

## CAPITULO I

# EL COMMON LAW

### SECCION II

#### PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y NATURALEZA DEL *COMMON LAW*

82. ¿Qué es el <i>common law</i> ? . . . . .	212
83. Los tres principios fundamentales del <i>common law</i> . . . . .	214
84. Los tres principios en el derecho moderno . . . . .	216
85. Naturaleza consuetudinaria o judicial del <i>common law</i> . Alcance del problema . . . . .	218
86. Actitud de los tribunales . . . . .	222
87. Posición de la doctrina . . . . .	225
88. Argumentos extraídos de la diversidad, durante un largo período, del <i>common law</i> de los Estados Unidos y el <i>common law</i> general, y del papel restringido del uso . . . . .	227
89. Conclusión . . . . .	230

## PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y NATURALEZA DEL *COMMON LAW*

82. ¿Qué es el *common law*?
83. Los tres principios fundamentales del *common law*.
84. Los tres principios en el derecho moderno.
85. Naturaleza consuetudinaria o judicial del *common law*. Alcance del problema.
86. Actitud de los tribunales.
87. Posición de la doctrina.
88. Argumentos extraídos de la diversidad, durante un largo período, del *common law* de los Estados Unidos, y del *common law* general, y del papel restringido del uso.
89. Conclusión.

82.—No es inútil, al principiar este estudio y principalmente para observar las diferentes respuestas proporcionadas al respecto por los autores, plantearse la cuestión elemental: ¿qué es el *common law*?

Una primera respuesta, puramente negativa, pero que puede servir de punto de partida, consiste en definir el *common law* como esa parte del derecho que no halla su fuente en las leyes o reglamentos emanados de los poderes legislativos o ejecutivos de la Federación o de los Estados.

Semejante definición no está muy alejada de la que da Kent,<sup>1</sup> y que ha sido reproducida por numerosas decisiones judiciales: “El *common law* comprende esos principios, usos y reglas aplicables al gobierno, a las personas y a los bienes, cuya autoridad no descansa sobre una declaración expresa de la voluntad del legislador.”<sup>2</sup>

Holmes,<sup>3</sup> en su obra célebre,<sup>4</sup> expone el *common law* sin que le parezca necesario definirlo. Consagra, sin embargo, las dos primeras páginas de su estudio, a algunas reflexiones sobre las fuentes profundas del derecho en un momento dado: las necesidades sociales de la

---

82.—

1. Sobre este autor, v. *supra*, N° 81.

2. KENT, *Comm.*, t. 1, p. 471.

3. Sobre Holmes, v. *Le syst. const.*, t. 1, N° 94, texto y nota 13.

4. *The Common Law* (1881).

época, claramente percibidas u obscuramente sentidas; y el derecho anterior, sobre el cual influyen las necesidades sociales y que, en sí mismo, es expresión quizá, pero no necesariamente, de las necesidades sociales anteriores ya satisfechas. La lógica no es más que un factor muy accesorio en la formación del derecho: "La vida del derecho no ha estado en la lógica, sino en la experiencia... El derecho incorpora la historia del desarrollo de una nación a través de los siglos y no puede ser manejado como si no se tratase más que de axiomas y de corolarios de un tratado de matemáticas."

El Decano Roscoe Pound, en fin, al plantear la cuestión: qué es el *common law*,<sup>5</sup> lo ve bajo tres aspectos: como sistema, como tradición y como actitud del espíritu, o, en todo caso, como manifestación de una actitud del espíritu.<sup>6</sup>

El *common law* es, evidentemente, un sistema, un conjunto de reglas, de doctrinas, de principios. Bajo tal aspecto, el *common law* está en perpetuo estado de adaptación y sus reglas son a menudo de duración relativamente corta.<sup>7</sup> Pero este aspecto "instantáneo" del *common law* es el más accesorio. Un sistema de derecho es esencialmente una tradición de ideales, de métodos, de doctrinas y de principios,<sup>8</sup> y ello es particularmente cierto tratándose del *common law*.<sup>9</sup> En cuanto tradición, el *common law* se caracteriza como una técnica de solución de los conflictos, consistente en aplicarles los principios extraídos de la experiencia judicial, conservada en las colecciones de jurisprudencia.<sup>10</sup> Se caracteriza también por su forma de considerar las relaciones:<sup>11</sup> allí donde el jurista continental considera abstractamente las personas, la familia, la potestad marital, la minoridad, la tutela, el mandato, etc., el *common law* considera las relaciones de mandante y mandatario, de padres e hijos, de marido y mujer, de tutor y pupilo, de propietario y arrendatario, de dueño y encargado, de acreedor y deudor, de vendedor y comprador. La sociedad, en efecto, no está formada por los individuos, sino por un conjunto complejo de relaciones y agrupamientos cuyo orden interno es la justificación del derecho.<sup>12</sup>

5. *What is the Common Law?*, en *The Future of the Common Law* (1937), pp. 3-23.

6. Cf. principalmente p. 11. V. también *The Spirit of the Common Law* (1921), sobre todo, pp. 13 y ss., p. 21 y p. 182.

7. P. 13.

8. P. 7.

9. P. 10.

10. P. 11. Cf. p. 17: "nuestra técnica de decisión... (consiste en)... encontrar las razones de la decisión en un determinado material jurídico, en formar preceptos jurídicos para regir nuevas situaciones, en desarrollar los principios para resolver nuevos litigios y en deducir de todo el cuerpo de material jurídico los preceptos susceptibles de resolver todas las situaciones concretas".

11. Pp. 15-16.

12. P. 22.

El *common law* es, finalmente, el resultado de una particular actitud del espíritu,<sup>13</sup> que el eminente Decano expresa en términos muy felices: "Es una actitud del espíritu que considera las cosas de una manera concreta, no abstractamente; que se fía de la experiencia más que de las abstracciones. Es una actitud del espíritu que prefiere avanzar prudentemente, basada en la experiencia, desde éste o aquél caso hasta el siguiente, y según parece requerirlo la justicia en cada caso, en vez de pretender referirlo todo a premisas universales. Es una actitud del espíritu que no pretende deducir la solución de un problema presente, de una proposición formulada con carácter universal, como trataría de hacerlo una persona que no comprenda la naturaleza de los problemas con los que se enfrenta un tribunal. Es un estado de espíritu fundado sobre la sólida costumbre anglosajona de tratar las cosas y solucionar los problemas conforme se van presentando, en lugar de anticipar su solución por medio de fórmulas abstractas universales."<sup>14</sup>

Nos ha parecido útil exponer aquí las respuestas dadas por tres grandes juristas a la cuestión: ¿qué es el *common law*? Estas respuestas deben mostrar al jurista extranjero que se encuentra ante un mundo nuevo. Le parecerá extraño, sin duda, que el *common law* pueda ser definido bajo tres aspectos diversos: como conjunto de reglas, como tradición, como actitud del espíritu e, incluso, como resultado de una actitud espiritual. A sus ojos, no puede ser, indivisiblemente, más que un conjunto de reglas fundadas sobre la tradición, que se aplica y desenvuelve según una cierta actitud del espíritu, y no puede dejar de pensar que la misma fórmula conviene también, tanto a cada uno de los derechos latinos, como al conjunto que ellos forman. La triple definición del Decano Pound, no obstante, le revela al menos la importancia fundamental que es preciso otorgar al espíritu particular, típicamente anglosajón, que ha presidido la formación del *common law*, y que se ha opuesto radicalmente al "espíritu racional, de tradición clásica y universalista", que es el de los juristas formados por un código civil.<sup>15</sup>

83.—Es una idea generalmente aceptada, que el *common law* descansa sobre tres principios fundamentales: el respeto del precedente

13. El artículo citado habla generalmente del *common law* como de una actitud del espíritu — y no simplemente del resultado de una actitud del espíritu. Confróntese STONE, *The Common Law*, pp. 5 ó 121 y ANCEL, *op. cit.*, p. 202. Sin embargo, el propio Decano POUND hace, sobre esta expresión, una reserva que estima justificada: "Podemos considerarlo como una actitud del espíritu — una actitud del espíritu o, quizá mejor, el resultado de una actitud del espíritu" (p. 11).

14. Pp. 18-19. V. igualmente, POUND, *The Formative Era*, p. 64. DAVIS, *Introduction*, pp. 66-67; Sir Alfred DENNING, *The Changing Law* (1953), p. 50. p. 50.

15. AMOS, p. 53.

judicial, la intervención del jurado para resolver sobre los puntos de hecho del litigio y la supremacía del derecho; es decir, la sumisión a las reglas jurídicas, de todas las personas, físicas o jurídicas, de derecho privado o de derecho público.<sup>1</sup>

El *common law* no perdería su propia fisonomía, evidentemente, porque abandonase uno u otro de esos principios; es un hecho, incluso, que el papel del jurado ha disminuído considerablemente en Inglaterra<sup>2</sup> y el del precedente en los Estados Unidos;<sup>3</sup> sin embargo, lo cierto es que los tres principios se inspiran en la misma idea única y concurren a hacer del *common law* un sistema curioso, que el jurista ajeno al mismo no puede comprender plenamente, si no es evocando la justicia de los siglos XI, XII y XIII, época del nacimiento del *common law*.<sup>4</sup>

Este espíritu de los principios ha sido extraído por el Decano Pound, en términos particularmente acertados: "Hay un elemento común en las dos doctrinas fundamentales del *common law*: la doctrina del precedente y la de la supremacía del derecho. Su espíritu es el mismo. La doctrina del precedente, significa que los litigios deben ser resueltos con ayuda de los principios obtenidos, por inducción, de la experiencia jurídica del pasado y no por deducción, de las reglas establecidas arbitrariamente por una voluntad soberana. En otros términos, la razón y no la voluntad arbitraria debe ser la justificación profunda de la decisión. La doctrina de la supremacía del derecho procede de la misma idea. Significa que el soberano y sus representantes deben obrar conforme a los principios y no según su voluntad arbitraria; que están obligados a seguir a la razón en lugar de ser libres para seguir su capricho."<sup>5</sup>

Pero no está demás agregar que este aspecto político del *common law*, esta voluntad de proteger celosamente la libertad individual contra el arbitrio —de ahí la importancia de los principios de derecho público en el *common law*<sup>6</sup>—, se remonta a la época feudal.<sup>7</sup> Las democracias modernas no temen casi —y en ello están equivocadas—

83.—

1. Cf. POUND, *The Spirit*, p. 182 ó *What is the Common Law?*, *op. cit.*, p. 14; STONE, *The Common Law*, pp. 5 ó 122. Cf. AMOS.

El primero de los tres principios es, con mucha diferencia, el más importante en la época actual: v. STONE, *op. cit.*, pp. 6-123; Lord WRIGHT, *The Common Law in its Old Home en The Future*, pp. 66-119, 67.

2. DAVID, *Introduction*, pp. 132-133.

3. Cf. *infra*, Núms. 103, 107 y ss.

4. Cf. *supra*, Núms. 62 y ss.

5. *The Spirit*, p. 182. V. también, en lo que concierne a la supremacía de la ley, *What is the Common Law?*, *op. cit.*, pp. 16-17.

6. Cf. AMOS, pp. 29-30. Cf. también *supra*, N° 75, y KENT, *Comm.* t. 1, p. 475, *cit. infra*, N° 95.

7. Cf. *supra*, N° 69.

al arbitrio de su legislador. No temen —al menos en Francia— al arbitrio del juez. El espíritu del *common law*, cualquiera que sea su valor actual, nos sume en el pasado, en los tiempos en que los campesinos temiendo a la arbitrariedad del señor o de su tribunal de justicia, invocaban la costumbre como una “libertad” y repetían esos dos principios, cuyo reconocimiento habían obtenido, y que significaban para ellos una protección fundamental: el señor debe estatuir o hacer estatuir conforme a la costumbre, por consiguiente, sin arbitrariedad y de una manera inmutable; por otra parte, está sometido, como sus súbditos, a la costumbre, aun cuando la costumbre le da más derechos de los que otorga a éstos.

Estos principios han sido también repetidos en Francia durante siglos. Claude Joly escribía que el poder era diárquico; el rey no podía decidir nada sin el pueblo, ni éste sin el rey. Bajo Luis XV, el canciller D’Aguesseau reconocía como un principio fundamental del reino, que el rey no podía modificar la costumbre, que comprendía todo el conjunto del derecho privado. Estos principios no fueron eliminados más que por la Revolución, por la que el pueblo acordó su confianza a una asamblea emanada de sí mismo y le confió, al mismo tiempo, los poderes que poseía, sin ejercerlos, a falta de organización y, en gran parte, los que correspondían al rey. En Inglaterra y en Norteamérica, las revoluciones y las guerras civiles no tomaron nunca este aspecto lógico y jurídico de la Revolución francesa. Los antiguos principios que protegían contra la arbitrariedad de los jueces y que sometían al derecho a todas las personas y a todas las instituciones, son todavía afirmados con respecto. Del mismo modo, es evidente que la atribución a un jurado de los puntos de hecho de los litigios, aun cuando pueda representar ventajas permanentes,<sup>8</sup> y aunque sus funciones históricas hayan sido múltiples,<sup>8 bis</sup> fue, en cierta época, una defensa contra la arbitrariedad de los jueces reales. El pueblo llano estaba protegido contra la arbitrariedad, por la apreciación de los puntos de hecho por personas independientes y por la apreciación de los puntos de defecho conforme a los precedentes.<sup>9</sup>

84.—Si bien los principios fundamentales del *common law*, inspirados en la desconfianza respecto del señor o del rey, han sobrevivido hasta la época moderna y conservan en el *common law* un cierto as-

8. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 277.

8 bis. Cf. C. J. HAMSON and T. F. T. PLUCKNETT, *op. cit. supra*, N° 69, nota 3 bis.

9. Cf. *supra*, N° 69.

pecto político,<sup>1</sup> es evidente que no han podido sobrevivir sin modificarse.

El principio del respeto al precedente judicial, en primer lugar, si bien no ha dejado de reforzarse en Inglaterra,<sup>2</sup> se ha debilitado notablemente, por el contrario, en los Estados Unidos, víctima, principalmente, del esfuerzo de modernización del *common law* y de la voluntad del juez de dar en cada caso una decisión justa. Siendo evidente, en verdad, que ese principio pone en juego la fuerza de esa fuente fundamental del derecho que es el derecho existente, habremos de tratarlo en una sección aparte.<sup>3</sup> Pero hemos de observar aquí, que su debilitamiento no está exento de inconvenientes. Se vacila en afirmar que tal debilitamiento permita, en cierta medida, la arbitrariedad judicial. Si algunos magistrados no son siempre imparciales,<sup>4</sup> existen muchos otros medios de dar cauce a su parcialidad, sin tener que desconocer abiertamente la autoridad del precedente. Lo indudable es que ese debilitamiento hace el derecho bastante incierto.

El principio de la supremacía del derecho no aporta en la actualidad más que algunas consecuencias concretas, que parecen bastante banales al jurista europeo, aparte del control de la Administración por los tribunales judiciales,<sup>5</sup> que es una garantía evidente contra la arbitrariedad o la consideración demasiado exclusiva, por la Administración, de los fines que debe perseguir.<sup>6</sup>

Es pues motivo de asombro, para el jurista europeo, ver el orgullo con que el principio es repetido por los mejores juristas ingleses o americanos y considerado por ellos como un florón del *common law*<sup>7</sup> y hasta qué punto son considerados los derechos latinos "deshonrados" por el principio del derecho de Justiniano "*quod Principi placuit legis habet vigorem*".<sup>8</sup> Raros son los que reaccionan contra el prejuicio —del cual Dicey es, si no la fuente, por lo menos uno de sus prin-

84.—

1. Cf. Sir Alfred DENNING, *Freedom Under the Law* (1949); Richard O'SULLIVAN, *The Inheritance of the Common Law* (1950); AMOS, pp. 29-30.

Sobre la actitud general respecto a los principios del *common law* en la época de la Independencia, v. *supra*, Núms. 53 y 81 y N° 69, nota 2.

2. Cf. *supra*, Núms. 64 y 69, y DAVID, *Introduction*, pp. 142 y ss.

3. Cf. *infra*, Núms. 90 y ss.

4. Cf. *supra*, Núms. 28 y 37.

5. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 341.

6. No parece necesario citar aquí el control de la constitucionalidad de las leyes (cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 247 y ss.), que no se relaciona esencialmente con el principio.

7. POUND, *What is the Common Law?*, *op. cit.*, pp. 3-23, 16-17; AMOS, p. 30. Cf. Wanamaker, *separate opinion*, en *Fowler vs. Cleveland* (1919), 100 Ohio St. 158, 126 NE 72, 9 ALR 131.

8. *Clark vs. Allaman* (1905), 71 Kans. 206, 80 P. 571, 70 LRA 971, Cf. AMOS, *loc. cit.*

cipales propagadores— y afirman que el derecho administrativo continental no es un instrumento de opresión; <sup>9</sup> ninguno de ellos parece explicar que la palabra *placere*, lo mismo que *plaisir*, utilizada en la famosa fórmula francesa *car tel es notre plaisir* (porque tal es nuestra voluntad) no evoca ninguna idea de capricho, sino sólo la idea de que cierta medida ha sido estimada “buena”, en el sentido de justa, oportuna y razonable.

Y la actitud anglosajona parece tanto más paradójica, cuanto que la Administración, en los sistemas de *common law*, ha sido durante muchísimo tiempo considerada irresponsable, en virtud del principio según el cual “el Rey no puede hacer daño”, y que la responsabilidad de la Administración no ha alcanzado todavía en la actualidad el desarrollo que posee en Francia. <sup>10</sup>

Debe hacerse notar, sin embargo, que, en los Estados Unidos, numerosas reglas de procedimiento están destinadas a impedir que el derecho de origen administrativo sea arbitrario, y que ninguna regla o decisión sea adoptada sin que los interesados hayan podido hacer valer sus puntos de vista. <sup>11</sup>

El principio del juicio de los hechos por un jurado, por el contrario, sigue, en cuanto concierne a los tribunales federales, inscrito en la Constitución; <sup>12</sup> en las jurisdicciones estatales también se aplica de una manera bastante general, aun cuando se nota una tendencia a restringir su campo de aplicación; <sup>13</sup> y si bien es objeto, a menudo, de discusión, las conclusiones le son ordinariamente favorables y los prácticos continúan fuertemente apegados a él. <sup>14</sup>

85.—Una cuestión que ha sido discutida muy ampliamente —y que, de hecho, no se ve fácilmente como podría dejar de serlo— es la de saber si el *common law* es, en su esencia, de naturaleza judicial o consuetudinaria. En otros términos, si las decisiones de los jueces

9. V. sin embargo, William ROHKAM, Jr. and Orville C. PRATT, *Studies in French Administrative Law* (1947); H. STREET, *Governmental Liability: A Comparative Study* (1953); Bernard SCHWARTZ, *French Administrative Law and the Common Law World* (1954); Peter HAMILTON, *The Civil Law and the Common Law*, “Harv. L. Rev.” (1922), vol. 36, pp. 180-192; Carleton Kemp ALLEN, *Case Law: An Unwarrantable Intervention*, “L. Q. R.” (1935), vol. 51, pp. 333-346, 334; James W. GARNER, *La justice administrative en France et aux Etats-Unis, Introduction*, § 71, t. 2, pp. 79-84.

10. Cf. *supra*, N° 22. Cf. igualmente, *Administration of Claims Against the Sovereign. A Survey of State Techniques*, “Harv. L. R.” (1955), vol. 68, pp. 506-517.

11. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 336 y ss.

12. Sexta y séptima enmiendas.

13. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 277.

14. Cf. *Le syst. const.*, *loc. cit.*



constituyen y crean el *common law* o no hacen más que aplicar un derecho anterior y superior a ellas.<sup>1</sup>

Todos los puntos de vista han sido sostenidos. Mientras que una sentencia definió al *common law* como “un conjunto de principios, justificados en opinión de los sabios, deducidos de un uso universal e inmemorial y que reciben progresivamente la sanción de los tribunales”<sup>1 bis</sup> —definición curiosamente cercana a las definiciones de la costumbre dadas por los juristas de la Antigua Francia—; otra lo ve como 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 respecto a sus intereses privados”.<sup>2</sup> Kent lanza también su propia opinión, según la cual “una ley es la expresión escrita de la voluntad del legislador y el *common law* no está formado por otra cosa que por las leyes gastadas por el tiempo” y, en definitiva, con arreglo a ella, “todo el derecho tiene su origen en la voluntad del legislador”.<sup>3</sup>

Antes de estudiar el problema parece prudente preguntarse cuál es su interés. Considerable desde un punto de vista teórico, pero extremadamente débil desde un punto de vista práctico.

El *common law* está formado actualmente por un cuerpo jurídico compuesto por todas las decisiones pasadas —de las cuales las más recientes deben recibir un lugar preponderante— y que evoluciona bajo la influencia de consideraciones sociales. El juez debe, en efecto, respetar en principio el precedente, pero no puede dejar de preocuparse por la justicia, y los *desiderata* de ésta se le aparecen evidentemente en función de su personalidad y de su medio. Desde luego, un problema técnico delicado, pero muy interesante y que será largamente estudiado,<sup>4</sup> consiste en preguntarse cuál es en la actualidad la importancia respectiva del elemento estático —el conjunto de las decisiones pasadas—, y del elemento dinámico —el que hace evolucionar el cuerpo del derecho. Por el contrario, el problema de saber si el *common law*, formado por esos dos elementos, es consuetudinario o judicial, se desvanece o retrocede casi hasta el infinito cuando nos aproximamos a él. ¿El elemento “dinámico” es judicial? Incontestablemente sí, en una gran proporción; pero la decisión del juez, en lo que de original tiene en relación con el derecho anterior, será ciertamente considerada en gran parte como la expresión de las ideas corrientemente admiti-

85.—

1. Cf. DAVID, *Traité*, pp. 270 y ss.

1 bis. *Lux vs. Haggin* (1886), 69 Cal. 255, 10 P. 674, 750.

2. *Kansas vs. Colorado* (1907), 206 U. S. 46, 51 L. ed. 956, 27 S. Ct. 655.

3. Kent, *Comm.*, p. 471.

4. V. *infra*, Núms. 95 y ss., 107 y ss., 127 y ss.

das en la época, por lo menos en el medio al que pertenece el juez,<sup>5</sup> y una forma moderna de "costumbre" reaparece así en la decisión.<sup>6</sup>

En cuanto al elemento estático, resulta propiamente de lo que el *common law* fue en su origen y de la considerable influencia del elemento dinámico desde entonces.

Si es preciso, en fin, remontarse a lo que fue el *common law* en su origen, es cierto que las jurisdicciones reales tenían la misión de aplicar el derecho común de las diversas partes de Inglaterra (y la naturaleza esencialmente consuetudinaria, judicial e incluso legislativa de este derecho, plantea un problema que nunca ha de ser resuelto en su totalidad), pero ese derecho no llegaba a la vida práctica más que a través de las decisiones de los jueces.

Se ve así, que si bien es cierto que cada juez, individualmente considerado, aplica un derecho anterior, salvo circunstancias muy excepcionales, es verdad también que ese derecho se encuentra, fundamentalmente, en las decisiones judiciales y que ha sido modelado en el curso de los siglos por los jueces.

El *common law* es, sin duda, históricamente consuetudinario. Deriva de un conjunto formado esencialmente por las costumbres. Por su fuente más profunda es social; pero por su órgano de expresión, es judicial.

Observando la situación actual, si se define el derecho consuetudinario como el que se forma espontáneamente, por acuerdo tácito, o, más exactamente, como el que los interesados tienen el poder de modificar por sí mismos mediante acuerdo tácito, partiendo de un fondo de reglas cuyo origen les es desconocido, para adaptarlo a las nuevas condiciones sociales y a sus nuevos deseos o, en fin, en una palabra, como aquél que los interesados modifican sin valerse para ello de un órgano intermedio, se está propicio a concluir que el *common law* no tiene absolutamente nada de consuetudinario.<sup>7</sup> Desde

5. Cf. DICEY, *op. cit. supra*, N° 68, nota 3.

6. Cf. von MOSCHZISKER, *Stare Decisis*, "Harv. L. R." (1924), vol. 37, pp. 409 y ss., reproducido en *Stare Decisis, Res Judicata and Other Selected Essays* (1929), pp. 1-29, 5-6: "El derecho no escrito no procede de la voluntad del juez como si fuese un legislador, sino de la sociedad expresándose por él."

La idea, en verdad, es bastante artificial, porque podría predicarse igual del legislador mismo. Por otra parte, no se opone al hecho de que el juez es el órgano por el cual se expresaría una pretendida voluntad popular.

La discusión se halla, pues, obscurecida por la indecisión que reina respecto a la noción de costumbre. V. a este respecto los estudios divergentes de François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, 2ª ed., 1929, 2 vols., t. 1, pp. 316 y ss., y Edouard LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, 1903; v. igualmente René DAVID, *Traité*, pp. 90, 124-125, 272 y ss.

7. Compárense las muy interesantes consideraciones de René DAVID sobre la costumbre general inmemorial del Reino, *Introduction*, pp. 98 y ss. y 156 y ss. Igualmente, MAINE, *Ancient Law*, pp. 31-32 (cit. por DAVID, *op. cit.*, 224 y ss.).

hace siglos, los jueces son, a su respecto, el órgano del sentir general. Son ellos los que le dan cuerpo y lo hacen evolucionar.

No es excesivo, en realidad, comparar la acción de la *juris dictio* en Inglaterra y en los Estados Unidos con la de una lenta y progresiva codificación, que en la actualidad ha separado el derecho de la costumbre, casi tanto como lo ha hecho la codificación en Francia. El *common law* no es conocido y sentido por el pueblo inglés más directamente que el Código civil por el pueblo francés. Sin embargo, el juez no se reconoce el poder de crear el derecho, sino, solamente, en una medida que varía mucho según los jueces, de hacerlo evolucionar para adaptarlo a las circunstancias de la vida moderna, con la preocupación de no lesionar las expectativas legítimas de los particulares y de disminuir la coherencia del derecho.

La idea de que el *common law* es hoy esencialmente judicial, no debe entenderse en el sentido de que el juez puede resolver arbitrariamente. Es incluso perfectamente evidente que el conjunto de reglas del *common law* no es el resultado de decisiones arbitrarias, y que el juez no es más que un órgano que expresa las ideas del cuerpo social en el cual se haya sumido — ideas quizá inspiradas, preferentemente además, y en forma más profunda, por el derecho natural.<sup>8</sup>

Aunque puede admitirse que el *common law* fue en su origen esencialmente consuetudinario y que hoy es fundamentalmente judicial, resulta imposible, desde luego, fijar la fecha en la que cambió de naturaleza. Podría intentarse situar a fines del siglo XVIII el cambio o transformación de la importancia respectiva de los dos factores — costumbre e influencia de los jueces. Según Holdsworth, en efecto,<sup>9</sup> es entonces cuando se establece la autoridad del precedente y cuando las decisiones dejaran de ser una prueba de las reglas de derecho, para convertirse, al menos en la práctica, en la expresión de las reglas de derecho o en las reglas mismas. Pero la conclusión que podríamos extraer sería artificial. Desde antes de esa época, en efecto, el derecho se modificaba, no por la evolución de la costumbre, sino bajo la influencia de los jueces. Es cierto que la autoridad reconocida a los precedentes parece manifestar, más claramente, que ellos son el derecho; pero, por otra parte, cuando la autoridad de los precedentes se debilita, como es el caso de los Estados Unidos,<sup>10</sup> el juez adquiere más independencia respecto del

8. Cf. Benjamín Nathan CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (1921), pp. 124 y ss. (Trad. al español: *La naturaleza de la función judicial*, por E. Poussa, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1955, 146 pp.), Harlan F. STONE, *Law and its Administration* (1915), pp. 21, 25.

9. W. S. HOLDSWORTH, *Precedents in the XVIII Century*, "L. Q. R." (1935), vol. 51, pp. 441-442.

10. Cf. *infra*, Núms. 103 y ss. y 107 y ss.

derecho existente.<sup>11</sup> El derecho evoluciona más rápidamente bajo la influencia de los jueces y, en el fondo, el carácter judicial del derecho aumenta todavía más.

La evolución se ha efectuado pues sin que pueda descubrirse una ruptura y esta evolución —es interesante destacarlo—, se ha repetido en los Estados Unidos en un tiempo más breve. Al principio de la época colonial, o a raíz de la instalación de los diversos establecimientos, el derecho pudo tener un carácter más consuetudinario, abandonando los principios ingleses que no se adaptaban a las condiciones de vida y recogiendo principios nacidos en el lugar, de las condiciones locales de vida o procedentes de derechos extranjeros.<sup>12</sup> Muy rápidamente, sin embargo, se convirtió en judicial, en la medida que hemos visto.

86.—La visión general que acabamos de dar del problema no podría ser suficiente, porque una cuestión de principio, tan fundamental, al menos en apariencia, es removida y agitada en numerosas circunstancias. Hay que observar, pues, la actitud de los tribunales hacia la misma.

El carácter consuetudinario o, en todo caso, no judicial del *common law*, ha sido afirmado por millares de decisiones, y todavía es afirmado cuando se presenta la ocasión, por la mayor parte de las decisiones modernas. Los jueces declaran que el conjunto de las decisiones no constituye el *common law*, ni siquiera una parte del *common law*, sino, simplemente, una enunciación de éste; es decir, la opinión que de él tienen los magistrados que han dictado las sentencias.<sup>1</sup>

11. Por eso en 1928 la Suprema Corte de Mississippi pudo anunciar oficialmente que seguiría en adelante las reglas del *Restatement of the Law*, salvo en los casos en que los precedentes fueran contrarios y donde un cambio de reglas atentase contra derechos adquiridos (Samuel WILLINSON, *Some Modern Tendencies of the Law* (1929), p. 102).

12. Cf. *supra*, N° 70.

86.—

1. V. principalmente las decisiones citadas *infra*, N° 122, nota 2, y 132 nota 4, y muchas decisiones citadas *supra*, N° 75 *Adde*: *Osborn vs. Bank of the United States* (1824). 9 Wh. 738, 866, 6 L. ed. 204 (Justice Marshall: "*Judicial power, as contradistinguished from the power of the laws, has no existence. Courts are the mere instruments of the law, and can will nothing*"; *New Orleans Waterworks vs. Louisiana Sugar Co.* (1888), 125 U. S. 18, 30, 31 L. ed. 607, 8 S. Ct. 741; *Central Land Co. vs. Laidley* (1895), 159 U. S. 103, 40 L. ed. 91, 16 S. Ct. 80; *State vs. Buchanan* (1821), 5 Har. and J. 317, 9 Am. Dec. 534 ("Debemos volvernos hacia las decisiones judiciales para encontrar, no el *common law* mismo, que no se puede encontrar en ninguna parte, sino la prueba del *common law*").

El *common law* sería más bien un “derecho anterior y superior a las decisiones”, que los tribunales no harían más que aplicar. Es una mínima parte de las decisiones, la que, sin criticar siquiera el principio, agrega no obstante que las decisiones constituyen la mejor prueba y la prueba más decisiva de lo que es el *common law*.<sup>2</sup> Y las decisiones que reconocen francamente al juez el poder de modificar el derecho, forman, igualmente, una minoría.<sup>3</sup>

La habitual actitud de los tribunales respecto de las relaciones entre el *common law* y las decisiones judiciales, si bien parece contraria a la realidad y una extraña actitud de modestia e inhibición, se explica, sin embargo, por numerosas razones históricas y psicológicas.

Históricamente, en primer lugar, se explica, en verdad, por la influencia de Blackstone.<sup>4</sup> Pero los tribunales norteamericanos no han sido siempre tan respetuosos con Blackstone, y parece cierto que si se han amparado en el principio que él sentaba, lo hicieron con el propósito de afirmar su libertad frente a los precedentes ingleses, o de aumentar la libertad que les proporcionaba ya el principio según el cual el *common law* sólo se aplica en la medida en que resulta apropiado a las condiciones locales de vida.<sup>5</sup> Es muy frecuente, en efecto,

2. V. entre las decisiones citadas en las notas del N° 75, las que adoptan los precedentes ingleses e incluso algunas otras. Cf. BLACKSTONE, *Comm.* 71: “En definitiva, se puede sentar el principio de que las decisiones judiciales son la prueba de lo que es el *common law*, de la misma manera que en Roma, donde lo que el Emperador había decidido debía servir de guía en el futuro.”

3. V. por ejemplo *Green vs. Neal* (1832), 6 Pet. 291, 8 L. ed. 402; *Kansas vs. Colorado* (1907), citado *supra*, N° 85, nota 2; *West vs. American Teleph. and Telegr. Co.* (1940), 311 U. S. 223, 85 L. ed. 139, 61 S. Ct. 179, 132 ALR 956; *Daily vs. Parker* (7th Cir. 1945), 152 F. (2d) 174; *Mitchell vs. State* (1937), 179 Miss. 814, 176 So. 743, 121 ALR 258; *State vs. Tautges, Rerat and Welch* (1945), 146 Neb. 439, 20 NW (2d) 232. Cf. Justice Holmes *Dissents* en *Kuhn vs. Fairmont Coal Co.* (1909), 215 U. S. 349, 54 L. ed. 228, 30 S. Ct. 140: “las decisiones de los tribunales de Estado de última instancia hacen el derecho del Estado”, en *Black and White Taxicab and Transfer Co. vs. Brown and Yellow Taxicab and Transfer Co.* (1928), 276 U. S. 522, 72 L. ed. 681, 48 S. Ct. 404, 57, ALR 427; “los tribunales hacen algo más que llevar adelante una investigación científica sobre alguna cosa que sería independiente de ellos. Declaran el derecho con una autoridad que nadie puede refutar”, y en *Southern Pacific Co. vs. Jensen* (1916), 244 U. S. 207, 61 L. ed. 1086: “Reconozco sin ninguna duda que los jueces legislan y deben legislar, pero no pueden hacerlo más que en los vacíos del derecho” (consúltese: *The Common Law* (1881), 35, y Lord WRIGHT (prefacio a sus *Legal Essays and Adresses*): “El trabajo consistente en dictar sentencias es, en cierto sentido, un trabajo de miniaturista en derecho”). Cf. también la opinión de la minoría en *McCarroll vs. Dixie Greyhound Lines* (1940), 309 U. S. 176, 84, L. ed. 683, 60 S. Ct. 504, considerando que el juez está a veces obligado a legislar, pero que sólo puede hacerlo mal, porque no tiene una visión general de los problemas.

4. *Comm.*, pp. 63 y ss.

5. Cf. *supra*, Núms. 60, 63 y ss.

con el fin de rechazar los precedentes ingleses, encontrar una sentencia afirmando que aquéllos no constituyen más que una declaración del *common law*.<sup>6</sup>

Semejante doctrina estaba destinada a perpetuarse en los Estados Unidos. Todavía hoy, la cuestión de saber cuál es la autoridad de los precedentes ingleses se plantea a veces ante los tribunales.<sup>7</sup> Durante casi un siglo, por otra parte, y hasta 1938,<sup>8</sup> las jurisdicciones federales se han negado a considerarse ligadas por las decisiones pronunciadas por las jurisdicciones de los Estados en la mayor parte de las materias de *common law*, y el fundamento normal de esta actitud era el de que esas decisiones no proporcionaban más que una exposición discutible del *common law*.<sup>9</sup>

Más generalmente, cada vez que quieren, todavía en la actualidad, desconocer los precedentes, en principio imperativos, los tribunales adoptan la misma actitud: las decisiones anteriores no son más que una exposición errónea del *common law*. Indudablemente, al establecer este principio parecen debilitar el alcance e importancia de sus propias decisiones; pero, entre la certidumbre de afirmar su libertad, y la esperanza muy aleatoria de ver, en otras circunstancias, fielmente respetada una decisión que ellos hubieren podido dictar, la duda apenas es posible.

Y, finalmente, lo cierto es que la doctrina se impone casi desde un punto de vista constitucional y político, pues es difícil concebir que los tribunales afirmen ejercer el poder legislativo.

El carácter consuetudinario del *common law* parece, por consiguiente, haber sido un biombo utilizado por el juez para disimular mejor su acción sobre el derecho; para disimular mejor, en definitiva, el carácter judicial del *common law* moderno. Y es también una ficción especial, que supone el carácter consuetudinario del *common law*, aquella según la cual éste se adaptaría a las circunstancias sociales y económicas nuevas, con el fin de mantener siempre soluciones razonables y satisfactorias.<sup>10</sup> Pero hay que añadir que ambas ficciones son casi

6. V. por ejemplo: *Hawkinson vs. Johnston* (1941), *State vs. Wilson* (1931), *Dickey vs. Volker* (1928), *Ketelsen vs. Stilz* (1916), *Re Heaton* (1915), *William vs. Miles* (1903), *Wilson vs. Leary* (1897), *Leyson vs. Davis* (1895), citados *supra*, N° 23, nota 11.

7. Cf. *supra*, N° 63, nota 23, y N° 65.

8. Cf. *supra*, N° 55, texto y nota 13.

9. V. también *Slaton vs. Hall* (1929), 168 Ga. 710, 148 SE. 741, 73 ALR 891, que puede resumirse de la siguiente manera: el *common law* es el mismo en todos los Estados y es inmutable; pero puede haber sido declarado de una manera errónea en tal o cual Estado o incluso en todos los Estados y entonces debemos hacer prevalecer la verdadera concepción del *common law* —la nuestra— aun cuando apliquemos, en principio, el derecho de otro Estado. Sin embargo, véase contra esta actitud las sentencias citadas *supra*, N° 60.

10. Cf. *infra*, N° 122.

indispensables para el progreso jurídico. Desde el instante en que los principios constitucionales niegan al poder judicial todo poder legislativo, el progreso del *common law* no puede realizarse sin *inelegentia juris* más que bajo la cubierta de la ficción según la cual el *common law* había sido objeto anteriormente de una exposición errónea, o la de que se ha modificado por sí mismo.<sup>11</sup>

Pero esto no son más que ficciones, y la mejor prueba de ello es que ha habido necesidad de construir una doctrina para adaptar la aplicación en el tiempo de los cambios de la jurisprudencia, a las reglas que gobiernan la aplicación en el tiempo de las leyes nuevas.<sup>12</sup>

87.—Si, desde los tribunales, volvemos la vista a la doctrina, nos encontramos, generalmente, con una visión más franca de la realidad.

La cuestión, tal como es normalmente considerada, no consiste en saber si el *common law* es judicial o consuetudinario, sino en averiguar si el juez legisla. Ahora bien, la respuesta que se da a la cuestión es clara: el juez legisla y debe legislar; pero, por otro lado, debe hacerlo conforme a ciertas reglas y no puede legislar arbitrariamente.<sup>1</sup>

En realidad, la doctrina americana parece un tanto cansada de una controversia abierta en Inglaterra desde hace siglos.<sup>2</sup>

Conforme a la opinión corriente de su tiempo<sup>3</sup> y, además, históricamente justificada,<sup>4</sup> Blackstone enseña, como hemos visto, que el *common law* es derecho en sí mismo.<sup>5</sup> Para él, las decisiones judiciales no hacen otra cosa que aplicarlo, lo declaran y, todo lo más, preci-

11. Cf. Funk vs. United States (1933), 290 U. S. 371, 78 L. ed. 369, 54 S. Ct. 212, 93 ALR 1136: "El problema no es el de saber si los tribunales federales pueden modificar o rechazar una regla o principio caído en desuso, sino el de si pueden, a falta de legislación federal, declarar y poner en vigor, conforme a los principios del *common law*, lo que constituye una regla nueva sobre un punto dado, a la luz de condiciones fundamentalmente alteradas, sin tomar en cuenta lo que anteriormente había sido declarado y practicado."

12. Cf. *infra*, Núms. 132 y ss.

87.—

1. En la imposibilidad de citar a todos los autores que participan de este punto de vista, reenviamos sólo a aquéllos que figuran *infra*, nota 15.

Igualmente, v. el mensaje al Congreso del Presidente Theodore Roosevelt, de fecha 8 de diciembre de 1908, recogido por CARDOZO, *The Nature*, p. 171: *The Chief lawmakers in our country may be, and often are, the judges...*

La escuela "realista" es más radical y declara de buena gana que el derecho no existe más que en estado probable mientras el juez no resuelve la cuestión particular que se le plantea dentro del cuadro de las circunstancias del litigio. Cf. Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), *Courts on Trial* (1950).

2. Cf. Paul. A. FREUND, *On Understanding the Supreme Court* (1950), p. 3.

3. V. también, HALE, *History of the Common Law* (1713, 5th ed.), p. 141.

4. Cf. *supra*, N° 85.

5. BLACKSTONE, *Commentaries*, t. 1, p. 68.

san su contenido. Los jueces son los depositarios del derecho, sus "oráculos vivientes", pero pasivos, comprometidos por juramento a resolver conforme a esas reglas. Sin embargo, las decisiones judiciales son la prueba principal y de mayor peso acerca de lo que esa regla de derecho es. Es preciso reconocer, incluso, que hasta que el juez no "declara" la regla de derecho, ésta es "incierta"; quizá hasta "indiferente".

Pero a estos puntos de vista de Blackstone, se oponen los de muchos otros autores, principalmente Bentham,<sup>6</sup> Austin<sup>7</sup> y, en la actualidad, Sir Alfred Denning, L. J.<sup>7 bis</sup>

En Norteamérica, Kent es sobre esto, como frecuentemente, un seguidor bastante fiel de Blackstone;<sup>8</sup> pero entre los modernos John Chipman Gray<sup>9</sup> ataca enérgicamente a los defensores que las "ficciones" de Blackstone encuentran todavía en Hammond<sup>10</sup> y Carter.<sup>11</sup> "La única cosa que me interesa son los hechos, escribe. ¿Crean los jueces derecho? Me parece que, en el sistema de *common law*, efectivamente lo crean."<sup>12</sup> Es pura ficción decir que ellos descubren las reglas: si Newton se equivoca al formular las reglas de la gravitación universal, el movimiento de la tierra con relación al sol no resulta afectado por ello, mientras que si el juez enuncia una regla de derecho defectuosa, esta regla rige en lo sucesivo las relaciones humanas.<sup>13</sup> Es fácil decir que las sentencias no son más que la "prueba decisiva" de lo que es el *common law*, pero una prueba "decisiva" se identifica con lo que pretende probar.<sup>14</sup> Gray se esfuerza pues por ser realista; igual acontece con el Justice Holmes,<sup>14 bis</sup> y lo mismo pasa, de hecho, con

6. V. principalmente, *Bentham Works*, (1843), vol. 5, pp. 231, 546 y vol. 6, p. 552. Cf. *supra*, N° 68, nota 3.

7. V. ante todo, *Jurisprudence* (1861; 4th ed. 1879), vol. 2, p. 655. Los autores ingleses modernos adoptan generalmente una actitud más dúctil y más exacta que la de Blackstone o Bentham. V. principalmente, ALLEN, pp. 281-291.

7 bis.. Sir Alfred DENNING, *The Changing Law* (1953), prefacio.

8. KENT, *Comm.* XXI, t. 1, p. 2.

9. *The Nature and Sources of the Law* (1909; 2nd ed. 1921), pp. 218-240. Cf. pp. 93-104 y 282-301. Véase ya en 1854, Robert RANTOUL, Jr., citado por Howe, pp. 472-478, 475; v. también Justice Holmes, cit. *supra*, N° 86, nota 3.

10. Pp. 213-226 de su edición de Blackstone.

11. *The Ideal and the Actual and the Law*, "Am. Law Rev." (1890), pp. 725-778, y *Law, Its Origin, Growth and Function* (1907).

12. Pp. 232-233.

13. P. 101. V. igualmente, p. 226, esta muy justa apreciación: "suponed que el Chief Justice Marshall hubiese sido tan ardiente Demócrata (o Republicano como se decía antes) que fuera Federalista; y suponed que en lugar de odiar a Tomás Jefferson y amar al Banco de los Estados Unidos, hubiera detestado a éste y amado a Jefferson ¡Cuán diferente a lo que es actualmente, sería el derecho!" (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 43).

14. P. 102.

14 bis. Cf. las citas *supra*, N° 86, nota 3.



toda la doctrina moderna,<sup>14</sup> ter incluso entre los autores que, en la especie, critican a los sostenedores de la escuela "realista".<sup>14</sup> quater

En conjunto, en realidad, es preciso repetirlo, la doctrina moderna no parece atribuir a la cuestión una importancia considerable. La evoca más veces de las que la trata y, sobre todo, puede decirse que la considera resuelta, sea recordando al juez que tiene la doble misión de hacer justicia entre dos partes en litigio y establecer una regla de derecho que se impone para el porvenir; sea, teniendo en cuenta este hecho, tratando de indicar al juez de qué manera y según qué principios debe esforzarse por resolver.<sup>15</sup>

88.—Si, en fin, queremos buscar en el propio *common law* una respuesta a la cuestión que nos ocupa, nos encontramos con algunas pruebas bastante claras del carácter judicial del *common law*.

Se está obligado, en primer lugar, a considerar el *common law* como esencialmente judicial, cuando se ve al juez hacer evolucionar diariamente el derecho, no sólo para modificar progresivamente las reglas antiguas, sino, en ocasiones, para cambiarlas brutalmente o sentar reglas casi enteramente nuevas.<sup>1</sup>

El ejemplo más clásico de semejante actitud es la famosa sentencia *MacPherson vs. Buick Motor Company*, en la cual el Justice Cardozo ha afirmado la responsabilidad del constructor de un automóvil respecto del propietario herido.<sup>1</sup> bis Doce años más tarde, el mismo

14 ter. V. por ejemplo Charles E. CARPENTER, *Courts Decisions and the Common Law*, "Col. L. R." (1917), vol. 17, pp. 593-607; Morris R. COHEN, *Law and the Social Order* (1933), pp. 112-147.

14. quater. Cf. *infra*, N° 164.

15. V. especialmente, POUND, *The Theory of Judicial Decision, The Formative Era*, pp. 103, 118-123, *What of Stare Decisis?*; CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process, The Growth of the Law, y Address*; Edward H. LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, "Un. of Chicago L. Rev." (1948), vol. 15, pp. 501-574, y la obra publicada bajo el mismo título en 1950; Arthur L. GOODHART, *English Contributions to the Philosophy of Law* (1949); Fred V. CAHILL, *Judicial Legislation; A Study in American Legal Theory* (1952). Cf. POUND, *Courts and Legislation*.

88.—

1. Sobre el papel de las decisiones judiciales en la formación del derecho norteamericano, v. POUND, *The Formative Era*, pp. 81-137.

1 bis. *MacPherson vs. Buick Motor Company* (1916), 217 N. Y. 382, 111 NE 1950, LRA 1916 F, 996, Ann. Cas. 1916 C, 440 Cf. William L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts* (1941), pp. 677-783; Warren A. SEAVEY, *Mr. Justice Cardozo and the Law of Torts*, "Harv. L. R." (1939), vol. 52, pp. 372-404; Dix W. NOEL, *Products Liability of a Manufacturer in Tennessee*, "Tenn. L. R." (1953), vol. 22, pp. 989-1010.

magistrado hubo de dictar otra decisión no mucho menos innovadora, en el no menos famoso *Palsgraf case*.<sup>2</sup>

Como ejemplos de creación judicial se pueden citar también, no sólo el *right to privacy*,<sup>3</sup> sino todo el régimen actual de control de la constitucionalidad de las leyes por los tribunales.<sup>4</sup> Este régimen, tan complejo y tan lleno de matices, se ha edificado por los tribunales norteamericanos sin ningún texto y sobre el único fundamento de algunos precedentes ingleses que se limitaban a establecer el principio del control;<sup>5</sup> y muchos otros ejemplos podrían darse todavía, aunque sean menos característicos que los que acaban de citarse.<sup>6</sup>

Otra prueba del carácter judicial del *common law* reside en el hecho de que, durante cerca de un siglo y hasta 1938, las jurisdicciones federales se han atribuido el derecho de no seguir las decisiones de las jurisdicciones estatales, en la mayor parte de las materias de *common law*.<sup>7</sup> Un mismo territorio se encontraba, pues, sometido a dos derechos diferentes, según que los litigios que se produjesen fueran sometidos a las jurisdicciones del Estado o a las jurisdicciones federales.

2. *Palsgraf vs. Long Island RR* (1928), 248 N. Y. 339, 162 NE 99. Cf. PROSSER, *op. cit.*, pp. 182-188, 340-373; SEAVEY, *op. cit.*, *loc. cit.*; FLEMING JAMES JR., *Scope of Duty in Negligence Cases*, "Northw. Un. L. R." (1953), vol. 47, pp. 778-816; 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.

3. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 180, texto y nota 36; Leon R. YANKWICH, *The Right of Privacy: Its Development, Scope and Limitations*, "Notre Dame Lawyer" (1952), vol. 27, pp. 499-528; *Breard vs. Alexandria* (1951), 341 U. S. 622.

4. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 247 y ss.

5. Cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 49, nota 22; Jaques LAMBERT, *Les origines du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis*, "Rev. dr. publ. et sc. pol.", 1931, pp. 5-69; Charles G. HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, (1914; 2ª ed. 1932), pp. 148-170, 171-193.

6. V. principalmente, President and Directors of Georgetown College vs. Hughes (D. C. Cir. 1942), 130 F. (2d) 810; Escola vs. Cola Bottling Co. of Fresno (1944), 24 Cal. (2d) 453, 150 P. (2d) 436; Daily vs. Parker (7th Cir. 1945), 152 F. (2d) 174; Russick vs. Hicks (W. D. Mich. 1949), 85 F. Supp. 281; Hitaffer vs. Argonne Co. Inc. (D. C. Cir. 1950), 183 F. (2d) 811; United States vs. United Shoe Machinery Corp. (D. Mass. 1950), 89 F. Supp. 349. Cf. FRIEDMAN, pp. 320-329, 448-449; Doe of New Hampshire: Reflections of a Nineteenth Century Judge, "Harv. L. R." (1950), vol. 63, pp. 513-522; Richard B. TUCKER and James C. KUHN, *The Decline of the Privity Rule in Tort Liability*, "Un. of Pittsb. L. R." (1950), vol. 11, pp. 236-249; Henry H. FOSTER, Jr. and W. Page KEETON, *Liability Without Fault in Oklahoma*, "Okl. L. R." (1950), vol. 3, pp. 1-50, 172-216; *A Symposium on the Law of Torts*, "Northw. Un. L. R." (1953), vol. 47, pp. 751-893; y algunos de los estudios citados *infra*, N° 138, nota 14. Consultense las declaraciones de la Suprema Corte en Capitol Greyhound Lines vs. Brice (1950), 339 U. S. 542, 546, y Halcyon Lines vs. Haenn Ship. Ceiling and Refitting Corp. (1952), 342 U. S. 282, 285.

7. Cf. *supra*, N° 46 y ss.

Esta dualidad, evidentemente, no podía proceder de una dualidad de "costumbre" en ese territorio, sino, sólo, de la dualidad de jurisdicciones encargadas de impartir justicia. Sin duda, el argumento no carece de réplica. Se puede decir, en efecto, que los dos sistemas jurisdiccionales no diferían más que por la interpretación que daban, o el punto de vista que adoptaban, sobre una costumbre única; pero como la solución práctica del litigio dependía de la interpretación y no de la pretendida costumbre, es necesario reconocer que el hecho de que tal sistema haya podido funcionar durante un siglo, revela el carácter realmente judicial del *common law*.

Este resulta finalmente probado por el papel extremadamente modesto que desempeñan los usos en el *common law* moderno. La palabra costumbre no parece, en verdad, designar sino un conjunto de usos. Pero el uso no es, en los Estados Unidos, una fuente de derecho más importante que en los países de codificación.<sup>8</sup> Desempeña un papel accesorio, facilitando la interpretación de una ley o de un contrato; pero, incluso en materia mercantil o rural, no puede prevalecer nunca

8. Respecto al papel del uso entre las fuentes del derecho, v. GRAY, pp. 282-301; POUND, *Sources...* pp. 9-22, 25; CARDOZO, *The Nature...*, pp. 58-64; POUND, *The Theory of Judicial Decision*, pp. 811-813, 948; MAX RADIN, *La censure des coutumes*, en "Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný", 3 vols. 1934, t. 1, pp. 89-99. V. también Charles E. WYZANSKI, Jr., *A Trial Judge's Freedom and Responsibility*, "Harv. L. R." (1952), vol. 65, pp. 1281-1304, 1302; R. S. T. CHORLEY, *The Conflict of Law and Commerce*, "L. Q. R." (1952), vol. 48, pp. 51-72; Arthur L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, "L. Q. R." (1934), vol. 50, pp. 40-65, 44-46, constatando que el uso no puede prevalecer sobre el derecho y que posee en el Continente un papel más importante que en el derecho inglés.

Es interesante leer también el art. 1-205 del *Uniform Commercial Code* (cf. *infra*, N° 171), consagrado a las costumbres y usos de comercio: "1) La costumbre es una serie de actitudes adoptadas por las partes en sus relaciones anteriores y que, de hecho, puede ser considerada razonablemente como dotada de un valor contractual para la interpretación de sus palabras y de sus actos. 2) Un uso es cualquier práctica corrientemente reconocida como establecida en un determinado lugar o entre las personas dedicadas al comercio o a una profesión particular. Su existencia y su alcance son cuestiones de hecho. 3) Las partes de un contrato se hallan ligadas por su costumbre y por todo uso que conozcan o deban conocer; las partes dedicadas a una determinada profesión se encuentran obligadas por los usos de ésta. 4) Salvo disposición en contrario de esta Ley: a) una costumbre o un uso dan significación particular a los términos de un acuerdo y lo complementan o le aportan reservas; b) cuantas veces sea razonable, los términos expresos de un acuerdo y las costumbres de las partes o los usos serán interpretados como compatibles; pero cuando tal interpretación es razonablemente imposible, los términos expresos prevalecen contra las costumbres o los usos, y las costumbres prevalecerán sobre los usos. 5) El uso del lugar en que el contrato debe ser parcialmente ejecutado servirá para interpretar el contrato en cuanto a esta parte de la ejecución. 6) Cualquier parte que pretenda probar un uso, debe prevenir a la otra parte con objeto de evitarle cualquier sorpresa."

contra la ley o el contrato<sup>9</sup> y si pudiese haber alguna duda en teoría,<sup>10</sup> puede asegurarse también, que, en la práctica moderna, no prevalece jamás contra el *common law*.<sup>11</sup>

Cuando se acude a los tribunales para que resuelvan un litigio sobre el que no existen precedentes, aquéllos tratan de resolverlo conforme a los principios que se deducen de las sentencias dictadas en problemas semejantes; observan, también, los precedentes de otros Estados o los de Inglaterra; se esfuerzan, en fin, por hacer prevalecer la solución que les parece más justa en el caso; pero no se les ve, prácticamente nunca, buscar entre todos los elementos de decisión que toman en cuenta, el uso existente en la materia, ni siquiera en los casos en que la existencia de un uso no resulta inconcebible.<sup>12</sup> En una palabra, salvo la excepción para las costumbres "nacionales, normalmente conocidas del público", el tribunal no ha pretendido nunca conocer un uso: éste debe ser invocado y defendido ante ella.<sup>13</sup>

89.—No parece necesario extenderse más ampliamente sobre el carácter esencialmente judicial del *common law* moderno. El principio de la separación de poderes, es, sin duda, tan universalmente reconocido en los Estados Unidos como en Francia.<sup>1</sup> Desde el punto de vista constitucional, es imposible afirmar que el juez posea siquiera una

9. *Codd vs. Westchester Fire Ins. Co.* (1942), 14 Wash. (2d) 600, 128 P. (2d) 968, 151 ALR 316; *Miller vs. Gray* (1941), 136 Tex. 196, 149 SW. (2d) 582, 141 ALR 1237 y nota 1251-1252; *Franklin Sugar Ref. Co. vs. Kane Milling and G. Co.* (1923), 278 Pa. 105, 122 A. 231, 29 ALR 1213. — Solamente el uso puede, en materia contractual, dar a las expresiones empleadas por las partes, en algunas ramas de la actividad comercial, un sentido diferente del que ellas tienen en el lenguaje normal: *Hurst vs. W. J. Lake and Co.* (1932), 141 Or. 306, 16 P. (2d) 627. El mismo fenómeno puede ser observado en Francia.

10. Cf. *Redmon vs. Andrews* (1928), 147 Wash. 390, 266 P. 178 ("es dudoso que una costumbre en conflicto abierto con el derecho establecido en un Estado pueda ser reconocida") y *Codd vs. Westchester Fire Ins. Co.* (1942), citado en la nota precedente ("ninguna costumbre en conflicto directo con la ley —*statutory law*— debe ser reconocida por los tribunales").

11. Cf. los autores citados *supra*, nota 8. — V. sin embargo, los usos rurales particulares derogando los principios del *common law* en *Kimple vs. Schafer* (1913), 161 Iowa 659, 143 NW 505, 48 LRA (NS) 179, y *Fletcher vs. Crichton* (La. App. 1935), 162 So. 435.

12. Cf. GRAY, pp. 96-99, 236-239; POUND, *op. cit. supra*, nota 8; Herbert POPE, *The English Common Law in the United States*, "Harv. L. Rev." (1910), vol. 24, pp. 6-30.

13. V. *Codd vs. Westchester Fire Ins. Co.*, cit. *supra*, nota 9, y nota sobre ese tema en ALR; *Fletcher vs. Crichton* (1935), cit. *supra*, nota 11; *Bank of Denton vs. Jesch* (1917), 99 Kans. 797, 163 P. 150.

89.—

1. Cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 38, texto y nota 8, y t. 2, N° 157, nota 1.

partícula de poder legislativo. Como en Francia, el juez, en teoría, declara un derecho preexistente; pero la diferencia es, no obstante, considerable. El derecho preexistente aplicado por el juez francés, es, esencialmente, un conjunto de códigos y leyes en los que la regla de derecho aparece bastante clara. En los Estados Unidos, el derecho preexistente es, en teoría, el que regía en Inglaterra en los siglos XVII o XVIII y este es, también en teoría, el derecho común de Inglaterra a fines del siglo XI. Este derecho preexistente es necesariamente tan desconocido por sí mismo y de buen grado en los Estados Unidos, como claro e imperioso es en Francia. No puede tener autoridad más que por las pruebas que obtenga, es decir, por las decisiones judiciales. Y como, en la práctica, ha debido evolucionar bajo la influencia de los cambios sociales, las decisiones judiciales no son sólo "la prueba más fuerte y de mayor peso" de la regla de derecho: su conjunto constituye el *common law* mismo.