pp. 120-128; Carl Brent SWISHER, *The Growth of Constitutional Power in the United States* (1946), pp. 212-222. Cf. Julius STONE, *The Province and Function of the Law* (1946), sobre todo, pp. 207-377, 379-785; Sidney Post SIMPSON and Julius STONE, with the collaboration of M. Magdalena SCHOCH, *Cases and Readings on Law and Society* (3 vols. 1948-1949); W. FRIEDMANN, *Law and Social Change in Contemporary Britain* (1951).

5. Cf. *supra*, Núms. 105 y 106.

130.—

1. Cf. *supra*, N° 112, nota 7. V. además, entre otras muchas: *Gertman vs. Burdick* (1941), 75 App. D. C. 48, 123 F. (2d) 924, 152 ALR 645; *Ward vs. Keenan* (N. J. 1949), 3 N. J. 298, 70 A. (2d) 77; *Carter vs. Yardley and Co.* (1946), 319 Mass. 92, 64 NE (2d) 693; *Ex parte Thompson* (1933), 228 Ala. 113, 152 S. 229, 107 ALR 671; *State Bank of Chicago vs. Gross* (1931), 344 Ill. 512, 176 NE 739, 75 ALR 172; *Re Heaton* (1915), 89 Vt. 550, 96 A. 21, LRA 1916 D. 201; *Cooper vs. Seaverns* (1909), 81 Kan. 267, 105 P. 509, 25 LRA (NS) 517, 135 Am. St. Rep. 359; *Seymour vs. McAvoy* (1898), 121 Cal. 438, 53 P. 946, 41 LRA 544; *Leyson vs. Davis* (1895), 17 Mont. 220, 42 P. 775, 31 LRA 429; *Sayward vs. Carlson* (1890), 1 Wash. 29, 23 P. 830.

V. también WEIGANDT, en *The Status of the Rule of Judicial Precedent*, "Cinc. L. Rev." (1940), vol. 14, pp. 203-355, 283-286.

dad del precedente<sup>2</sup> y el acercamiento de los *common laws*<sup>3</sup> resultantes.

Es interesante agregar que las decisiones y las leyes dictadas en Inglaterra en una época en que carecen ya de fuerza imperativa,<sup>4</sup> son reconocidas casi con la misma autoridad que las decisiones o las leyes de los otros Estados de la Unión. La actitud de los tribunales norteamericanos a su respecto ha variado considerablemente y es todavía muy variable. Algunos tribunales son poco elogiosos hacia esa "antigüedad" que les parece el derecho inglés;<sup>5</sup> pero la mayor parte, no sólo en el siglo XIX,<sup>6</sup> sino en la época moderna,<sup>7</sup> declaran que las decisiones judiciales inglesas, incluso las contemporáneas, tienen derecho al mayor respeto, y las propias leyes han gozado a veces de la misma afirmación.<sup>8</sup> El sentimiento de una comunidad fundamental de derecho, muy vivo en su origen,<sup>9</sup> no se ha esfumado completamente.<sup>10</sup>

2. Cf. *supra*, N° 112.

3. Cf. *supra*, N° 120.

4. Cf. *supra*, N° 77.

5. Cf. entre otras, *Martin vs. Superior Ct.* (1917), 176 Cal. 289, 168 P. 135, LRA 1918 B 313 ("el *common law* contiene reglas y costumbres antiguas y con frecuencia primitivas e injustas (*barbarous*) en el más alto grado").

6. *United States vs. Reid* (1851), 12 How. 361, 13 L. ed. 1023; *Cathart et al. vs. Robinson* (1830), 5 Pet. 264, 8 L. ed. 120; *Chilcott vs. Hart* (1896), 23 Col. 40, 45 P. 391; *Kreitz vs. Behrensmeier* (1894), 149 Ill. 496, 23 LRA 59; *Leyson vs. Davis* (1895), 17 Mont. 220, 42 P. 775, 31 LRA 429; *State vs. Buchanan* (1821), 5 Har. and J. 317, 9 Am. Dec. 534. V. sin embargo, *Ray vs. Sweeny* (1878), 14 Bush (Ky.) 1, 29 Am. Rep. 388. Cf. nota a los *Ann. Cas.* 1913 E. 1222-1228, 1224; y *POUND, Sources*, p. 34.

7. *Loudon vs. Loudon* (1933), 114 N. J. Eq. 242, 168 A. 840, 89 ALR 904; *State ex rel. Gallet vs. Clearwater Timber Co.* (1929) 47 Idaho 295, 274 P. 202, 66 ALR 1396; *Friend vs. Child Dining Hall Co.* (1918), 231 Mass. 65, 120 NE 407, 5 ALR 1100; *Horace Waters & Co. vs. Gerard* (1907), 189 N. Y. 302, 82 NE 143, 24 LRA (NS) 958. En el ámbito particular de los seguros marítimos, los tribunales norteamericanos afirman unánimemente que deben esforzarse por seguir los precedentes ingleses con objeto de llegar a la unificación en la materia entre ambas naciones. v. *Internacional Divergencies in Marine Insurance Law*, "Harv. L. R." (1951), vol. 64, nota, pp. 446-456, 449-451, y *Standard Oil Co. vs. United States* (1950), 340 U. S. 54.

8. *Bull vs. Loveland* (1830), 10 Pick (Mass.) 9.

9. Cf. *State vs. Buchanan* (1821), cit. *supra*, nota 6, recordando que si los vínculos políticos no hubiesen sido rotos, los derechos inglés y norteamericano no serían más que uno y *Cathart et al. vs. Robinson* (1930), cit. *supra*, misma nota, que para determinar la actitud que debe adoptar la Suprema Corte respecto a las decisiones inglesas modernas al resolver sobre la interpretación de una ley inglesa adoptada por un Estado, parte de su actitud al respecto de las decisiones de los Estados. Cf. también *United States vs. Reid* (1851), citada *supra*, misma nota.

10. Cf. *State ex rel. Gallet vs. Clearwater Timber Co.* (1929), citada *supra*, nota 7. Por eso algunas colecciones de sentencias reproducen a veces (bastante excepcionalmente en verdad) sentencias inglesas: v. por ejemplo, *Baxter vs.*

Algunas sentencias, en realidad antiguas, tendían incluso a otorgar a las decisiones inglesas una fuerza imperativa —sometida a condiciones cuyo reconocimiento quedaba a discreción de los tribunales—, afirmando que una decisión judicial, sea norteamericana o inglesa, debe presumirse fundada sobre la costumbre y el derecho no escrito que prevalecía en Inglaterra mucho antes de la Revolución,<sup>11</sup> o, incluso, (pero la sentencia que enuncia este principio data de más de un siglo) que a causa de la inmutabilidad del *common law*, las nuevas decisiones inglesas son la prueba de lo que éste ha sido siempre.<sup>12</sup>

Si, por consiguiente, los precedentes ingleses continúan gozando de una cierta autoridad, es necesario señalar que sólo muy excepcionalmente son citados. En cuanto a otros sistemas jurídicos, distintos del *common law*, si bien han podido inspirar algunas decisiones al principio del siglo XIX, sobre todo en razón de la creencia en el derecho natural,<sup>13</sup> actualmente tienen sólo una influencia muy indirecta, sólo en la medida en que son estudiados por la doctrina y en que ésta influye sobre las decisiones de los jueces.<sup>14</sup>

131.—Es una cuestión clásica, pero que sin duda no será resuelta nunca, la de saber en qué medida el razonamiento lógico debe constituir o constituye de hecho un elemento de la decisión.

La mayoría de los autores y de las decisiones tienden a destacar el papel simplemente subordinado que la lógica debe jugar en una de-

Baxter [1948], A. C. 274, 4 ALR (2d) 216; Re Gape [1952], Ch. 743, [1952], 2 All. Eng. 579, 35 ALR (2d) 380.

Sobre la autoridad —bastante reducida en su conjunto, pero quizá en progresión— de los precedentes americanos en Inglaterra, v. Albert KIRALFY, *The Persuasive Authority of American Rulings in England*, "Tul. L. Rev." (1948), vol. 23, pp. 208-217; DAVID, *Introduction*, pp. 166-167; H. C. GUTTERIDGE, *Comparative Law*, (1946), 2nd ed. 1949, pp. 38-40; ALLEN, pp. 255, 283-284. Como ejemplo reciente de discusiones de decisiones norteamericanas, v. Lord Porter y Lord Wright en *Monarch Steamship Co. Ltd., vs. A. B. Karlshamns Oljefabriker* [1949], 1 A. E. R. 1; Singleton L. J. en *Biberfeld vs. Berens* [1952] 2 Q. B. 770; v. igualmente Samuel J. STOLJAR, *The Contractual Concept of Condition*, "L. Q. R." (1953), vol. 69, pp. 485-511; nota A. L. G., "L. Q. R." (1954), vol. 70, pp. 33-36; J. H. C. MORRIS, *The Rule Against Perpetuities and the Rule in Andrews vs. Partington*, "L. Q. R." (1954), vol. 70, pp. 61-87. Sobre la autoridad de las decisiones norteamericanas en Australia, v. "Austr. L. J." (1949), vol. 23, pp. 253-254. Sobre la autoridad de las mismas decisiones en Israel, v. Uriel GORNEY, *American Precedent in the Supreme Court of Israel*, "Harv. L. R." (1955), vol. 68, pp. 1194-1210.

11. Horace Waters and Co. vs. Gerard (1907), cit. *supra*, nota 7.

12. State vs. Buchanan (1821), cit. *supra*, nota 6.

13. Cf. *supra*, N° 81, nota 20; POUND, *The Theory*, pp. 806-807, 947-948.

14. Cf. *infra*, N° 157. V. sin embargo, Walter J. DERENBERG, *The Influence of the French Code Civil on the Modern Law of Unfair Competition*, "Am. J. Comp. Law" (1955), vol. 4, pp. 1-34.

cisión jurídica.<sup>1</sup> “La vida del derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia”, ha escrito Holmes en una frase constantemente repetida.<sup>2</sup> El *common law* se desea práctico, fundado sobre la experiencia, y flexible, en el sentido, principalmente, de que dé a cada caso concreto la solución que requiere, sin cuidarse demasiado de la coordinación lógica. Y si es cierto que la “razón” debe presidir la elaboración del *common law*, es más la “medida” de los griegos, que la “razón”, de Pascal, opuesta al “instinto”; es la que conduce a lo “razonable”, no la que tiene por instrumento el razonamiento lógico. Este, por otra parte, supone el empleo de conceptos, de ideas generales, de abstracciones, respecto de las cuales los ingleses, y en amplia medida los norteamericanos, han experimentado siempre desconfianza.<sup>3</sup>

131.—

1. V. Oliver Wendell HOLMES, *The Path of the Law*, “Harv. L. R.” (1897), vol. 10, pp. 457-478, 465; *dissenting opinion* en Kuhn vs. Vermont Coal Co. (1909), 215 U. S. 349, 54 L. ed. 228, 30 S. Ct. 140: “Que tal caso pueda ser conciliado o no con tal otro, me es totalmente indiferente (*I do not care to inquire*): considero que ambos casos representan doctrinas establecidas, sean o no susceptibles de ser conciliadas”; John DICKINSON, *Legal Rules: Their Function in the Process of Decision*, “U. Pa. L. Rev.” (1931), vol. 79, pp. 833-868; HUTCHESON, *op. cit.*, N° 110, nota 15; Karl LLEWELLYN, *The Bramble Bush* (1930), pp. 67-72. Cf. Lord MacMillan en Read vs. Lyons [1947] A. C. 156, 175: “La responsabilidad de vuestras señorías en esta Casa es la de resolver los litigios y vuestras Señorías no son requeridas para racionalizar el derecho de Inglaterra... Los argumentos fundados sobre la compatibilidad lógica de principios jurídicos (*legal consistency*) son susceptibles de inducir a confusión, porque el *common law* es un conjunto práctico, adaptado a las múltiples diversidades de la vida humana y como nos ha recordado un gran juez americano: “la vida del derecho no ha sido la lógica sino la experiencia”; Lord Porter en Best vs. Samuel Fox and Co. Ltd., [1952] 2 T. L. R. 246, 247: “El *common law* es un desarrollo histórico más bien que un todo lógico y el hecho de que una regla particular no pueda ser lógicamente conciliada con otra u otras, no es una razón para rechazarla.” Véase igualmente FRANK, pp. 316-325; Arthur L. GOODHART, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, “Yale L. J.” (1930), vol. 40, pp. 161-183; 163-164, o *Essays*, pp. 1-26, 3-4 (así como también, *English Contributions to the Philosophy of Law* (1949), pp. 27-30); FRIEDMANN, pp. 328-329; Sir Alfred DENNING, *The Changing Law* (1953), p. 50.

Cf. en fin —menos radicales— Dennis LLOYDS, *Reason and Logic in the Common Law*, “L. Q. R.” (1948), vol. 64, pp. 468-484; Lord MACMILAN, *The Writing of Judgments* “Can. Bar. Rev.” (1948), vol. 26, pp. 491-499, *Deux manières de penser*, en *Introduction*, § 65, vol. 2, pp. 3-17, principalmente pp. 9 y ss.; Julius STONE, *Function and Province of the Law* (1946), pp. 147 y ss.

2. *The Common Law* (1881), p. 1.

3. Cf. Holmes, *dissent* en Lonchner vs. New York (1905), 198 U. S. 45, 49 L. ed. 937, 25 S. Ct. 539: “*General propositions do not decide concrete cases.*” Cf. igualmente Sir Ernest GOWERS, *Plain Words* (H. M. Stationery Office): “Eludir las declaraciones concisas y precisas y utilizar esas palabras vagas y abstractas tales como “condition”, “position” o “situation” no puede más que oscurecer lo que ustedes tienen que decir. Una noticia grave fue anunciada a principios de 1947 de la manera siguiente: “El estado de los *stocks* de carbón es extremadamente serio.” ¿Por qué convertir en abstracción una cosa tan concreta como el carbón? El hecho preciso que se quería anunciar era que los *stocks*

Es inútil señalar lo que, en efecto, semejante actitud pueda tener de típicamente británica; ella constituye el *leit-motiv* de los hombres que han tenido la responsabilidad del Imperio y de la *Commonwealth*.<sup>4</sup> Es igualmente inútil subrayar lo que una tal actitud —que ha comprobado su valor político— puede tener de sorprendente para el espíritu latino, no sometido a la disciplina anglosajona. Pero sería demasiado peligroso dejarse llevar a declaraciones, a veces un poco fáciles, acompañadas, además, de serias reservas entre algunos autores<sup>5</sup> y contradichas por otros,<sup>6</sup> e imaginarse que el *common law* logra y sostiene soluciones sin preocuparse en absoluto de la lógica.

de carbón se encontraban peligrosamente bajos. En un momento histórico, un maestro de la palabra hubo de anunciar una noticia mucho más grave todavía. Mr. Winston Churchill no comenzó su discurso de 17 de junio de 1940: "La posición de Francia es extremadamente seria." Comenzó: "Las noticias de Francia son muy malas." No concluyó: "Nosotros tenemos una confianza absoluta en la restauración final de la situación." Terminó: "Estamos seguros que en definitiva todo irá bien." Todas estas palabras vagas y abstractas: condición, posición, situación, deben ser consideradas como signos de peligro y quien está dispuesto a utilizar una de ellas debe preguntarse si no podría decir más directamente lo que tiene que decir". (Reproducido en "Can. Bar. Rev." (1948), vol. 26, p. 1211, bajo el título: "Preferid lo concreto a lo abstracto.")

Consúltense DAVID, *Introduction*, pp. 226 y ss.

4. Cf. Lord MACMILLAN, *op. cit.*, nota 1. Cf. igualmente Sir Austen, CHAMBERLAIN, *Bases of British Foreign Policy*, vol. 9, *Foreign Affairs*, p. 535, julio 1931: "El inglés desconfía de la lógica en todas las circunstancias y sobre todo en el gobierno de los hombres, por que el instinto y la experiencia le enseñan que los hombres no son gobernados por la lógica; que es poco prudente tratar un problema político como si fuera un ejercicio de lógica y que, con frecuencia, es mucho más razonable abstenerse de llevar los buenos argumentos hasta sus consecuencias lógicas y aceptar un compromiso satisfactorio, aunque ilógico. Después de todo, la lógica nos ha costado las trece Colonias."

5. Otros extractos en Erwin EXNER, *Studies in Legal Terminology* (1941), pp. 142-143. Cf. también la reseña publicada por "The Economist" del 27 de septiembre de 1947 de la obra de BIENENFELDT, *Rediscovery of Justice*: "La actitud anglosajona respecto al derecho... consiste en verlo como un cuerpo de reglas de trabajo establecidas para resolver una dificultad tal como ella se presenta y que no requieren necesariamente de la lógica."

6. V. los autores citados *supra*, nota 1, 2º párrafo, principalmente LLOYDS.

Respecto al lugar que conceden a la lógica autores como POUND, y CARDOZO, v. *supra*, N° 105 y N° 106, nota 1. V. también CARDOZO, *The Nature*, pp. 31 y ss., *opinions* en Jacob and Young vs. Kent (1921), 230 N. Y. 239, 129 NE 889, y Hynes vs. N. Y. Central R. R. (1921) N. Y. 229, 131 NE 898; — para POUND: *The Theory*, principalmente pp. 813 y ss.; *Sources*, pp. 66-68; *What is the Common Law?* en *The Future*, pp. 3-23, 18. — Samuel WILLISTON, *Some Modern Tendencies in the Law* (1929), pp. 14 y ss., tiende a insistir más bien sobre el papel importante, aunque quizá subordinado, que debe jugar y que de hecho juega la lógica. De la misma manera, Mr. Justice Frankfurter, en *Helverig vs. Hallock* (1940), 309 U. S. 106, 84, L. ed. 604, 60 S. Ct. 444, 125 ALR 1368, prefiere desconocer la regla *stare decisis* antes que dar una decisión que estaría en contradicción lógica con una doctrina anterior bien fundada.

7. V. principalmente, Morris R. COHEN, *The Place of Logic in the Law*, "Harv. L. R." (1916), vol. 29, pp. 622-639, y *Law and the Social Order* (1933),

No creemos que el juez inglés o el norteamericano rechacen realmente la lógica. Todo espíritu humano ama la lógica y la sistematización, aun cuando la subordine a otros imperativos y trate de defenderse contra su seducción.<sup>7</sup> Cuando la lógica no resulta impuesta por un legislador, que, por su parte, la ha obedecido también, preside la elaboración de principios consuetudinarios por el pueblo o de reglas jurídicas por los jueces. Y no podría ser de otra forma.

El juez inglés o norteamericano, a nuestro modo de ver, tiene, simplemente, una actitud algo diferente respecto a la lógica — y es exacto que hace de ella un empleo más prudente. Cuando cierto número de decisiones han sido dictadas, el espíritu latino trata de extraer la lógica, el principio, y de no retener más que ese principio, si es posible; en todo caso, pretende utilizarlo lógicamente para extraer otras consecuencias, en caso necesario combinándolo con otros principios. El espíritu inglés y, en cierta medida, el norteamericano, tienen más prudencia. No se privan, en verdad, de buscar el principio que ha inspirado ciertas decisiones, porque ese principio podrá resultar útil quizá para la solución de nuevas dificultades; pero gustan de dejarlo formulado y prefieren incluso no adquirir demasiado claramente conciencia de él. Se guardan mucho de erigirlo en principio, para no verse obligados a convertirlo en regla de decisión en casos actualmente no previstos. Si en ocasiones enuncian una regla de apariencia general, es una regla que resumirá lo adquirido sin pretender ser universal.

---

pp. 165-183; Clarence MORRIS, *How Lawyers Think* (1938); Jerome HALL, *Readings in Jurisprudence* (1938), pp. 341-394 y, más generalmente, pp. 335-666; Max RADIN, *Law as Logic and Experience* (1940); Roscoe POUND, *The Economic Interpretation and the Law of Torts*, "Harv. L. R." (1940), vol. 53, pp. 365 y ss., 367; Edwin PATTERSON, *Logic in the Law*, "Un. of Pa. L. R." (1942), vol. 90, pp. 875-909; Morrow, pp. 352-364; Julius STONE, *The Province and Function of Law* (1946), pp. 45-206; Lon L. FULLER, *Basic Contract Law* (1947), pp. 519-526; Edward LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, "Un. of Chicago L. R." (1948), vol. 15, pp. 501-574, o la obra del mismo título (1950) —el autor subraya en realidad la lógica propia del razonamiento jurídico—; Félix S. COHEN, *Field Theory and Judicial Logic*, "Yale L. J." (1950), vol. 59, pp. 238-272, 244-251; Leo LOEVINGER, *An Introduction to Legal Logic*, "Ind. L. J." (1952), vol. 27, pp. 471-522.

7. Cf. WILLISTON, *op. cit.*, *loc. cit. supra*, nota 5: cuando los precedentes son justos y satisfactorios, los principios que establecen no dejarán de desarrollarse lógicamente; CARDOZO, *The Nature*, p. 47: en el derecho, como en cualquier otra rama del saber, las verdades logradas por inducción tienden a constituir premisas para nuevas deducciones; HOMES, *Collected Legal Papers*, p. 37: "La maestría de un espíritu se manifiesta en que, cuando los hechos aparecen esparcidos en una masa confusa, basta que aquél proyecte a través de ellos la corriente magnética de su pensamiento para que se organicen súbitamente en un orden, vivan y den frutos."

Existirá pues desconfianza hacia la lógica, prudencia en su empleo, pero no negación de sus valores. <sup>7 bis</sup>

También aquí, a decir verdad, parece que el espíritu inglés característico haya evolucionado en los Estados Unidos, sobre todo en materia jurídica. <sup>7 ter</sup> Los tribunales norteamericanos no siempre rechazan las generalizaciones o los razonamientos amplios, sino los exclusivamente lógicos, que sólo excepcionalmente se encuentran en las sentencias inglesas. Por otro lado, ha sido con el propósito de poner fin a las contradicciones y a la obscuridad que ellas entrañan, es decir, por consideraciones lógicas, por lo que eminentes autores han propugnado una sistematización del derecho <sup>8</sup> y han redactado, con la participación de los autores más eminentes, y con general beneplácito, una especie de codificación oficiosa del *common law*: el *Restatement of the Law*. <sup>9</sup> La propia magnitud de la empresa y la cantidad de energía que ha requerido su realización, atestiguan la importancia que se ha concedido a la cohesión lógica de las soluciones, con una preocupación por la claridad y no por la lógica considerada en sí misma, lo que importa poco.

Además, si la lógica no tuviera participación alguna en la elaboración de las decisiones judiciales, el *common law*, en su conjunto, sería un tejido de contradicciones. Pero es evidente que no ocurre así. <sup>10</sup> El respeto absoluto a los precedentes impone, es cierto, al derecho inglés, el recurso a distinciones ilógicas e injustificadas. <sup>11</sup> En los Es-

<sup>7 bis</sup>. Esta desconfianza hacia la lógica y el espíritu sistemático es realmente uno de los principales factores de la escasa consideración que, en Inglaterra sobre todo, se da a la doctrina (cf. POUND, *Formative Era*, p. 163: "El derecho codificado —*civil law*— es un derecho de las universidades. Sus oráculos han sido los profesores de derecho. El *common law* es un derecho de los tribunales. Sus oráculos han sido siempre los jueces"). Recíprocamente, además, la débil influencia de la doctrina suprime lo que podría ser un factor de cohesión lógica.

<sup>7 ter</sup>. Hay que hacer constar, sin embargo, que el profesor GOODHART, por el contrario, estima que es en Inglaterra donde se ha hecho sentir un fuerte deseo de lógica y sistematización. V. su conclusión en *The New York Court of Appeals*, en *Essays*, pp. 268-281, 280-281.

<sup>8</sup>. Cf. sobre todo WILLISTON, FRANKFURTER, CARDOZO y POUND, citados *supra*, nota 5; Harlan F. STONE, *Some Aspects of the Problem of Law Simplification*, "Col. L. R." (1923), vol. 23, pp. 319-337.

<sup>9</sup>. Cf. *infra*, Núms. 172 y ss.

<sup>10</sup>. Cf. F. H. LAWSON, *Rational Strength of English Law* (1951).

<sup>11</sup>. Cf. *infra*, N° 141.

Pero aun esas distinciones son normalmente injustificadas más que ilógicas. Cuando para "esterilizar" el principio según el cual la remisión de deuda, incluso parcial, en un acto no sellado, carece de valor jurídico —puesto que todo acto debe tener una *consideration* (contrapartida)—, se admite que la remisión de deuda, aunque sea casi total, es válida si el pago de lo restante acontece antes de plazo (aunque sea sólo un día antes o en un lugar distinto al estipulado), o se hace mediante cheque (que da un derecho contra el banco), se están estableciendo excepciones que derivan, por el contrario, de un impecable empleo de la lógica

tados Unidos, al contrario, es más bien un "realismo" demasiado grande; es decir, un deseo demasiado ardiente de ser justo en cada caso, el responsable de la existencia de precedentes, e incluso de reglas, netamente contradictorias.<sup>12</sup> En su conjunto, sin embargo, es evidente que las soluciones presentan una disposición lógica, una cohesión armoniosa, en nada inferiores —nos parece— a la de Francia.<sup>13</sup> Parece, por otra parte, que la medida de la lógica de un conjunto sea la existencia de reglas generales. Ahora bien, si se observa el *common law* a este respecto, se comprobará que no carece de principios y de reglas;<sup>13 bis</sup> incluso parece tener muchas más que el derecho francés; lo que revela, de un lado, que la lógica tiene lugar en él; pero de otro, que las reglas y los principios son menos generales que en Francia<sup>14</sup> —puesto que se necesita un mayor número para cubrir el mismo campo— y, por consiguiente, que existe una menor cohesión lógica que en Francia.<sup>15</sup>

Las conclusiones a las que se llega en este punto coinciden con las conclusiones precedentes. Parece, en efecto, que en los Estados Unidos se encuentran reglas más generales que en Inglaterra. La cohesión lógica será pues mayor, así como la participación de la lógica en la decisión, puesto que ambas están necesariamente ligadas.

Sea, pues, que se considere el *common law* de una manera estática, es decir, en su estado actual, o de una manera dinámica, es decir, en su formación, se llega a pensar que la lógica juega un papel más importante de lo que podrían hacer creer ciertas declaraciones y más grande, ciertamente, del que señalan ciertos juristas ingleses y norteamericanos. Las decisiones se dictan normalmente conforme a las exigencias de la lógica; si no en el conjunto del *common law*, al menos en relación con cierto número de precedentes y de reglas.

132.—C. La escasa autoridad de los precedentes en los Estados Unidos, da una considerable importancia a la teoría que se puede lla-

---

desde el principio, pero que el buen sentido se niega a admitir al mismo tiempo que ese principio. (Sobre la doctrina de la *consideration*, v. principalmente Sir Alfred DENNING, *Recent Developments in the Doctrine of Consideration*, "Mod. L. R." (1952), vol. 15, pp. 1 y ss., o *The Changing Law* (1953), pp. 53-60).

12. Cf. *supra*, N° 113, nota 4.

13. Cf. *infra*, N° 141.

13 bis. Cf. FRIEDMANN, pp. 376-379.

14. V. sin embargo, ANCEL, p. 199.

15. Cf. James BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence* (1901), p. 706; STONE, *op. cit.*, *supra*, nota 8, p. 321.

mar, para usar la terminología francesa, que resulta cómoda, la teoría de los cambios de jurisprudencia.<sup>1</sup>

La teoría norteamericana sigue siendo la de Blackstone y se inspira en una ficción bastante paradójica. El *common law* presenta, como hemos visto,<sup>3</sup> dos cualidades contrarias: el ser perfectamente flexible y perfectamente inmutable, y es el principio de la inmutabilidad el que gobierna los cambios de jurisprudencia. Se considera que el derecho, tal como había sido declarado, no ha existido jamás y se estima que la última sentencia enuncia lo que siempre ha sido el derecho en vigor.<sup>4</sup> La razón que se ha dado para ello por las sentencias más modernas es la que expresaba Blackstone: careciendo el juez de poder

### 132.—

1. V. sobre la cuestión, Paul ROUBIER, *Les conflicts des lois dans le temps*, 2 vols. (1929-1933), t. 1, pp. 27-32.

Hemos estimado adecuado estudiar esta teoría en este capítulo consagrado al *common law*; pero hay que señalar, sin embargo, que el problema se plantea en la misma forma y la teoría se aplica de la misma manera en materia de derecho legislado.

2. BLACKSTONE, *Commentaries*, t. 1, p. 69: "... los jueces nuevos no pretenden crear un derecho nuevo, sino liberar el derecho antiguo de la concepción errónea de que era objeto. Porque, si se estima que la decisión anterior era notoriamente absurda o injusta, se declara, no que tal decisión era de mal derecho, sino que no era derecho; es decir, que no era la costumbre establecida del reino, como se había erróneamente declarado." Y he aquí el comentario de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 2ª parte, cap. VIII: "El jurista inglés estima las leyes no tanto porque sean buenas como porque sean viejas; y si se ve en la necesidad de modificarlas en algún punto, para adaptarlas a los cambios que el tiempo hace sufrir a las sociedades, recurre a las más increíbles sutilezas con objeto de persuadirse de que, al agregar alguna cosa a la obra de sus antecesores, no hace más que desarrollar su pensamiento y completar sus trabajos. No esperéis hacerle reconocer que es un innovador; aceptará llegar hasta el absurdo antes de confesarse culpable de un crimen tan grande."

3. Cf. *supra*, Núms. 122 y 123.

4. V. sobre todo *Sunray Oil Co. vs. Commissioner* (10th Cir. 1945), 147 F. (2d) 962; *Ruppert vs. Ruppert* (D. C. Cir. 1943), 134 F. (2d) 497; *Peterson vs. John Hancock Mut. Life Ins. Co.* (8th. Cir. 1941), 116 F. (2d) 148; *Legg's Estate vs. Commissioner* (4th. Cir. 1940) 114 F. (2d) 760; *Texas Co. vs. Oklahoma Tax Commission* (1952), 207 Okl. 385, 249 P. (2d) 985; *Jawis vs. Morlet* (D. C. Mun. Ct. 1951) 86 A (2d) 96; *Libby, McNeil and Libby vs. Wisconsin* (1952), 260, Wisc. 551, 51 NW (2d) 796; *Fox vs. Snow* (1950), 6 N. J. 12, 76 A (2d) 877; *Swanson vs. Swanson* (Ark. 1947), 206 SW (2d) 169; *Mickel vs. New England Coal and Coke Co.* (1946), 132 Conn. 671, 47 A (2d), 187, 171 ALR 1001; *Chelsea vs. Richard T. Green Co.* (1945), 318 Mass. 85, 60 NE (2d) 351; *Metzen vs. Department of Revenue* (1945), 310 Mich. 622, 17 NW (2d) 860; *Florida Forest and Park Service vs. Strickland* (1944), 154 Fla. 472, 18 So.(2d) 251; *Mutual Life Ins. Co. vs. Barron* (1944), 70 Ga. App. 454, 28 SF (2d) 334; *Philadelphia vs. Schaller* (1942), 148 Pa. Super. 276, 25 A (2d) 406; *People ex rel. Rice vs. Graves* (1934), 273 N. Y. 582; *Norton vs. Crescent City Ice Mfg. Co.* (1933), 178 La. 135, 150 S. 855; *Ross vs. Board of Chosen Freeholders* (1917), 90 N. J. L. 522, 102 A. 397; *Mountain Grove Bank vs. Douglas County* (1898), 146 Mo. 42, 47 SW 944; *Chilcott vs. Hart* (1896), 23 Col. 40,

legislativo, lo declarado por él no puede expresar más que la regla de derecho existente desde los orígenes del *common law*, pero que temporalmente había sido desconocida.

De esta teoría resulta, de hecho, que no sólo a las partes de la sentencia que “da una nueva versión de lo que era la regla de derecho” se les aplica una regla de derecho que no podían normalmente adivinar<sup>5</sup> —lo que constituye un inconveniente casi inevitable de las modificaciones del derecho por vía judicial—;<sup>6</sup> sino que, con una excepción de amplia, pero imprecisa extensión,<sup>7</sup> “la nueva expresión de la norma de derecho” se aplicará también, inmediatamente, o como se ha dicho con poca exactitud, retroactivamente, a los terceros, en los actos celebrados y en los derechos adquiridos bajo el imperio de la norma antigua; mientras que una norma nueva, introducida por vía legislativa, no sería inmediatamente aplicada, ni en Francia ni en los Estados Unidos, más que bajo reserva de importantes paliativos.<sup>8</sup>

Se comprende entonces la razón por la cual esta teoría se mantiene en la época actual: el juez no quiere considerarse legislador, ni siquiera en el caso particular, y no osa asimilar un cambio de jurisprudencia a la promulgación de una ley nueva. Sin embargo, la idea según la cual el *common law* es flexible hasta el punto de adaptarse por sí mismo a las circunstancias nuevas,<sup>9</sup> permitiría al juez reconocer la evolución del derecho y, sin atribuirse o sin arrogarse una función legislativa, hacer jugar las reglas ordinarias de aplicación en el tiempo de las leyes nuevas. Es lamentable comprobar que, entre las dos ficciones, el *common law* parece haber escogido la más contraria a los hechos y aquella cuyos resultados son más inconvenientes.<sup>10</sup>

El principio así planteado ha sido objeto, en realidad, de una excepción que tiende a privarle de la mayor parte de sus inconvenientes.

45 P. 391; Ray vs. West Penna. Natural Gas Co. (1891), 138 Pa. St. 576, 20 A. 1065; Lux vs. Haggin (1886), 69 Cal. 255, 10 P. 674. Cf. Justice Miller, *dissenting in Gelpcke vs. Dubuque* (1864), 1 Wall 175, 17 L. ed. 520; R. von MOSCHZISKER, *op. cit.*, N° 103, nota 3, pp. 18-29.

Consúltese, DAVID, *Introduction*, pp. 224 y ss.

5. Cf. sin embargo, *Wilmington Housing Authority vs. Fidelity and Deposit Co.* (Del. 1946), 47 A. (2d) 524, 170 ALR 1288. Cardozo hace notar, igualmente, que el litigante que se ampara en la regla antigua la sabía frecuentemente injusta (*Address* 294). La afirmación es muy exacta, pero no está siempre justificada, e incluso no lo puede estar sino excepcionalmente.

6. Cf. *infra*, N° 143; v. sin embargo, *infra*, N° 135.

7. Cf. *infra*, N° 133.

8. Cf. *infra*, N° 149 y Paul ROUBIER, *op. cit. supra*, nota 1.

9. Cf. *supra*, N° 122.

10. Cf. Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), p. 293. Esta teoría clásica de los cambios de jurisprudencia es criticada también desde un punto de vista en verdad muy diferente, por GRAY, pp. 256 y ss. y por Justice Holmes, *dissenting opinion* en *Kuhn vs. Fairmont Coal Co.* (1909), 215 U. S. 349, 54 L. ed. 228, 30 S. Ct. 140.