

CAPITULO I

EL COMMON LAW

SECCION IV

TEORIA DEL *COMMON LAW* DE LOS ESTADOS UNIDOS

133. La excepción	344
134. Carácter obligatorio o facultativo de la excepción	347
135. Extensión de la excepción al caso con ocasión del cual se establece la regla nueva	349
136. <i>D.</i> —Ensayo de comparación del <i>common law</i> de los Estados Unidos, el <i>common law</i> inglés y el derecho francés, en relación con:	352
137. La certeza de las soluciones	354
138. La facultad de perfeccionamiento y adaptación a las nuevas circunstancias	359
139. El número de las reglas detalladas y su carácter práctico	365
140. La rigidez	366
141. La falta de lógica	367
142. El volumen y la complejidad	369
143. La aplicación inmediata de las reglas nuevas	370
144. Conclusiones	371

133.—El campo de esta excepción, en el momento actual, sigue siendo muy impreciso y no parece inútil tratar de mostrar su progresión.¹

Ya en 1847, la Suprema Corte declaró que, a pesar de la obligación que tenía no sólo de aplicar las leyes de un Estado, sino de seguir la interpretación que las mismas recibían en ese Estado, cuando intervenía en un asunto en razón de la diversidad de ciudadanía de los litigantes,² no podía dar efecto retroactivo a un cambio de jurisprudencia, y que tal significado tendría el declarar nulo un contrato válido en la época de su celebración.³

Algunos años más tarde, la Suprema Corte, dividida en verdad hasta el extremo (se emitieron siete *opinions* de nueve magistrados que intervinieron), adoptó la misma actitud en un caso en que las dos partes eran ciudadanos de un mismo Estado y donde, en consecuencia, hubiera sido mucho menos raro el aplicar una regla nueva.⁴

Esta actitud hubo de ser definitivamente consagrada en 1864 por la sentencia *Gelpcke vs. Dubuque*,⁵ de la cual se ha hecho ya destacar su importancia histórica.⁶ La excepción, en materia contractual, se extendió, incluso, desde un cambio de jurisprudencia referente a la interpretación de una ley, o, al parecer, de una regla de *common law*, hasta un cambio de jurisprudencia relativo a la validez constitucional de una ley.^{6 bis}

133.—

1. Cf. Charles E. CARPENTIER, *Courts Decisions and the Common Law*, "Col. L. R." (1917), vol. 17, pp. 593-607; Robert Hill FREEMAN, *The Protection Afforded Against the Retroactive Operation of an Overruling Decision*, "Col. L. R." (1918), vol. 18, pp. 230-251 (derecho civil y derecho penal); Orvill C. SNYDER, *Retrospective Operation of Overruling Decisions*, "Ill. L. R." (1940), vol. 35, pp. 121-153. V. igualmente *Retroactive Effect of an Overruling Decision*, "Yale L. J." (1933), vol. 42, pp. 779-782; *The Effect of Overruled and Overruling Decisions on Intervening Transactions*, "Harv. L. R." (1934), vol. 47, pp. 1403-1413; y *Limited Retroactivity of Overruling Decisions: A Doctrine of Justice*, "Virg. L. R." (1938), vol. 25, pp. 210-218; *Prospective Operation of Decisions Holding Statutes Unconstitutional or Overruling Prior Decisions*, "Harv. L. R." (1947), vol. 60, pp. 473-448; Vinson J., en *Warring vs. Colpoys* (D. C. Cir. 1941), 122 F. (2d) 642; Frank, J., *dissent* en *Commissioner vs. Hall's Estate* (2nd. Cir. 1946), 153 F. (2d) 172, 174.

2. Cf. *supra*, Núms. 41 y 42.

3. *Rowan et al. vs. Runnels* (1847), 5 How. 134, 12 L. ed. 85.

4. *Ohio Life Insurance and Trust Co. vs. Debolt* (1853), 16 How. 416, 14 L. ed. 997.

5. 1 Wall. 175, 17 L. ed. 520. V. también *Township of Pine Grove vs. Talcott* (1874), 10 Wall. 666, 22 L. ed. 227.

6. *Le syst. const.*, t. 1, N° 73, nota 1.

6 bis. Sobre los efectos de la inconstitucionalidad de una ley, aparte de cualquier cambio de jurisprudencia, v. *Le syst. const.*, t. 2, N° 255.

A partir de este momento el alcance exacto de la excepción se hace más difícil de precisar.

Algunos autores⁷ le reconocen dos ramas: una relativa a los cambios de jurisprudencia concernientes a los contratos, con la condición, al parecer nueva, de que el cambio recaiga, no sobre una regla de *common law*, sino sobre la interpretación que conviene dar a una ley;⁸ la otra, relativa a los cambios concernientes a la validez constitucional de una ley.⁹

La primera rama de la excepción se explicaría bastante bien por la idea de que la interpretación de la ley forma con ésta un todo indivisible, de tal suerte que un cambio de interpretación podría compararse a la promulgación de una ley nueva.¹⁰ La segunda se justifi-

7. R. VON MOSCHZISKER, *op. cit.*, N° 103, nota 3, pp. 18 y ss.

8. Cf. Douglas vs. County of Pike (1880), 101 U. S. 677, 25 L. ed. 968: "Cuando una ley ha sido objeto de una reiterada interpretación judicial, esta interpretación se convierte, en cuanto a los derechos establecidos por contrato, en parte de la ley, tanto como el propio texto de ella, y un cambio en su interpretación produce, bajo todos los puntos de vista, los mismos efectos sobre los contratos que una modificación de la ley por vía de reforma legislativa". Cf. también Anderson vs. Santa Anna Twp. (1886), 116 U. S. 356, 29 L. ed. 633, 6 S. Ct. 413, y entre las decisiones recientes, Florida Forest and Park Service vs. Strickland (1944), 154 Fla. 472, 18 So. (2d) 251; O'Maley vs. Sims (1938), 51 Ar. 155, 75 P. (2) 50, 115 ALR 634; Nickoll vs. Racine Cloak and Suit Co. (1927), 194 Wisc. 298, 216 NW 502; Mountain Grove Bank vs. Douglas County (1898), 146 Mo. 42, 47 SW 944. Cf. también, menos claro en lo que se refiere a la condición, People ex rel. Rice vs. Graves (1934), 273 N. Y. S. 582; mucho menos claro todavía, Payne vs. City of Covington (1938), 276 Ky. 380, 123 SW (2d) 1045; rechazándola completamente, Mutual Life Ins. Co. vs. Bryant (1943), 296 Ky. 815, 177 SW (2d) 588, 153 ALR 422. V. en sentido contrario, utilizando la idea según la cual la interpretación de una ley se incorpora a ésta para producir la aplicación de una nueva interpretación de la ley a partir de la entrada en vigor de ésta: Buradus vs. General Cement Products (1947), 356 Pa. 349, 52 A (2d) 205.

9. Cf. Chicot County Drainage District vs. Baxter State Bank (1940), 308 U. S. 371, 84 L. ed. 329, 60 Ct. 317; N. L. R. B. vs. Rockaway News Supply Co. Inc. (1953), 345 U. S. 71, 76-78. V. no obstante, Mountain Grove Bank vs. Douglas County (1898), citado en la nota precedente. Respecto a la posibilidad de que un Estado conceda indemnización de daños y perjuicios a los que resulten perjudicados por la anulación de una ley que se declara inconstitucional, v. *supra*, *Le syst. const.*, t. 2, N° 255, nota 12.

10. Cf. *infra*, N° 153, nota 13.

Los juristas de los países de codificación no admitirán fácilmente que al juez se le reconozca, paradójicamente, un papel legislativo en las materias de derecho legislado, mientras que ese papel se le niega en las de derecho no escrito. La idea según la cual la interpretación es parte de la ley misma, es, sin embargo, muy anterior a la teoría estudiada; y ha sido esa idea, por ejemplo, la que dio lugar a que la doctrina *Swift vs. Tyson* no se aplicase jamás a los precedentes emitidos sobre la interpretación de una ley (cf. *supra*, N° 41).

caría por consideraciones técnicas bastante variadas¹¹ y, en verdad, bastante poco convincentes, a nuestro modo de ver.

Cabe preguntarse, sin embargo, si esta teoría no resulta demasiado estrecha. Parece ser que la mayor parte de las sentencias que declaran proteger los derechos contractuales, no pretenden limitar en realidad a esos derechos la protección pública contra los cambios de jurisprudencia; más bien parecen subrayar, cuando se presenta la ocasión, el carácter contractual del derecho en cuestión, con objeto de proporcionar, en esta forma, un argumento adicional¹² para justificar una protección que se otorga más ampliamente.¹³

Por otra parte, numerosas sentencias afirman, más extensamente, que deben ser protegidos contra los cambios de jurisprudencia los derechos adquiridos por contrato,¹⁴ e incluso todos los derechos adquiridos,¹⁵ o quizá todos los actos consumados,¹⁶ desde el momento en que las partes hayan fundado legítimamente sus estipulaciones o

11. Cf. R. VON MOSCHZISKER, *op. cit.*, pp. 21-22.

12. Cf. *infra*, N° 134.

13. Cf., rechazando expresamente la restricción contra las portestas, por una minoría importante en realidad: Mutual Life Ins. Co. vs. Bryant (1943), *cit. supra*, nota 8.

14. Bailey vs. Federal Land Bank of New Orleans (Miss. 1949), 40 S. (2d) 173; Gentzler vs. Smith (1948), 320 Mich. 394, 31 NW (2d) 668; Mickel vs. New England Coal and Coke Co. (1946), 132 Conn. 671, 47 A. (2d) 187, 171 ALR 1001; Metzzen vs. Department of Revenue (1945), 310 Mich. 622, 17 NW (2d) 860; Oklahoma County vs. Queen City Lodge N° 197 (1945), 195 Okl. 131, 156 P. (2d) 340; Gibson vs. Phillips University (1945), 195 Oklahoma 456, 158 P. (2d) 901; Linn County vs. Rozelle (1945), 117 Or. 245, 162 P. (2d) 150; Mutual Life Ins. Co. vs. Barron (1944), 70 Ga. App. 454, 28 SE (2d) 334; Muhlker vs. New York and Harlem R. R. (1904), 197 U. S. 544, 49 L. ed. 872, 25 S. Ct. 522; Farrior vs. N. E. Mortgage Security Co. (1891), 92 Al. 176, 9 So. 533. Cf. WILBUR LARREMORE, *Stare Decisis and Contractual Rights*, "Harv. L. R." (1908), vol. 22, pp. 182-189.

15. Bailey vs. Federal Land Bank of New Orleans (1949), Gentzler vs. Smith (1948), Mickel vs. New England Coal and Coke Co. (1946), Metzzen vs. Department of Revenue (1945), Oklahoma County vs. Queen City Lodge N° 197 (1945), Gibson vs. Phillips University (1945), Linn County vs. Rozelle (1945), Mutual Life Ins. Co. vs. Barron (1944), citadas en la nota precedente; Hanks vs. McDanell (1949), 307 Ky. 243, 210 SW (2d) 784; Succession of Lambert (1946), 210 La. 636, 28 So. (2d) 1; Norton vs. Crescent City Ice Mfg. Co. (1933), 178 La. 135, 150 So. 855; Farrior vs. N. E. Mortgage Security Co. (1891), *cit. nota precedente*.

16. Swank vs. Tyndall (1948), 226 Ind. 204, 78 NE (2d) 535; Mickel vs. New England C. and C. Co. (1946), Oklahoma County vs. Queen City Lodge N° 197 (1945), citadas *supra*, nota 14; Contractors Contract Noy. 5948 vs. Morris (1944), 154 Fla. 497, 18 So. (2d) 247; Mississippi State Tax Commission vs. Brown (1940), 188 Miss. 483, 195 So. 465, 127 ALR 919; Meredith vs. State Tax Commission (1940), 163 Or. 305, 96 P. (2d) 1082, 125 ALR 1417; Copper vs. Hawkins (1937), 234 Ala. 636, 170 So. 329; Dauchey Co. vs. Farney (1918), 173 N. Y. S. 530; Hasket vs. Maxey (1892), 134 Ind. 182, 33 NE 358; Farrior vs. N. E. Mortgage Security Co., *cit. supra*, nota 14.

sus acciones en una regla de derecho que prevalecía en aquella época, sin distinguir si la regla nueva es legislativa o de *common law*.^{16 bis} No aceptan aplicar inmediatamente una regla jurídica nueva más que cuando las partes no han fundado sus acuerdos o sus acciones sobre la norma antigua;¹⁷ por ejemplo, cuando han celebrado un contrato contrario a una ley de orden público,¹⁸ o cuando el litigio versa sobre el monto de los impuestos¹⁹ o de los daños y perjuicios en materia delictual.²⁰ En este último caso, una sentencia reciente ha resuelto que debía aplicarse la regla de derecho en vigor en el momento de acontercer el hecho.²¹

Parece pues, en definitiva, que los tribunales adoptan el punto de vista más amplio de la excepción. No es necesario distinguir entonces entre dos ramas diferentes, cada una de ellas justificada en cierta forma; la excepción forma un conjunto plenamente justificado, por la preocupación de la seguridad jurídica que debe proporcionarse a las partes de un contrato o al autor de un acto jurídico.²²

134.—La excepción que acaba de ser estudiada al principio de la aplicación inmediata —llamada retroactiva— de las nuevas reglas establecidas por los tribunales, se admite, normalmente, por los tribunales de los diferentes Estados, así como por las jurisdicciones federales. Sin embargo, no es admitida por todos y se plantea con frecuencia la cuestión de saber si el tribunal que se niega a aplicarla no adopta, en realidad, una actitud contraria, ya sea a la *due process clause* de la Décimocuarta Enmienda,¹ ya, sobre todo, a la *contract clause* del artículo 1º, sección 10, párrafo 1, de la Constitución, que prohíbe a los Estados “establecer ninguna ley (*law*) que menoscabe las obligaciones nacidas de contratos”.²

16 bis. Cf. CARDOZO, *The Nature*, pp. 148.

17. *City of Sidney vs. Cummins* (1916), 93 Ohio St. 328, 113 NE 218.

18. *Nickoll vs. Racine Cloak and Suit Co.* (1927), cit. *supra*, nota 8.

19. *People ex rel. Rice vs. Graves* (1934), cit. *supra*, nota 8.

20. *Mickel vs. New England C. and C. Co.* (1946), cit. *supra*, nota 14; *Norton vs. Crescent City Ice Mfg. Co.* (1933), cit. *supra*, nota 15.

21. *Mickel vs. New England C. and C. Co.* (1946), cit. *supra*, nota 14.

22. Cf. la nota citada anteriormente, publicada en “*Harv. L. R.*” (1947), vol. 60, pp. 437-448. Tal es, además, la justificación práctica dada por todas las sentencias que aceptan la excepción. Algunas sentencias invocan además las consideraciones de derecho constitucional que vamos a estudiar en el número siguiente y cuyo fundamento es, por otra parte, idéntico.

134.—

1. Cf. *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 82 y ss. y t. 2, N° 190.

2. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 190.

A despecho de muchas sentencias que declaran formalmente que esta actitud no es inconstitucional, la cuestión no puede considerarse absolutamente resuelta.^{2 bis}

Las primeras sentencias que admitieron la excepción, parecen haberla considerado, muy claramente, como obligatoria, en razón de la *contract clause*, que, en verdad, no invocaban expresamente.³

Después, sin embargo, la Suprema Corte hubo de sentar formalmente el principio contrario en numerosas sentencias,⁴ que rechazaron la aplicación de la *contract clause*, con fundamento en que dicha disposición, pese al empleo de la palabra *law*, no se refería, en realidad, más que a las leyes y afectaba sólo al poder legislativo de los Estados, no a la actitud de sus tribunales.^{4 bis} Pero la propia Corte hubo de reconocer, en una de esas mismas sentencias, que el número

2 bis. Cf. Edward S. STIMSON, *Retroactive Application of Law. A Problem in Constitutional Law*, "Mich. L. Rev." (1939), vol. 38, pp. 30-56; SNYDER, *op. cit. supra*, N° 133, nota 1.

3. Cf. Rowan et al. v. Runnels (1847), 5 How. 134, 12 L. ed. 85; Ohio Life Ins. and Trust Co. vs. Debolt (1853), 16 How. 416, 14 L. ed. 415: "cuando un contrato, en la fecha de su conclusión, era válido de acuerdo con las leyes de un Estado tal como estaban expuestas por sus departamentos ministeriales y aplicadas por sus tribunales, su valor y su fuerza no pueden ser objeto de atentado alguno por parte del legislador o de los tribunales modificando la interpretación del derecho"; Gelpcke vs. Dubuque (1864) y Township of Pine Grove vs. Talcott (1874), *cit. supra*, N° 133, nota 5; Douglass vs. County of Pike (1880), 101 U. S. 677, 25 L. ed. 968: "no podemos dar a las decisiones nuevas un efecto retroactivo (de hecho: no podemos aplicarlas a los contratos celebrados con anterioridad) sin afectar a las obligaciones nacidas de contratos concluídos mucho tiempo antes. Consideramos que esto nos lo prohíbe la Constitución de los Estados Unidos"; Muhler vs. New York and Harlem R. R. (1904), 197 U. S. 544, 49 L. ed. 872, 25 S. Ct. 522, según la cual los cambios de jurisprudencia no pueden afectar a los derechos adquiridos por contrato, que disfrutan, como tales, de la protección de la Constitución, según la cual corresponde a la Suprema Corte juzgar si existe derecho adquirido por contrato. Cf. también City of Sidney vs. Cummins (1916), 93 Ohio St. 328, 113 NE 218.

4. 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; Cross Lake Club vs. Louisiana (1912), 224 U. S. 632, 56 L. ed. 924, 32 S. Ct. 577; Tidal Oil Co. vs. Flanagan (1923), 263 U. S. 444, 68 L. ed. 382, 44 S. Ct. 197. Cf. Ray vs. West Penna. Natural Gas Co. (1891), 138 Pa. St. 576, 20 A. 1065.

4 bis. Así es incluso cuando el cambio de jurisprudencia se relaciona con la interpretación de una ley y ello pese a la teoría de la incorporación a la ley de la interpretación que se le dá por los tribunales (cf. *infra*, N° 153, nota 13, y *supra*, N° 133, notas 8 y 10): Fleming vs. Fleming (1924), 264 U. S. 29, 68 L. ed. 547, 44 S. Ct. 246. Sobre las sentencias Flanagan y Fleming, v. FRANKFURTER, *The Business*. "Harv. L. R." (1926), vol. 39, pp. 1057-1061.

de las decisiones dictadas sobre la cuestión era testimonio de la resistencia opuesta a la solución.⁵

La Suprema Corte, por otra parte, había de reconocer, no obstante, en otra sentencia en la que afirmaba muy vigorosamente la soberanía de cada Estado en cuanto a su teoría del precedente, que una aplicación "retroactiva" —o, más exactamente, inmediata— de una regla nueva a un contrato anterior, no podría suponer un atentado a la Enmienda Decimocuarta,⁶ y se ha visto a algunos tribunales de los Estados participar de esta opinión. Es cierto que, a partir de esta última sentencia, la Suprema Corte ha manifestado, por un lado, su propósito de respetar más el derecho judicial de los Estados,⁷ y por otro, de no utilizar innecesariamente la *due process clause*.⁸ Sin embargo, ha sido sobre todo el control político de las leyes económicas el que ella se ha vedado con su nueva actitud respecto a la Enmienda Décimocuarta. En consecuencia, es preferible hacer constar simplemente que la Suprema Corte no censura actualmente la aplicación inmediata de una regla nueva, antes que afirmar que no pueda hacerlo y no lo hará nunca.

Es interesante, sin embargo, señalar que aunque es ella la que controla las comisiones administrativas federales, y no los tribunales de los Estados, les impone una aplicación diferida de las reglas *cuasi* judiciales que ellas pueden establecer.⁹

135.—Si bien desde el punto de vista más amplio que pueda adoptarse, la excepción que acabamos de estudiar parece garantizar la seguridad jurídica contra los cambios de la jurisprudencia a todos los que celebran contratos o intervienen en actos jurídicos, hay que señalar, sin embargo, que no la garantiza para quienes son partes en el litigio a propósito del cual se declara la nueva regla. Estas partes, o

5. Tidal Oil Co. Flanagan (1923), cit. en la nota precedente, V. además Mutual Life Insurance Co. vs. Bryant (1943), 296 Ky. 815, 177 SW (2d) 588, 153 ALR 422, declarando que la aplicación inmediata de una regla nueva a las partes en litigio (cf. *infra*, N° 135), constituiría un atentado a las obligaciones contractuales. V. sin embargo, Mickel vs. New England Coal and Coke (1946), cit. *supra*, N° 133, nota 14.

6. Great Northern Ry. vs. Sunburst Oil Ref. Co. (1932), 287 U. S. 358, 77 L. ed. 360, 53 S. Ct. 145, 85 ALR 254.

7. Pensamos, fundamentalmente, en la sentencia *Erie Railroad Co.* (1938), estudiada *supra*, N° 55.

8. Cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 134 y t. 2, N° 190. Adde Atchison, T. and S. F. Ry. vs. Public Utilities Commission of California (1953), 346 U. S. 346.

9. N. L. R. B. vs. Rockaway News Supply Co Inc. (1953), 345, U. S. 71, 76-78. Cf. N. L. R. B. vs. Guy F. Atkinson Co. (9th Cir. 1952), 195 F. (2d) 141. V. sin embargo, S. E. C. vs. Chenery Corp. (1947), 332 U. S. 194, 91 L. ed. 1995, 67 S. Ct. 1575, 1760. Cf. *Judicial Review of Reversals of Policy by Administrative Agencies*, "Harv. L. R." (1955), vol. 68, pp. 1251-1260, nota.

más exactamente la perdedora, es en cierta forma la víctima del progreso jurídico.

Para evitar esta injusticia, algunos tribunales han tenido la idea, desde 1891 —ninguna decisión anterior parece haber sido, en todo caso, reportada—, de declarar que la regla de derecho cuya existencia afirman y que se considera como si siempre hubiese existido, se aplique sólo para el futuro, y no en el caso sobre el cual fue declarada.¹

Semejante actitud, aprobada a causa de sus ventajas por autores tan eminentes como Cardozo, Wigmore,² Mr. Justice Roberts,³ Mr. Justice Black,^{3 bis} Juge Frank,⁴ ha sido criticada vivamente por otros.⁵ Constituye ella, incontestablemente, la actitud de un legislador y no la de un juez. Es una *inelegantia juris* que habría helado de espanto a Blackstone e incluso a Kent. Constituye también, en el marco del *common law*, la negativa a aplicar la regla de derecho que fue, es y seguirá siempre en vigor. Se integra tan mal en ese cuadro, que se ha hecho notar, a justo título, que la declaración del tribunal sobre la regla que habría de aplicar en el porvenir constituiría un simple *obiter dictum*, teóricamente sin valor jurídico,⁶ y que, en efecto, se ve a veces a la práctica negarse a inclinarse ante la declaración y al tribunal, retrocediendo ante ella, repetir, sin atreverse a aplicarla, la nueva regla, hasta el día en que declara repetir su opinión por última vez.⁷

Llamada a pronunciarse sobre la cuestión de saber si esta actitud no constituye, respecto a la parte a la que se rehusa la aplicación de la regla de derecho enunciada, una violación de la *due process clause*

135.—

1. Una nota a los 85 ALR 262-265, bajo Great Northern Ry. (1932), cit. *infra*, nota 9, enumera diez casos que adoptan esta actitud. Las sentencias más recientes se citan en la nota 11.

2. John Henry WIGMORE, en *Modern Legal Philosophy Series* vol. IX: *Science of Legal Method* (1917), XXXVIII; CARDOZO, *Adress*, pp. 295 y ss. V. igualmente; FREEMAN, *op. cit. supra*, N° 133, nota 1, p. 248 V. *footnote* 63, p. 251; *Sensible view of Stare Decisis Gains Ground*, "J. Am. Jud. Soc." (1939), vol. 23, pp. 32-34; Frank W. GRINNELL, *Judicial Regulation of Stare Decisis: An opportunity for the Courts and the American Law Institute*, "Am. Jud. Soc." (1940), vol. 24, p. 150; "Harv. L. R." (1934), vol. 47, pp. 1403-1413; nota citada *supra*, N° 133, nota 1; *Stare Decisis and the Supreme Court*, "Am. Jud. Soc." (1944), vol. 27, pp. 183-184.

3. *Dissenting opinion* en Mahnick vs. Southern Steamship Co. (1944), 321 U. S. 96, 88 L. ed. 561, 64 S. Ct. 455.

3 bis. *Dissenting opinion* en Mosser vs. Darrow (1951), 341 U. S. 267, 95 L. ed. 927, 71 S. Ct. 680.

4. *Concurring opinion* en Aero Spark Plug Co. vs. B. G. Corporation (2nd Cir. 1942), 130 F. (2d) 290.

5. R. VON MOSCHZISKER, *op. cit. supra*, N° 103, nota 3, 24. Cf. Ross vs. Board of Chosen Freeholders (1917), 90 N. J. L. 522, 102 A. 397.

6. R. VON MOSCHZISKER, *op. cit.*, *loc. cit.*

7. Chykirde vs. Yanush (1945), 131 Conn. 565, 41 A. (2d) 449.

de la Enmienda Décimocuarta,⁸ la Suprema Corte se ha pronunciado negativamente.⁹ Ha considerado que hay ahí una simple modalidad de aplicación de la regla *stare decisis* y de sus excepciones, y que la aplicación de esta regla no procede, en principio, más que del derecho interno de cada Estado. Así autorizada, la práctica de las declaraciones futuras de cambio de jurisprudencia parece, a pesar de una cierta resistencia,¹⁰ tender a extenderse.¹¹

Es difícil saber lo que conviene pensar al respecto. Es tan detestable en teoría como recomendable en la práctica, salvo cuando la regla abolida era verdaderamente injusta y había sido utilizada por una de las partes en condiciones condenables. En realidad, cuando se considera en su conjunto la teoría de los cambios de jurisprudencia, se percibe que todas las dificultades provienen del principio de Blackstone según el cual los tribunales, al modificar la regla de derecho, no hacen sino dar, a la regla en cuestión, una expresión más exacta que la que había tenido siempre.¹² Es por haber reconocido que el derecho cambia, por lo que los tribunales, pese a ese principio, han aportado al principio de la aplicación inmediata la excepción necesaria. Desde el momento en que se admite este reconocimiento de la realidad, apenas pueden oponerse objeciones a la actitud consistente en suspender, por las mismas razones de seguridad jurídica, la aplicación a las propias partes del litigio de la regla de derecho que anteriormente no había sido declarada. Pero toda la teoría de los cambios de jurisprudencia se simplificaría si se reconociese que los jueces crean el derecho o, por lo menos, el derecho aplicable. Y si consideraciones a la vez teóricas y políticas son un obstáculo a este reconocimiento, la teoría según la cual el *common law* se adapta por sí mismo a las condiciones nuevas, per-

8. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, N° 190.

9. *Great Northern Ry. vs. Sumburst Oil and Ref. Co.* (1932), 287, U. S. 358, 77 L. ed. 360, 53 S. Ct. 145, 85 ALR 254.

10. *People ex rel. Rice vs. Graves* (1934), 273 N. Y. S. 582.

11. V. principalmente, *Yarborough vs. Oklahoma Tax Commission* (1947), 200 Okl. 402, 193 P. (2d) 1017, affirmed 334 U. S. 841, 92 L. ed. 1765, 68 S. Ct. 1510; *Duhame vs. State Tax Commission* (1947), 65 Ariz. 268, 179 P. (2d) 252, 171 ALR 684; *Button vs. Drake* (1946), 302 Ky. 517, 195 SW (2d) 66; *Commissioner vs. Whitelaw* (1946), 302 Ky. 526, 195 SW (2d) 71; *State vs. Jones* (1940), 44 N. M. 623, 107, P. (2d) 324; *Chykirde vs. Yanush*, cir. *supra*, nota 7; *Mutual Life Ins. Co. vs. Bryant* (1943), 296 Ky. 815, 177 SW (2d) 588, 153 ALR 422; *Payne vs. City of Covington* (1938), 276 Ky. 380, 123 SW (2d) 1045. Una lista más completa, en el *ALR Blue Book* (cf. *infra*, N° 195), menciona 38 decisiones posteriores en la nota 85 ALR 262-265.

Se hace notar que la sentencia *Mutual Life Insurance Co.*, adoptando, en cierta forma, una actitud de contraataque, declara que sería atacar a las obligaciones resultantes de un contrato (Const., art. 1, section 10, pfo. 1), aplicarle inmediatamente la regla que se pronuncia en la sentencia a la cual él da lugar.

12. Cf. *supra*, N° 132.

mitiría por lo menos, como ya se ha sugerido,¹³ manteniendo la función puramente declarativa del juez, explicar y aplicar más fácilmente y con mayor justicia las reglas que deben gobernar lo que, de hecho, es la aplicación de una regla nueva.

El problema, en sí mismo tan delicado, de la aplicación en el tiempo de las reglas nuevas, se encontraría así planteado en términos más exactos. Es posible pensar que ganaría tanto en claridad y en justicia, como ha ganado en Francia al recibir del Decano Roubier una terminología exacta.¹⁴

136.—D. Para completar el estudio del *common law* de los Estados Unidos, parece necesario intentar deducir, en la medida de lo posible, sus cualidades y defectos. Igualmente parece interesante intentar un balance desde un punto de vista comparativo, es decir, con referencia al *common law* inglés y al derecho francés.¹

13. Cf. *supra*, N° 132.

14. Cf. ROUBIER, *op. cit. supra*, N° 132, nota 8.

136.—

1. Sobre las técnicas y las fuentes del derecho francés, reenviamos al lector extranjero, entre millares de obras, a AMOS and WALTON, *Introduction to French Law* (1935); JUNIUS PARKER, *Some Aspects of the French Law* (1929); *The Future of Codification. A. Symposium*, "Tul. L. Rev." (1955), vol. 29, pp. 177-327; André TUNC, *The Grand Outlines of the Code Napoléon*, "Tul. L. Rev." (1955), vol. 29, pp. 431-452; François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, prefacio R. SALEILLES, 1899, 2ª ed. 1932, 2 vols. y *Science et technique en droit privé positif*, 4 vols. 1914-1924; Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 1955; *Travaux de l'association Henry Capitant pour la culture juridique française*, t. 5 (1949), 1950: *Etudes sur le rôle du juge*, y t. 6 (1950), 1952: *La méthode depuis le Code de 1804*, así como Jean BOULANGER, *La méthode depuis le Code civil de 1804 au point de vue de l'interprétation judiciaire*, "Journ. (belga) des Trib.", 1952, pp. 229 y ss.; *Travaux de la Semaine internationale de droit de 1950: L'influence du Code civil dans le monde*, 1954; Paul ESMEIN, *La jurisprudence et la loi*, "Rev. trim. dr. civ.", 1952, pp. 17-23; René DAVID, *French Bibliographical Digest*, 1952; G. SCELLE, P. ESMEIN, L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, H. LEVY-BRUHL, *Introduction à l'étude du droit civil français*, 1951; François GORPHE, *Les décisions de justice. Etude psychologique et judiciaire*, 1952; Alexandre C. ANGELESKO, *La technique législative en matière de codification civile*, tesis, París 1930; y los autores citados *supra*, N° 117, nota 3. Cf. Jean DABIN, *Théorie générale du droit*, 1943, 2ª ed., 1953, y E. VAN DIEVOET, *Le droit civil en Belgique et en Hollande de 1800 à 1940. Les sources du droit*, 1948; Paul SCHOLTEN, *Traité de droit civil Néerlandais. Partie générale*, Trad. B. E. WIELENGA, prefacio de G. RIPERT; Léon CORNIL, *La Cour de Cassation. Considérations sur sa mission*, "Journ. (belga) des Trib.", 1950, pp. 494 y ss. Cf. igualmente, desde un punto de vista más filosófico, Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 1946, 2ª ed. 1951; Henri MOTUSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, 1948; Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, prefacio de R. LE BAILE, 1953.

No constituyendo estorbo ciertos antecedentes, sería inútil decir que semejante comparación se hará de una forma puramente objetiva y sin ningún espíritu proselitista, tanto más cuanto que el mundo jurídico que vive bajo el *common law* no desea repudiar su forma de derecho, como tampoco los países de codificación están dispuestos a destruir sus códigos y sus leyes.² De todas maneras, la comparación a la que parece necesario proceder, rompa el cuadro tradicional de la controversia: *case law* o derecho codificado —cuadro ya roto por la multiplicidad de leyes no codificadas en uno y otro sistema jurídico—, puesto que supone la comparación del *common law* inglés y del *common law* de los Estados Unidos, e introduce así en el debate las ventajas y los inconvenientes de un *case law* y de un *case law* flexible.³ En fin, es preciso señalar el frágil carácter de cualquier conclusión que pueda alcanzarse sobre las cualidades y los defectos de un sistema jurídico, por familiar que nos parezca. Toda conclusión, en este campo, es esencialmente subjetiva —veremos, por ejemplo, a los autores ingleses oponerse radicalmente sobre ciertos caracteres del *common law* inglés⁴—; además, *common law* norteamericano, *common law* inglés

2. Entre los numerosos estudios comparativos, igualmente objetivos, y entre los más generales y extensos, citaremos, al menos por algunas de sus consideraciones, GUTTERIDGE, así como Edouard LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, 1903, *L'enseignement du droit comparé. Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence angloaméricaine*, 1919, *L'Institut de droit comparé. Son programme, ses méthodes d'enseignements*, 1921, *Common Law et droit civil. Leurs branches américaines, L'étude comparative de ces branches*, "Bull. Inst. dr. comp. de Lyon" 1941, pp. 1-89, y René DAVID, *Introduction y Traité. V. igualmente AMOS; FRIEDMANN*, pp. 353-395 ó *A Re-Examination of the Relations Between English, American and Continental Jurisprudence*, "Can. Bar. Rev." (1942), vol. 20, pp. 175-211; MORROW, pp. 537-556; C. SUMMER LOBINGIER, *Precedent in Past and Present Legal Systems*, "Mich. L. Rev." (1946), vol. 44, pp. 955-966; Ernst RABEL, *Private Laws of Westerns Civilization* (1949-1950); reimpresión separada de "La. L. Rev.", vol. 10; O. KAHN-FREUND, *Introduction to Karl RENNER, The Institutions of Private Law and Their Social Functions* (1949); Lord Justice General Thomas Mackay-COOPER, *The Common Law and the Civil Law — A Scot's View*, "Harv. L. R." (1950), vol. 63, pp. 468-475; Jean BONDEEL, *La common law et le droit civil*, "Rev. int. dr. comp.", 1951, pp. 585-598; E. M. MEIJERS, *Case Law and Codified Systems of Private Law*, "J. of Comp. Leg. and Int. Law", (3rd Series, 1951), Parts III y IV, pp. 8-18; y los autores citados *supra*, N^o 118, nota 1. Otros numerosos estudios, más particulares, se citarán en las notas de los números siguientes.

Para una comparación del *common law* inglés y del *common law* norteamericano, v. también, Herbert POPE, *The English Common Law in the United States*, "Harv. L. R." (1910), vol. 24, pp. 6-30; Arthur L. GOODHART, *The New York Court of Appeals y Case Law in England and America*; Lord WRIGHT, *The Common Law in its Old Home* y Harlan F. STONE, *The Common Law in the United States*, en *The Future of the Common Law* (1937) pp. 66-119 y 120-163. Cf. Richard RUSH, *American Jurisprudence* (1815), cit. por Howe, p. 268.

3. Cf. *supra*, Núms. 116-118.

4. Cf. *infra*, N^o 137.

y derecho francés, son tres conjuntos diferentes, relacionados con tres mundos distintos, en los cuales se oponen, a la vez, técnicas e ideales.⁵

Con objeto de partir, dentro de lo posible, de un terreno firme, para llevar a feliz término ese juicio comparativo, podemos utilizar el cuadro muy objetivo de las ventajas e inconvenientes del *common law* inglés, contenido en el excelente librito de William Geldart: *Elements of English Law*.⁶

137.—La primera cualidad que presenta el *common law* inglés es, según este autor, la certidumbre de las soluciones.¹ Por el hecho de que los precedentes sean respetados, todos pueden saber qué solución jurídica recibirá su “caso” si existe un precedente sobre otro caso fundamentalmente parecido; y algunos autores agregan que siendo tan grande el número de casos que han sido juzgados, la cuestión en litigio tendrá casi siempre un precedente. Este punto de vista es compartido por un eminente autor, el profesor Goodhart, en un artículo en el que compara al *common law*, en tanto que sistema fundado en los precedentes, a los derechos fundados sobre los códigos y las “jurisprudencias constantes” o a lo que sería el *common law* si se apegara más a la autoridad de “jurisprudencias constantes” que a precedentes aislados.² Según este autor, la práctica inglesa encontraría inconvenientes numerosos y graves y no tendría más que una ventaja: la certidumbre.

En realidad, los puntos de vista de Goodhart suscitaron una importante controversia,³ en la que la idea de certidumbre ha sido viva-

5. Cf. Alexander H. PEKELIS, *Law and Social Action* (1950), pp. 42-74. El jurista francés, por ejemplo, otorga gran valor a la certeza de las soluciones, mientras que la mayor parte de los juristas norteamericanos consideran que ella es una cualidad muy secundaria de los ordenamientos jurídicos (cf. *infra*, N° 137).

6. William GELDART, *Elements of English Law* (1911; 4th ed., 1948), revisada por Sir HOLDSWORTH, y HANBURY, pp. 16-17. La obra ha sido objeto de una quinta edición en 1953, que no hemos tenido oportunidad de consultar.

137.—

1. Sobre la importancia considerable de la certeza de las soluciones jurídicas, v. Wilhelm SAUER, *Sécurité juridique et justice*, en *Introduction*, § 136, vol. 3, pp. 34-43. La certeza es importante por sí misma, a fin de que cada uno sepa cual es su derecho. Protege, además, contra la arbitrariedad del juez, que no sólo es temible en los países autoritarios.

2. Arthur L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, “L. Q. R.” (1934), vol. 50, pp. 40-65.

Sobre la idea de “jurisprudencia constante”, v. *supra*, N° 117.

3. W. S. HOLDSWORTH, *Case Law*, “L. Q. R.” (1934), vol. 50, pp. 180-195; Arthur L. GOODHART, *Case Law: A Short Replication*, “L. Q. R.” (1934), vol. 50, pp. 196-200; Carleton Kemp ALLEN, *Case Law: An Unwarrantable Intervention*, “L. Q. R.” (1935), vol. 51, pp. 333-346; W. S. HOLDSWORTH, *Precedents in the XVIII Century*, “L. Q. R.” (1953), vol. 51, pp. 441-442. Adde: Lord

mente impugnada y de la cual salió muy disminuída. Según Allen, principalmente, el sistema inglés presentaría dos ventajas, pero adolecería de defectos de los cuales el más grave sería la incertidumbre de las soluciones jurídicas, a causa de la escasez de precedentes dictados en casos rigurosamente idénticos y de la multiplicidad de precedentes que, rendidos en circunstancias aproximadas, conducen a soluciones contradictorias.⁴ La incertidumbre no procedería, en verdad, del respeto mismo otorgado al precedente, sino de la falta de coordinación lógica de los precedentes⁵ y, sobre este punto, todos los criterios coinciden.⁶ Ante la calidad de los autores en conflicto, parece correcto abstenerse de expresar una opinión aunque sea con reservas. Basta constatar que los propios autores ingleses se encuentran muy divididos sobre la cuestión de saber si su sistema jurídico aporta certidumbre a las soluciones.

Pero si nos volvemos hacia los autores norteamericanos, encontramos confirmación a un hecho de la experiencia corriente, a saber, que aun cuando no se tomen en cuenta materias particularmente complicadas, como la de los *future interests*, las soluciones del *common law* de los Estados Unidos son con frecuencia inciertas.⁷ Y no podría ser de

WRIGHT OF DURLEY, *The Common Law in its Old Home*, en *The Future*, pp. 66-119, 80.

4. ALLEN, *op. cit. supra*, nota anterior, *Law in the Making*, pp. 291-354, y sobre un punto particular, *Precedent, An Open or a Sealed Book*, "L. Q. R." (1950), vol. 66, pp. 166-169, así como *Law in the Making*, pp. 343-354. V. en el mismo sentido James BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence* (1901), pp. 705-706; Robert L. HENRY, *Jurisprudence Constante and Stare Decisis Contrasted. Comparative Simplicity, Certainty and Adaptability of Civil Law Due to Codes and Restricted Scope of Jurisprudence Constante; Complexity, Confusion and Rigidity of Common Law Due to its Unrestricted Adherence to Doctrine of Stare Decisis*, "Am. Bar Ass. J." (1929), vol. 15, pp. 11-13. V. en contrario, reconociendo en el *common law*, como en el derecho continental, una certeza suficiente: A. G. CHLOROS, *Certainty and the Authority of Precedent; Some Comparative Aspects*, informe a la *Cambridge Conference of Teachers of Law*, citada *supra*, N° 99, nota 2.

5. Cf. *infra*, en el texto, a propósito del *common law* de los Estados Unidos.

6. Cf. *supra*, N° 131 e *infra*, N° 141.

7. El número de referencias que podrían darse en apoyo de esta aseveración es decepcionante. Es necesario citar primeramente todos los escritos de los autores de la escuela "realista" (cf. *infra*, N° 164), sobre todo Jerome FRANK y Karl LLEWELLYN (el propio título de la obra, publicado por el último, *The Bramble Bush*, en 1930 es significativo), así como obras bastante panfletarias, tales como la de William SEAGLE, *Law; The Science of Inefficiency* (1952). Pero hay que citar también a un adversario de la escuela realista y gran admirador del *common law* como el Decano Roscoe POUND, (*Sources*, pp. 146, 147, 149), así como los juristas reunidos en la *Cincinnati Conference* (cf. *supra*, N° 110). Con mayor amplitud, casi todos los que han escrito sobre la declinación de la regla *stare decisis* (cf. *supra*, Núms. 105 y 106) y propuesto soluciones, han deplorado la incertidumbre del *common law* (v. igualmente, un autor que, por el contrario, pide el suavizamiento de la regla: WIGMORE, *op. cit.*, N° 104, nota 1,

otra manera dada la masa de precedentes,⁸ su carácter frecuente-

y *Problems of Laws* (1920), pp. 79-82). La incertidumbre del derecho es también afirmada por los tribunales federales llamados a aplicar el derecho de los Estados (cf. *supra*, Núms. 42 y 56); y resulta particularmente molesta en lo referente a la autoridad interestatal de las sentencias de divorcio (cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 322-326).

V. también Harlan F. STONE, *Some Aspects of the Problem of Law Simplification*, "Col. L. Rev." (1923), vol. 23, pp. 319-337; HENRY, *op. cit.*, nota 4; Harold R. MEDINA, *A New Judge Tries His First Patent Case*, "Corn. L. Q." (1948), vol. 34, pp. 220-226.

V. en fin, sobre el carácter contradictorio de los precedentes, los autores citados *supra*, N° 113, nota 4, y Mr. Justice Frankfurter, *separate opinion* en Dennis et al. vs. United States (1951), 341 U. S. 494, 539: "Debo dejar a otros la ingrata tarea de tratar de conciliar todas esas decisiones".

Según William Draper LEWIS, *History of the American Law Institute and the First Restatement of the Law*, en *Restatement in the Courts* (1945), p. 20, la idea corrientemente aceptada según la cual el *common law* es "una masa de contradicciones", carece de fundamento. Las contradicciones son más aparentes que reales y los conocedores han llegado a conciliar en el *Restatement* todas las sentencias, con excepción de un dos por ciento. Esta comprobación es muy reconfortante para el futuro; muestra que el *Restatement* podrá influir mucho y unificar las sentencias, tanto en el interior de cada Estado, como entre los Estados. Sin embargo, hay que pensar que procede de personas especialmente empeñadas en un esfuerzo de conciliación de los precedentes y de unificación del derecho. Hay que tener en cuenta también, que si bien los expertos llegan, intercambiando sus puntos de vista, a conciliar casi todas las sentencias, como hace notar Lewis, el *common law* es infinitamente más contradictorio para el *lawyer* ordinario, enredado en la vida cotidiana.

Los autores citados al principio de esta nota consideran esencialmente, como lo hemos hecho nosotros en el texto, que la incertidumbre resulta del hecho de que los precedentes sean contradictorios, o de que no se sepa cuál de dos precedentes conducentes a soluciones contradictorias debe regir el caso. Una segunda fuente de incertidumbre podría resultar de la falta de precedente sobre la cuestión litigiosa. Según LEWIS (*op. cit. loc. cit.*), el número de reglas de derecho establecidas por las secciones del *Restatement* (cf. *infra*, N° 172), por estar admitidas corrientemente, es considerable, aunque, sin embargo, no hayan sido declaradas por los tribunales de tal o cual Estado, (cf. CARDOZO, *Paradoxes*, p. 76). La mayor parte de los Estados no poseen en su *common law*, bajo la forma de precedentes, más que de un 25 a un 50% de las reglas del *Restatement*; e incluso Estados como Nueva York, Massachusetts o Pennsylvania presentan lagunas considerables. No parece que, en realidad, en estas condiciones, resulte una grave incertidumbre de la falta de precedentes sobre una cuestión. Sin haber podido proceder a las necesarias comprobaciones, no nos sorprendería que los puntos no resueltos fuesen precisamente los mejor establecidos; aquellos que nadie discute. Parece difícil aceptar, en efecto —y tal sería el otro aspecto de la alternativa—, que un gran número de los problemas que actualmente se plantean no hubiesen sido planteados anteriormente (consúltese, sin embargo, ALLEN, pp. 281-285).

Debemos añadir, no obstante, que el profesor Kurt H. Nadelmann (reseña de esta obra en "Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht", vol. 21, 1956, considera que, en este párrafo, exageramos, tanto la incertidumbre del *common law*, como la relativa certeza del derecho codificado).

8. Cf. *supra*, N° 113.

mente contradictorio⁹ y la libertad que tiene el juez a su respecto.¹⁰ Sin duda una parte en esta impresión de incertidumbre debe atribuirse al hecho de que, en principio, se considera al *common law* de los Estados Unidos como un cuerpo de derecho aplicable, cuando el único derecho aplicable es el *common law* de tal o cual Estado.¹¹ Sin embargo, parece que, aparte de este elemento, el *common law* en los Estados Unidos es a menudo incierto. El jurista norteamericano declarará además, con frecuencia, que este inconveniente le parece menor y que se preocupa en efecto bastante poco de la certeza de las soluciones.¹²

La causa de esta incertidumbre parece residir en la contradicción, al menos aparente, de los precedentes o —lo que supone considerar las cosas en otra forma— en el deseo de dar a cada caso una solución justa sin preocupación predominante por el respeto de los precedentes o por las exigencias de la lógica.¹³ Por sí misma, es necesario subrayarlo, la disminución del respeto del precedente podría dar a un sistema de *case law* más certidumbre. Suponiendo, en efecto, un precedente *A* en determinado sentido y, sobre un problema semejante, un

9. Cf. *supra*, N° 113, nota 4.

10. Cf. *supra*, Núms. 107 y ss.

11. Cf. *supra*, N° 120.

12. Cf. DOUGLAS, *op. cit. supra*, N° 106, nota 1; HUTCHESON, en *The Status*, pp. 203-355, 259 y ss., pregonando la "gloriosa incertidumbre" del *common law* (cf. sobre esta expresión, Max RADIN, *The Trail of the Calf*, "Corn L. Q." (1946), vol. 32, pp. 137-159), Cf. Arthur L. GOODHART, *The "I Think" Doctrine of Precedent: Invitors and Licensors*, "L. Q. R." (1950), vol. 66, pp. 374-389; Lord WRIGHT, *The Law of Invitation*, "L. Q. R." (1950), vol. 66, pp. 454-456, 456: "Great judges have said that the function of the common law was to perpetuate the quest for justice. I should be sorry if the quest for certitude were to be substituted for the quest for justice": Sir Alfred DENNING, *The Need for a New Equity*, y sobre todo, Raphael POWELL, *Roman Contributions to the Reform of English Law*, en *Current Legal Problems*, 1952 (1952).

Aunque, como se ve, han podido citarse en esta nota un mayor número de juristas ingleses que norteamericanos, en general, parece que el jurista norteamericano —dejando aparte algunos "realistas" (cf. FRANK, p. 73)— concede mucha menos importancia a la certeza de las soluciones que el jurista inglés; de hecho, declara en ocasiones que no le atribuye ninguna.

13. Cf. *supra*, Núms. 107 y ss. y N° 131.

Incluso aquellos autores que desean que el desarrollo del *common law* se realice de una manera ordenada (Cardozo ha insistido muchas veces sobre el "caso patológico" del "buen juez": *The Nature*, pp. 138-141, *Address*, pp. 287-288), presentan con frecuencia concepciones cuya aplicación exigiría una doctrina muy sólida y, en cuanto a los jueces, correría el riesgo de crear una incertidumbre muy grande. Este es el reproche que puede hacerse a los puntos de vista de Pound por interesantes que sean (cf. *supra*, N° 105) y de Cardozo (cf. *supra*, N° 106). Existe una gran sabiduría en la actitud inglesa que consiste, en la administración de justicia como en todas las cosas políticas, en no dar demasiado crédito a los hombres y en guardarse de su inteligencia y de su buena voluntad, no permitiéndoles actuar sino en el cuadro de instituciones fuertes.

precedente *B*, lógicamente inconciliable con el precedente *A* y que, además, se revela a la reflexión o a la experiencia como bastante criticable, si ambos se imponen, *B* debe decidir teóricamente los casos *C*, *D*, *E*, etc., cuyas circunstancias son prácticamente idénticas; pero las partes se preguntarán siempre si los casos *C*, *D*, *E*, etc., son verdaderamente más cercanos al caso *B* que al caso *A*, o, aún en la afirmativa, si la atracción de la solución *A* no prevalecerá, en la decisión del juez, sobre la autoridad de la solución *B*; y es posible que los casos *C*, *D*, *E*, etc., sean resueltos en sentidos diferentes, aumentando así la confusión de los precedentes.^{13 bis} Si, por el contrario, el juez está facultado para desconocer francamente el precedente *B*, puede existir cierta duda sobre la solución del caso *C* —incertidumbre débil si son numerosas las sentencias que han seguido el precedente *A*, quizá criticando, de paso, el precedente *B*—; pero una vez resuelto el caso, el precedente desaparece del derecho aplicable y no subsiste ya duda alguna para la solución de los casos *D*, *E*, etc. No sólo el derecho ha sido mejorado por la experiencia, sino que se hace más cierto.

No es pues, al parecer, la disminución del respeto al precedente, en sí misma, lo que explica la incertidumbre del *common law* en los Estados Unidos. Será, más bien, la falta de cohesión lógica de los precedentes o, lo que viene a ser lo mismo, el deseo demasiado grande del juez de dar en cada caso la solución que le parece satisfactoria, sin preguntarse y sin decir en qué proporción la nueva decisión va a insertarse en el cuadro de las declaraciones antiguas y en la necesidad de modificar la doctrina,¹⁴ o, todavía en otros términos, un “realismo”¹⁵ que no busca las reglas mejores, sino, en cada caso, la mejor solución, sin preocuparse gran cosa de las reglas. Si los precedentes fuesen considerados como expresiones particulares de principios generales¹⁶ y si los jueces resolvieran en relación con esos principios generales —libres, una vez más, de modificarlos cuando lo estimasen necesario, pero precisando el alcance de su decisión— parece que esos principios se organizarían fácilmente y que la incertidumbre de las soluciones sería menor.

A los ojos del jurista continental, el *common law* de los Estados Unidos tendrá, sobre todo, necesidad de sistematización; necesidad

13 bis. V. como ejemplo de complejidad derivada del respeto rígido de los precedentes, nota R. E. M., “L. Q. R.” (1953), vol. 69, pp. 308-309.

14. Cf. C. A. PEAIRS, *The God in the Machine: A Study in Precedent*, “Bost. Un. L. R.” (1949), pp. 37-78.

15. Cf. *supra*, N° 125.

16. Esto es lo que, en el fondo, propone el Decano POUND (cf. *supra*, N° 105). Sobre una causa particular de incertidumbre —resultante, en realidad, de la falta de cohesión lógica de las soluciones—, v. *supra*, N° 113, nota 6.

que, por otra parte, han sentido numerosos juristas norteamericanos y a la que ha respondido el *Restatement of the Law*.¹⁷

Si es necesario mirar ahora hacia un derecho codificado tal como el francés, no parece inexacto decir que, en gran parte, escapa a la crítica de incertidumbre. El práctico se quejará de la incertidumbre resultante de las numerosas nuevas leyes, temporales, frecuentemente mal redactadas¹⁸ — el descontento, en realidad, no es menor en Inglaterra o en los Estados Unidos. Se lamentará quizá también de la incertidumbre de la jurisprudencia en materia de responsabilidad cuasi-delictual, con frecuencia menos, en realidad, a causa de una verdadera incertidumbre, que por falta de tiempo para ponerse al corriente y dominar la materia — pero el derecho de la responsabilidad es un verdadero derecho judicial.¹⁹ Por el contrario, en las materias que dependen de los códigos, encuentra normalmente, ya en el propio código, ya en las sentencias que lo interpretan, una respuesta clara a la cuestión que se le plantea. Lo que parece un milagro incomprensible a los juristas del *common law*, es para él un hecho de la experiencia corriente, del cual los juristas de *common law* que han practicado su derecho, dan, por otra parte, testimonio.²⁰

La razón estriba en que si bien el Código civil plantea problemas de interpretación, todos los grandes principios generales del derecho están, no obstante, contenidos en él y claramente expresados. Los problemas, pues, son de alcance limitado: casi siempre ponen en juego la cuestión de saber cuál, entre dos principios, debe prevalecer en un caso particular. Son, consecuentemente, fáciles de resolver y, de cualquier manera, su solución en un sentido o en otro no pone en duda el valor del principio cuya aplicación sea rechazada en el caso.²¹

138.—La segunda cualidad que presenta, según Geldart, el *common law* inglés es la de una gran facultad de progreso.¹

A primera vista esta facultad es incontestable, puesto que el *common law* rige en una gran parte del mundo de manera satisfactoria, en condiciones sociales completamente diferentes de las condiciones en las que nació. La duda, sin embargo, es posible, si se piensa que la

17. Cf. *infra*, Núms. 172 y ss.

18. Cf. Georges RIPERT, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, 1949.

19. Cf. *supra*, N° 117, texto y nota 6. Sobre la incertidumbre inherente a un derecho judicial, v. igualmente *Le syst. const.*, t. 1, N° 3.

20. Cf. HENRY, *op. cit. supra*, nota 4; e *infra*, N° 144, nota 11.

21. Cf. *supra*, N° 118. Una prueba de la mayor certidumbre del derecho francés parece residir también en la brevedad de las sentencias.

138.—

1. Cf. *supra*, Núms. 122 y 125.

adaptación ha podido hacerse por medio de leyes y, por lo tanto, con una técnica contraria a la del *common law*.²

Además, la opinión de Geldart no es compartida por todos los autores y se ha señalado muy justamente que una adhesión rígida al precedente no permite el desarrollo del derecho.³ Sobre el particular, la justificación proporcionada por Geldart a su afirmación puede parecer singularmente débil:

“Cuantas veces —escribe— el camino no se halle cerrado por una ley o un precedente, nuevas reglas de derecho serán de tiempo en tiempo declaradas para hacer frente a nuevas circunstancias o a las necesidades cambiantes de la sociedad. Cuando, por el contrario, no existe sistema de *common law*, el trabajo del juez que resuelve un caso no señala el derecho para el porvenir, de tal manera que es un trabajo perdido, desde el punto de vista del desarrollo del derecho”.

Con objeto de juzgar la cuestión tan exactamente como sea posible —cuestión grave, puesto que se trata, en definitiva, de la posibilidad de un derecho justo— parece útil distinguir las posibilidades de adaptación del derecho en los ámbitos que se pueden estimar como relativamente estables (contratos, familia, testamentos, etc.) y sus posibilidades de dar una respuesta satisfactoria a los problemas nuevos que ha planteado la civilización moderna (derecho de sociedades, del trabajo, de los automóviles, etc.).

Desde el primer punto de vista parece, si se pretende emitir una opinión en un problema que ha enfrentado a los autores más eminentes,⁴ que el respeto absoluto actualmente prestado al precedente en Inglaterra es poco favorable al perfeccionamiento del derecho.

2. Cf. sin embargo, *infra*, nota 12.

3. Cf. GOODHART, *Precedent*; Samuel WILLISTON, *Some Modern Tendencies in the Law* (1929), pp. 85-86; y los autores citados *supra*, Núms. 103 y ss., así como el N° 116, nota 16.

4. V. principalmente, al lado de Geldart, HOLDSWORTH, *op. cit. supra*, N° 137, nota 3; en sentido contrario, GOODHART, *op. cit. supra*, N° 137, nota 2 y *op. cit. supra*, N° 137, nota 3; ALLEN, pp. 328-331, y *op. cit. supra*, N° 137, nota 3, pp. 336-341; Lord WRIGHT, *op. cit. supra*, N° 137, nota 3, pp. 79, 81, 82; HENRY, *op. cit. supra*, N° 137, nota 4; Lord COOPER, *op. cit. supra*, N° 136, nota 2; Sir DENNING y Raphael POWELL, *op. cit. supra*, N° 137, nota 12; Glanville WILLIAMS, *The Reform of the Law* (1951); Gerald GARDINER, *The Machinery of Law Reform in England*, “L. Q. R.” (1953), vol. 69, pp. 46-62; C. H. HAMSON et al., *Law Reform and Law Making* (1953).

Desde luego, no se trata de negar las posibilidades de evolución del *common law* (cf. *supra*, N° 136, nota 3), sino de intentar un juicio sobre él. Obsérvese que W. FRIEDMANN, en su *Legal Theory*, a pesar de destacar el papel de las leyes en la evolución del derecho, desea demostrar también las posibilidades de evolución del *common law* (v. sobre todo, pp. 320-329; cf. pp. 448-449, sus consideraciones sobre el papel respectivo del legislador y del juez en la evolución del derecho); su obra *Law and Social Change in Contemporary Britain* (1951), así como la obra de Sir Alfred DENNING, *The Changing Law* (1953),

Esta opinión parece compartida por el propio Geldart, puesto que reconoce la "rigidez" del *case law* como su principal inconveniente⁵ y parece oponer la facultad de dar respuesta a los problemas nuevos —facultad que correspondería al *common law*—, a la facultad de perfeccionamiento en dominios ya cubiertos — facultad que le sería negada.⁶ En todo caso es un hecho que el derecho inglés contiene reglas que parecen arcaicas no sólo a los juristas continentales, que podrían ser malos jueces, sino a los juristas ingleses más eminentes.⁷ Estas reglas son consideradas por Sir Maurice Sheldon Amos, como debidas a la relativa juventud del *common law*, que tiene dos mil años menos que los derechos latinos.⁸ Un jurista francés las imputará sobre todo, al parecer, a un respeto demasiado rígido del precedente —y coincidirá en este punto con Geldart mismo⁹— o a la ausencia de codificación, que juega siempre un papel modernizador. Y si es cierto que los arcaísmos del derecho inglés deberían tender a desaparecer, gracias a la afortunada institución, en 1933, de un *Law Revision Committee*,¹⁰ el progreso del derecho, bajo la influencia de este órgano, no podrá realizarse más que por vía legislativa — lo que supone una negación de la técnica del *common law*.¹¹

permiten apreciar igualmente la importancia de las transformaciones sufridas por el *common law*.

5. Cf. *infra*, N° 140.

6. Nótese, en apoyo de esta interpretación de GELDART, el contenido de los dos párrafos consagrados a la facultad de desarrollo y a la rigidez del *common law* (cf. *supra*, en el texto, e *infra*, nota 9).

7. AMOS, pp. 33-34; Lord WRIGHT, *The Common Law*, pp. 66-119; GOODHART, *Precedent*, pp. 46-49. V. como ejemplo de un cierto arcaísmo en un campo donde, sin embargo, el derecho es de aplicación cotidiana. Norman S. MARSH, *The Wife's Interest in the Consortium*, "L. Q. R." (1951), vol. 67, pp. 37-41. El arcaísmo de los razonamientos e incluso de las soluciones en todo lo que se refiere a la propiedad inmobiliaria es mucho mayor todavía, a pesar de las leyes de 1925.

8. *Op. cit.*, *loc. cit.*

9. *Op. cit.*, p. 17: "Rigidez: Cuando una regla ha sido decidida una vez, incluso injustamente, es difícil o imposible abandonarla. Yo no comparto la opinión de quienes piensan que la flexibilidad es una característica del *case law*. La fuerza imperativa del precedente es una traba puesta a la discreción del juez; sin el precedente tendría mucha mayor libertad". Nota de Sir William HOLDSWORTH: "Podría no obstante defenderse el punto de vista, según el cual el *case law* es más flexible que el derecho legislativo". Cf. *infra*, N° 140, texto y nota 1.

10. Cf. DAVID, *Introduction*, p. 83, o Lord WRIGHT, *op. cit.*, pp. 86 y ss. Consúltese WILLIAMS et GARDINER, *op. cit. supra*, nota 4, reclamando otras instituciones, principalmente un Ministerio de Justicia.

11. Su acción, además, se hace a veces más delicada por la misma forma del *common law*. Se desearía, así, liberarlo de la teoría de la *consideration* (cf. *supra*, N° 131, nota 11), cuyas consecuencias son tan frecuentemente contrarias al sentido común; pero que se ha infiltrado en el derecho hasta tal punto que se teme poner en duda un gran número de soluciones y aun de princi-

En lo que se refiere, por otra parte, a la adaptación del derecho a los problemas modernos, los puntos de vista de Geldart parecen de un optimismo discutible — y ya veremos, además, que ningún sistema jurídico ha podido hacer frente con elegancia a esos problemas nuevos. El *common law* no ha podido aportar respuestas satisfactorias y ha requerido la intervención del legislador. Casi todo el derecho mercantil es objeto de leyes. Igualmente, el derecho del trabajo, de arrendamientos, de precios, es, como en Francia, objeto de leyes especiales.¹² La responsabilidad cuasidelictual sigue siendo del dominio del *common law*, pero parece, según los propios testimonios ingleses, que ofrece en general soluciones menos satisfactorias que las francesas.¹³

¿El *common law* de los Estados Unidos se ha mostrado más susceptible de perfeccionamiento que el *common law* inglés? Parece que se puede responder afirmativamente.¹⁴ No es que se diga que no se

pios adquiridos y que, en cierta forma, se querría suprimir de numerosos precedentes; pero suprimirlos uno a uno (cf. C. J. HAMSON, *The Reform of Consideration*, "L. Q. R." (1938), vol. 54, pp. 233 y ss.

12. Lord WRIGHT, *op. cit.*, reconoce (p. 72 y p. 76) que "la mayor parte del derecho practicado en Inglaterra es legislativo" (cf. también pp. 86 y ss.); sin embargo, agrega (p. 73 y p. 75) que el práctico inglés considera normalmente esas leyes como constitutivas de *common law*, lo que estaría justificado, en cierta medida, por el hecho de que no rompen con el pasado y deben interpretarse con la ayuda de los principios del *common law* (cf. para el derecho norteamericano, *infra*, N° 153).

13. Cf. F. P. WALTON, *Delictual Responsibility in the Modern Civil Law (More Particularly in the French Law) As Compared With the English Law of Torts*, "L. Q. R." (1933), vol. 49, pp. 70-93, ó *La responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne (plus particulièrement dans le droit française) comparée avec la théorie anglaise du délit civil, en Introduction*, § 69, vol. 2, pp. 48-67, principalmente p. 54 y pp. 66-67. Compárese, sin juicio de valor, FRANCIS DEAK, *Automobile Accidents: A Comparative Study of the Law of Liability in Europe*, "Un. Penna. L. Rev." (1931), vol. 79, pp. 271-305; y los estudios citados *supra*, N° 116, nota 3.

14. Cf. GOODHART, *The New York Court of Appeals*; Samuel WILLISTON, *Some Modern Tendencies in the Law* (1929), p. 32. Cf. igualmente, desde un punto de vista un poco diferente, STONE, *The Common Law*, pp. 7 y ss. o 124 y ss.

Como ejemplos de evolución del *common law* norteamericano y a veces, en verdad, de sus lentitudes e insuficiencias, v. entre muchos otros estudios, *supra*, N° 88, texto y notas 1 a 6; los estudios reunidos en "Harv. L. R." (1936-1937), vol. 50; CARDOZO, *The Nature*, pp. 153-156; POUND, *Formative Era*, pp. 114-115, y notas 57, 59 y 67; FLEMING JAMES, Jr., *Accident Liability; Some Wartime Developments*, "Yale L. J." (1946), vol. 55, pp. 365-400; ABRAHAM GLASSER, *An Evaluation of New Jersey Tort Doctrines: The 1948-1949 Decisions*, "Rutg. L. R." (1950), vol. 4, pp. 419-485; *A Symposium on Automobile Negligence Cases*, 1953 "Un. of Ill. L. Forum" (1953), pp. 8-117, 167-260; TUNC, *op. cit. supra*, N° 116, nota 3. Para juzgar de la importancia de la legislación en la evolución del derecho, v. Zechariah CHAFEE, Jr., *Changes in the Law During Forty Years*, "Bost. Un. L. R." (1952), vol. 32, pp. 46-53.

Un testimonio de la rapidez de evolución del *common law* es proporcionado por la necesidad que ya se siente de revisar el *Restatement* (cf. *infra*, N° 174). Sobre la duración de las reglas del *common law*, v. *supra*, N° 116, nota 21.

encuentran arcaísmos; ¹⁵ por ejemplo, el principio según el cual quien ha participado en un accidente culpablemente no puede reclamar indemnización alguna, por leve que haya sido su culpa, de aquél cuya culpa ha sido la causa esencial del accidente, sigue siendo ampliamente admitido, en tanto que, en la actualidad, se rechaza en Inglaterra. ¹⁶ Las mujeres siguen siendo objeto de reglas de favor, como en la época en que eran escasas. Pese a la existencia de obras notables, el derecho de propiedad y, sobre todo, de la propiedad inmobiliaria, es por lo menos tan arcaico en los Estados Unidos como en Inglaterra. ^{16 bis} Además, el perfeccionamiento del *common law* ha sido frenado considerablemente, desde hace tiempo, por su fragmentación por Estados. ¹⁷ Mientras que en Inglaterra o en Francia todos los esfuerzos de los juristas convergen hacia el mejoramiento de un derecho, en los Estados Unidos cada derecho no goza directamente más que del esfuerzo realizado en el Estado, es decir, a veces, de muy poca cosa. Sin embargo, parece que el débil respeto tributado al precedente y el vivo deseo de los tribunales de dar en todos los casos la solución más justa, ¹⁸ han modernizado, frecuentemente a costa de ciertos inconvenientes, al *common law*.

Por otro lado, el derecho de cada Estado es ahora objeto de comparaciones constantes, ¹⁹ lo que permite la difusión de las mejores soluciones, y el *common law*, en su conjunto, se beneficia de los estudios efectuados en un plano nacional. ²⁰ Es digno de hacer notar, incluso, que la acción del *American Law Institute*, ²¹ a diferencia de la del *Law Revision Committee*, se hace sin renegar de la técnica del *common law*, puesto que la "autoridad" de esa "codificación privada" que es el *Restatement*, es puramente persuasiva.

La adaptación del *common law* de los Estados Unidos a los problemas modernos parece, por el contrario, haber sido casi un fracaso, al menos desde el punto de vista de la técnica del *case law*. ²² La adap-

15. Cf. STONE, *op. cit. supra*, N° 137, nota 7.

16. Cf. Fleming JAMES, JR., *Contributory Negligence*, "Yale L. J." (1953), vol. 62, pp. 691-736; Merton FERSON, *Fiction v. Reality*, *In Re Contracts: A Survey*, "Vand. L. R." (1954), vol. 7, pp. 325-339.

16 bis. Cf. W. Barton LEACH, *Perpetuities Reform by Legislation*, "L. Q. R." (1954), vol. 70, pp. 478-491. Así, todavía ciertos Estados conservan la regla de irresponsabilidad de las asociaciones de caridad por hechos de sus representantes: v. Charles Scott WILLIAMS, *Public Charities Not Liable For Tort in Pennsylvania*, "Dick. L. R." (1949), vol. 54, pp 6-9; Gerard W. NOLL, "Wisc. L. R.", 1954, nota, pp. 495-500.

17. Cf. *supra*, N° 120.

18. Cf. *supra*, Núms. 107 y ss., 122, 125, 129.

19. Cf. *supra*, N° 130.

20. Cf. *supra*, N° 120.

21. Cf. *infra*, Núms. 172 y ss.

22. Cf. POUND, *Sources*, p. 145, y los autores citados *infra*, nota 25.

tación se ha hecho fundamentalmente mediante leyes²³ y por comisiones administrativas²⁴ y es curioso, leyendo los estudios efectuados con motivo del tricentenario de la Universidad de Harvard sobre el tema: "el porvenir del *common law*", ver que la mayor parte de los oradores cuentan esencialmente con el legislador para realizar el progreso jurídico.²⁵

Desde el punto de vista francés, el perfeccionamiento del derecho parece plantear muy pocos problemas. Se ha emprendido una nueva redacción del Código, sobre todo con el propósito de suprimir algunos textos muertos e integrar las nuevas construcciones legislativas o jurisprudenciales;²⁶ pero apenas se encuentran soluciones arcaicas en el derecho permanente. Las reglas de la tutela deberían ser, sin duda, simplificadas, y todas las disposiciones que se inspiran todavía en el escaso valor de los bienes muebles suprimidas. Se podría incluso tomar en cuenta la modificación de los regímenes matrimoniales, aun cuando el simple reconocimiento del valor de los muebles debe bastar para hacer adoptar como régimen legal la comunidad de adquisiciones, que apenas suscita críticas. Las disposiciones relativas a la suerte de los hijos naturales debería quizá sufrir una completa revisión, pero siempre quedará en discusión la cuestión de saber qué solución es la más conveniente, dependiendo de la observación de los hechos más que del razonamiento jurídico. En conjunto, incuestionablemente, el derecho continúa siendo satisfactorio.

Por el contrario, la adaptación del Código a las nuevas circunstancias ha sido también un fracaso, al menos desde el punto de vista de la técnica, puesto que ha necesitado "excrecencias" jurisprudenciales y legislativas sobre los códigos. El derecho de la responsabilidad cuasidelictual se ha convertido, como ya hemos dicho,²⁷ en un derecho judicial. Lo que a su respecto ha acontecido, no puede ser comparado a las simples aplicaciones o interpretaciones de que son objeto normal-

23. Cf. STONE, *The Common Law*, pp. 11 y ss. ó 128 y ss. Cf. *Current Trends in State Legislation 1952, Studies of Recent State Legislation Prepared by the Legislative Research Center, University of Michigan Law School, Foreword*, E. Blythe STASON, *Preface*, Samuel D. ESTEP, y André TUNC, *Le Centre d'Études Législatives de la Faculté de Droit de Michigan*, "Rev. int. dr. comp.", 1954, pp. 87-89.

24. Cf. STONE, pp. 16 y ss. ó 135 y ss. Cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 329 y ss.

25. *The Future of the Common Law* (1937). Consúltese Benjamín N. CARDOZO, *A Ministry of Justice*, "Harv. L. R." (1921), vol. 35, pp. 113 y ss.; ERNST FREUND, *Prolegomena to a Science of Legislation*, "Ill. L. R." (1918), vol. 13, pp. 264 y ss.; POUND, *The Theory*, pp. 956-957.

26. Cf. León JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *La réforme du Code Civil*, D. 1948, Chr. p. 117. Este artículo ha sido traducido y anotado por el profesor Kurt H. NADELMANN, *The Reform of the French Civil Code*, "Un. Penna. L. R." (1948), vol. 97, pp. 1-21.

27. *Supra*, N° 117, texto y nota 6.

mente todas las disposiciones legislativas. Por otra parte, han sido necesarias también gran número de leyes especiales para llevar a cabo la adaptación del derecho a la vida moderna. Y no cabe objetar que un ley especial es, por su técnica, menos contraria a un código que a un derecho de *case law*. La diferencia no es grande, si se considera un código, conforme a la tradición francesa, no como una colección de soluciones particulares, sino como una exposición ordenada de principios generales, y si se toma en cuenta que las leyes modernas son con demasiada frecuencia leyes más o menos especiales, temporales y reglamentarias.²⁸

Es pues necesario hacer constar que ninguno de los sistemas jurídicos aquí considerados ha podido permanecer fiel a su técnica para adaptarse a las circunstancias modernas²⁹ y no se ve fácilmente, en verdad, como podría ser de otra manera. A una economía relativamente estable e igualitaria ha sucedido una economía de crisis, de potencias financieras y, en consecuencia, de intervencionismo de Estado. Sea en los Estados Unidos, en Inglaterra o en Francia, el derecho permanente se duplica con un derecho esencialmente reglamentario y cambiante, del cual nos preguntamos, con inquietud, si no es, en realidad, una necesidad de los tiempos modernos.

Contrariamente, en los dominios en donde la reglamentación no es necesaria, otra parece ser la conclusión que resulta de la comparación que acabamos de efectuar: se trata de la confirmación de la idea según la cual el derecho se perfecciona y se adapta más fácilmente cuando se funda en principios generales relativamente flexibles, ya sean ellos legislativos o se deduzcan de precedentes judiciales considerados en su conjunto, que en un sistema en el que cada precedente se impone rigurosamente como si fuera una ley particular.

139.—Las dos últimas cualidades fundamentales de un sistema de *case law* y, particularmente, del *common law* inglés, serían, según la opinión de Geldart, un gran número de reglas detalladas y el carácter político de esas reglas.

No parece útil, respecto a estos dos puntos de vista, distinguir entre el *common law* inglés y el *common law* de los Estados Unidos; las dos cualidades mencionadas son realmente características del *case law*, cualquiera que sea la fuerza de la regla *stare decisis*.

28. Cf. Georges RIPERT, *Le déclin du droit, Etudes sur la législation contemporaine*, 1949. Se puede apreciar la respectiva importancia del juez y del legislador en la evolución del derecho en la obra de René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1948, 2ª ed. 1952.

29. Cf. Elmer BALOGH, *L'adaptation du droit aux conditions économiques dans les droits européens et américains modernes*, en *Introduction*, § 148, vol. 3, pp. 189-204.

A decir verdad, el jurista de los países de codificación y principalmente el jurista francés, es poco sensible a estas pretendidas cualidades. Profesa la idea, justa o errónea, de que las disposiciones detalladas no son nunca completas y que un número razonable de reglas generales abarca mucho mejor el conjunto de casos que pueden presentarse.¹ En todo caso, la existencia de reglas detalladas no le parece un bien en sí misma; todo lo contrario, puesto que hace el derecho más voluminoso y complejo;² no le parece que pueda ser más que un instrumento al servicio de la certidumbre de las soluciones jurídicas, y se ha comprobado que si la certeza del *common law* inglés ha sido en ocasiones puesta en duda, la incertidumbre del *common law* de los Estados Unidos no lo ha sido.³ Por otra parte, existe la creencia de que las reglas de un código son, tanto como las de un derecho judicial, “el producto, no sólo de especulaciones académicas, sino de la solución de dificultades que se presentaron realmente”.⁴

Sin embargo, dados los hábitos de los juristas ingleses y, más ampliamente, la manera de ser inglesa, no hay duda de que la existencia de un gran número de reglas detalladas parece, desde el punto de vista inglés, una cualidad importante del *common law*;⁵ “derecho de los prácticos más que de los filósofos”.⁶

140.—El *case law* posee, por el contrario, a los ojos de Geldart, un cierto número de inconvenientes, entre los cuales la rigidez.

Sobre este punto, en verdad, Sir William Holdsworth ha querido reservar, en nota, su opinión contraria.¹

139.—

1. Cf. Roscoe POUND, *A Comparison of Systems of Law*, “Un. of Pittsb. L. Rev.” (1949), vol. 10, pp. 271-283. Véase ALLEN, pp. 281-285; CARDOZO, *Paradoxes*, pp. 76-77; LEWIS, *op. cit. supra*, N° 137, nota 7.

2. Cf. *infra*, N° 142.

3. Cf. *supra*, N° 137.

4. Cf. *supra*, N° 121.

5. Cf. AMOS, p. 51; ALLEN, pp. 331-332, y *An Unwarrantable Intervention*, *op. cit.*, p. 346; James BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence* (1901), p. 705. Cf. AMOS, p. 30.

6. STONE, *The Common Law*, pp. 6 ó 123. Cf. *supra*, N° 131, nota 3.

140.—

1. V. el texto de GELDART y la nota de Sir William Holdsworth, *supra*, N° 138, nota 9. Nótese, en lo referente a la reserva hecha por Sir William Holdsworth, que el sabio historiador del derecho inglés no se cree obligado a defender al *common law* contra la acusación de proceder a distinciones ilógicas (cf. *infra*, N° 141). Ahora bien, los dos defectos están ligados: sin rigidez del derecho, las distinciones ilógicas son inútiles; y ambos conducen a reconocer la imperfección del derecho (cf. *supra*, N° 138); porque lo que se llama distinción ilógica es una distinción sin fundamento (cf. *supra*, N° 131, nota 11). Una distinción sin fundamento supone que dos reglas diferentes rigen dos situaciones

Pero no pareciendo este posible defecto más que la carencia de la facultad de perfeccionamiento, basta reenviar, sobre el particular, a las investigaciones precedentes concernientes a la misma.²

141.—Un segundo inconveniente consistiría, siempre según la opinión de Geldart, en el peligro de distinciones ilógicas y sin fundamento.¹

También aquí, el defecto parece deber dirigirse mucho más al *common law* inglés que al de los Estados Unidos. También él resulta, por otra parte, del respeto demasiado absoluto del precedente. Como explica el propio Geldart —el proceso, además, es bien conocido— una regla que ha parecido justa en un caso particular puede parecer injusta en otro caso semejante, en el que debería aplicarse igualmente; para tratar de evadirse, el juez distinguirá las circunstancias de los dos casos, quizá sin buenas razones; pero como ambas reglas continuarán imponiéndose, las distinciones sin fundamento se multiplicarán. El mejor ejemplo de este proceso de desarrollo es, quizá, el de la teoría de la *consideration*; considerada hoy como inconveniente, se halla “rodeada” de tantas distinciones como puedan imaginarse, lo que, sin embargo, no le impide seguir siendo bastante importante.²

No parece que puedan reprochársele al *common law* de los Estados Unidos un número tan grande de distinciones ilógicas.³ Los jueces no tienen tantos motivos para distinguir, puesto que se les reconoce una gran libertad respecto del precedente; si lo desaprueban, pueden, normalmente, desconocerlo; y si, por excepción, estiman necesario seguirlo, entonces lo siguen sinceramente.

En realidad, parece que el *common law* inglés debe ser acusado a veces de una cierta falta de lógica, de cohesión, de carácter sistemático, con fundamento más amplio que el de las distinciones,⁴ y que, en ese terreno, el *common law* norteamericano incurre casi en el mismo reproche.⁵ La falta de sistematización procede, en efecto, de otras fuen-

que deberían estar sometidas al mismo régimen; y si es así, una de las dos reglas es injusta.

2. *Supra*, N° 138.

141.—

1. Cf. GOODHART, *Precedent*, pp. 52-54; HENRY, *op. cit. supra*, N° 85, nota 4.

2. *Supra*, N° 131, nota 11.

3. Cf. no obstante STONE, *op. cit. supra*, N° 137, nota 7.

4. Cf. *supra*, N° 131, y BRYCE, *op. cit. supra*, N° 131, nota 15; en contra, LAWSON, *op. cit. supra*, N° 131, nota 10 y GOODHART, *op. cit. supra*, N° 131, nota 7 *ter*.

5. Cf. *supra*, N° 131; POUND, *Sources*, p. 147 (d) y (e), e Introduction a George L. CLARK, *Summary of American Law* (1947); FRANKFURTER, *op. cit. supra*, N° 137, nota 7. V. sin embargo, sobre las diferencias a establecer entre

tes, como la de no conceder a la lógica más que un lugar secundario y, en los Estados Unidos sobre todo, como hemos visto, de un deseo demasiado vivo de dar a cada problema la solución que parece más justa.⁶ Tal concepción del derecho no carece de inconvenientes.⁷ Es, en gran parte, la responsable de la incertidumbre que puede atribuirse al *common law* inglés y al *common law* norteamericano.⁸ La cuestión de saber si un caso debe ser controlado por tal precedente o por tal otro no ofrece interés si los dos precedentes se uniesen en un todo lógico; se hace crucial, si ambos precedentes son lógicamente inconciliables, e insoluble si son contradictorios.⁹

Si fuere preciso, nuevamente, incluir en la comparación los derechos continentales, y principalmente el derecho francés, parece que ellos escapan casi por completo a todo reproche de falta de lógica. La razón es sencilla: acusar de falta de lógica a una solución, en Francia, y probar tal acusación, es casi seguro su condenación.¹⁰ Esto no justifica, por otra parte, la afirmación de los autores ingleses, según los cuales su derecho iría de lo particular a lo general, mientras que el derecho francés se deduciría de principios generales y arbitrarios.¹¹ La verdad es que el derecho francés, al igual que el derecho romano, ha ido de lo particular a lo general mucho más que el derecho inglés

common law inglés y *common law* norteamericano, *supra*, N° 131 y FRIEDMANN, pp. 354-355, 377-378.

6. Cf. *supra*, Núms. 107 y ss. y 125.

7. Cf. las lamentaciones de William A. ROBSON, *La législation industrielle en Angleterre au cours des cinquante dernières années*, en *Introduction*, § 167, t. 3, pp. 455-468.

8. Cf. *supra*, N° 137.

9. Cf. *supra*, N° 137.

De manera más general, queda uno sorprendido, al discutir una cuestión de derecho con los prácticos norteamericanos, al comprobar la importancia del punto de vista en el que se sitúan para considerar la cuestión. (Cf. POUND, en *The Status*, pp. 203-335, 231). De tal idea, se llegó a tal solución, pero, de tal otra idea (*put it this way*), se llegó a una diferente. No es extraordinario, en Francia, que se dude sobre la calificación jurídica de un acto, y que la decisión implique consecuencias prácticas. Pero ambos fenómenos no tienen nada de comunes, ni en frecuencia ni en naturaleza. La discusión entre dos juristas franceses permitirá, si ambos tienen espíritu claro, precisar el punto en que se oponen y, a veces, los elementos de la solución. La misma discusión, entre juristas norteamericanos de la misma valía, les permitirá mucho menos fácilmente ponerse de acuerdo, a menos de que uno reconozca que su punto de partida debe ser abandonado. Este fenómeno nos parece encerrar, al menos en parte, una falta de sistematización y de coherencia del derecho.

10. Cf. Henry MORUSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, 1948, principalmente, pp. 43-77; observaciones Frémicourt y Lerebours-Pigeonnière sobre el papel del juez, en *Travaux de l'association Henry Capitant*, t. 5. (1949), pp. 74-76; J. BELIN-MILLERON, *La logique du prétoire est une éthique*, D. 1954, chr. p. 127.

11. Lord MACMILLAN, *Deux manières de penser*, en *Introduction*, § 65, t. 2, pp. 3-17; Lord WRIGHT, y STONE, *op. cit. supra*, N° 136, nota 2.

y que sólo después de esta inducción es cuando el jurista francés osa deducir consecuencias particulares de los principios generales, cosa que el jurista inglés hace rara vez. En el fondo, el jurista francés siente que la vida es lógica y que si un principio, por ejemplo, es justo en ciertos casos de accidentes de automóvil, es necesariamente justo también en otros casos, si la lógica exige que sea extendido a ellos.¹² Este sentimiento no le impedirá verificar que el principio establecido en una serie de casos se aplica de manera satisfactoria a la segunda serie de casos; pero si la conclusión es negativa, dejará el principio en cuestión para la primera serie de casos y no cejará hasta encontrar un principio aplicable a todos los casos, o una diferencia de circunstancias que justifiquen lógicamente una diferencia de régimen.

142.—El último inconveniente del *case law* a los ojos de Geldart es el de su volumen y complejidad. “La riqueza de detalles y el hecho de que las reglas de derecho deben ser buscadas, dispersas en varios millares de volúmenes de colecciones de sentencias, hacen extraordinariamente pesado el derecho y difícil de conocer y enseñar.”¹

Esta opinión es ciertamente exacta respecto al *common law* inglés.² ¡Pero qué alcance adquiere respecto al *common law* de los Estados Unidos,³ con sus veinte o veinticinco mil volúmenes de colecciones de sentencias!⁴ Los editores han desarrollado a la perfección los *index*, los *digest* y todo el aparato editorial;⁵ pero el estudio serio de una cuestión jurídica no deja de ser, normalmente, una tarea aplastante. El abogado francés puede quejarse, con pleno derecho, de la abundancia de leyes nuevas, pero no puede formarse una idea de la avalancha de sentencias, así como de leyes y de reglas de origen administrativo, que abrumba a su colega americano. Se formará una idea del método de trabajo de éste, pero no de la importancia del mismo, pensando en las indagaciones que él puede haber efectuado en materia de

12. Cf. Lord MACMILLAN, *op. et loc. cit.*

142.—

1. Cf. GOODHART, *Precedent*, pp. 51-52; HENRY, *op. cit. supra*, N° 137, nota 4.

2. V. como ejemplos de la complejidad del *common law*, Norman S. MARSH, *The Wife's Interest in the Consortium*, “L. Q. R.” (1951), vol. 67, pp. 37-41; A. L. G., *Liability to Third Persons For Defective Accounts*, “L. Q. R.” (1951), vol. 67, pp. 173-178; W. Barton LEACH, *Perpetuities: Staying The Slaughter of the Innocents*, “L. Q. R.” (1952), vol. 68, pp. 35-59; nota A. F., “L. Q. R.” vol. 68, pp. 35-59; nota A. F., “L. Q. R.” (1952), vol. 68, pp. 307-311; J. H. C. MORRIS, *The Rule Against Perpetuities and the Rule in Andrews v. Partington*, “L. Q. R.” (1954), vol. 70, pp. 61-87.

3. Cf. POUND, *Sources*, p. 146 (b), 147 (e), 149.

4. Cf. *supra*, N° 113.

5. Cf. *infra*, Núms. 186-188.

responsabilidad civil, campo de derecho judicial. Comprenderá cuánta es su fortuna al encontrar en un pequeño *Code Dalloz*, apenas mayor que un libro de bolsillo, no sólo las disposiciones del Código, frecuentemente suficientes por sí mismas, sino un resumen de las sentencias que las han interpretado o completado, o poder, en rigor, referirse a un Código anotado casi completo en cuatro o cinco volúmenes.

En cuanto a la complejidad del derecho norteamericano, conviene, no obstante, con objeto de no exagerar, hacer notar que los veinticinco mil volúmenes de sentencias no tienen todos la misma importancia. En principio, sólo obligan las sentencias dictadas en el Estado, aunque de hecho, como se sabe, sea imposible desconocer las demás cuando la cuestión no está claramente resuelta por el derecho del Estado.⁶ Por otra parte, y sobre todo, las sentencias “envejecen” en los Estados Unidos mucho más de prisa que en Inglaterra.⁷ No es posible, desde luego, dar a este respecto una regla precisa,⁸ con tanta mayor razón cuanto que el derecho es mucho más estable en ciertos campos que en otros; parece, sin embargo, que el ritmo de envejecimiento es más rápido que en Francia.

143.—A los reproches que Geldart dirige al *case law*, pensando en Inglaterra, parece justo agregar uno que se ha dirigido con frecuencia al de los Estados Unidos y que consiste en su incapacidad para aplicar progresivamente las reglas jurídicas nuevas.¹

Mientras que el legislador establece una regla nueva que podrá ser objeto de aplicación progresiva, el juez declara una regla que se considera haber sido exacta siempre y se aplica de inmediato a situaciones anteriores. Y si bien, en los Estados Unidos, se han esforzado por diferir a veces la aplicación de la regla nueva,² es muy difícil lograrlo en cuanto al litigio en el cual el juez la ha establecido.³ Como ha escrito Bentham: “Cuando vuestro perro hace una cosa que quisiérais impedir, esperáis a que la haga y entonces le pegáis. Así hacéis el derecho para vuestro perro; pues bien, esa es también la forma en que los jueces hacen el derecho para vosotros y para mí.”⁴

El reproche, desde luego, se refiere a todos los jueces, sean norteamericanos, ingleses o franceses. La diferencia consiste en que el juez inglés no cambia sus decisiones y que su manera de hacer evo-

6. Cf. *supra*, N° 130.

7. Cf. *supra*, N° 116, texto y nota 21.

8. Cf. *supra*, N° 116, nota 21.

143.—

1. Cf. *supra*, Núms. 132 y ss.

2. Cf. *supra*, N° 133.

3. Cf. *supra*, N° 135.

4. *Works*, vol. 5, p. 231.

lucionar el derecho crea la incertidumbre, no una falsa seguridad; que el juez francés sólo excepcionalmente cambia su jurisprudencia, en tanto que tal actitud es frecuente por parte de su colega norteamericano.

144.—Dos conclusiones parecen deducirse de esta comparación entre los tres sistemas jurídicos: el *common law* de los Estados Unidos, el *common law* inglés y el derecho francés.¹

En primer lugar, el *common law* de los Estados Unidos está en ocasiones más cerca del derecho francés que del *common law* inglés; pero, ante todo, es el mismo. Su falta de certeza es realmente mayor que la del *common law* inglés, pero ambos parecen, por ese defecto común, oponerse, al derecho francés.² Por el contrario, parece más "perfectible" que el *common law* inglés, lo mismo que el francés, aunque los tres sistemas padecen una legislación reglamentaria prolífica.³ El número de reglas detalladas y prácticas, pero, como contrapartida, el volumen de fuentes formales del derecho y la complejidad de éste, le son comunes con el *common law* inglés.⁴ Y si bien escapa al reproche que puede dirigirse al *common law* inglés de proceder a distinciones ilógicas, incurre quizá igualmente en el de despreciar la lógica,⁵ y sus cambios de jurisprudencia le proporcionan un defecto particular.⁶

Este balance es interesante, en cuanto puede ayudar a deducir los resultados del debilitamiento de la regla del *stare decisis*, con la doble reserva, en verdad, de que las diferencias entre el *common law* inglés y el *common law* norteamericano no provienen únicamente, y quizá ni siquiera fundamentalmente, de ese debilitamiento, y que, inversamente, éste podría producir resultados muy diferentes en otras circunstancias.⁷

En segundo lugar, esta observación, que desea ser imparcial, de cualidades y defectos de los tres sistemas jurídicos: inglés, norteamer-

144.—

1. Recordemos que una comparación sobre la autoridad del precedente ha sido ya efectuada *supra*, Núms. 116 y ss.

2. Cf. *supra*, N° 137.

3. Cf. *supra*, N° 138.

4. Cf. *supra*, Núms. 139 y 142.

5. Cf. *supra*, N° 141.

6. Cf. *supra*, N° 143.

7. Parece evidente, que el rechazo de la autoridad absoluta del precedente en Inglaterra no habría tenido por efecto hacer el *common law* inglés parecido al *common law* norteamericano, ni siquiera desde el punto de vista de sus técnicas y estructuras. Por el contrario, el respeto absoluto del precedente en los Estados Unidos, conduciría a una situación (por otra parte difícilmente concebible) muy alejada de la situación inglesa. El número de magistrados, el de abogados y el de asutnos, son factores evidentemente fundamentales en la evolución del *common law*.

ricano y francés, presenta, de hecho, conclusiones favorables al derecho francés.

Se pueden encontrar para esto dos razones. En primer término, esta observación está hecha por franceses, cuyo deseo de imparcialidad no impide que sean jueces y partes. Cada sistema es modelado fundamentalmente por el espíritu de quienes lo aplican, que, por otra parte, contribuye a modelarlo como les conviene.⁸ El inglés, prudente y tradicionalista, incluso cuando es innovador; el norteamericano, aventurero, práctico y radical en la elección de medios; el francés, cartesiano, enamorado de las líneas claras y lógicas, no son simples clichés. Aun sin esta armonía, además, cada sistema sería lo suficientemente satisfactorio como para que quienes a él están habituados declaren con toda sinceridad que no desearían cambiarlo. Algunos son fieles a las producciones de la *Chrysler Corporation*; otros prefieren las de la *General Motors*; pero unos y otros tienen excelentes coches.

Dando su lugar a esta primera razón, podemos preguntarnos, sin embargo, si la técnica del derecho francés no es la más satisfactoria. La conclusión debe resultar de las observaciones precedentes, si es que son exactas. Además, nos parece un hecho de la experiencia que el práctico y el teórico franceses son más felices con su derecho —dejando a un lado las leyes de excepción, que existen en todas partes, o el derecho de la responsabilidad, que es un derecho judicial—, que el práctico o el teórico inglés o norteamericano. Particularmente en los Estados Unidos, las críticas dirigidas al derecho y a su técnica son a menudo muy vivas.⁹ En Inglaterra, el *common law* es objeto de un respeto que llega a la veneración — y es de admirar esta actitud, tanto más cuanto que, en la medida en que se aplica al conjunto de las instituciones, es uno de los factores de la grandeza británica. Pero este respeto no impide, aun a los autores más eminentes, criticarlo a veces bajo numerosos puntos de vista —nosotros recogimos los más importantes—; ¹⁰ pensar otras, que se hará impracticable en un tiempo relativamente breve —cien años por ejemplo—; ¹¹ o, hecha la experien-

8. Cf. Lord MACMILLAN, *op. cit. supra*, N° 141, nota 14; Peter HAMILTON, *The Civil Law and the Common Law*, "Harv. L. R." (1922), vol. 36, pp. 180-192. V. igualmente ANCEL, *op. cit.*, pp. 202-203; Henri LEVY-ULLMANN, *Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder l'étude du droit anglais*, "Bull. Soc. Lég. Comp.", 1919, pp. 64-98; Richard O'SULLIVAN, *The Philosophy of the Common Law*, "Current Legal Problems", (1949), vol. 2, pp. 116-138.

9. Principalmente por parte de los miembros de la escuela realista (cf. *infra*, N° 164).

10. A las numerosas referencias anteriores, *adde*, ALLEN, p. 331: "*Our system of precedents, then, is full of imperfections, and no good purpose is served by pretending that they are perfections*"; GELDART, p. 18: "*I have no doubt that the advantages of our system far outweigh the disadvantages. Still, the disadvantages are serious.*"

11. Cf. ALLEN, *op. cit. supra*, N° 137, nota 3.

cia, preferir el sistema francés.¹² Y a quienes explican esta preferencia por los peligros del estudio comparativo de los derechos y la ilusión que hace creer en la superioridad de un derecho, mientras que no se aprecian sus defectos,¹³ es fácil responderles,¹⁴ que la superioridad práctica de la codificación francesa ha sido reconocida por cierto número de *common lawyers* que lo han practicado,¹⁵ en tanto que ningún jurista de países de codificación, a lo que nosotros sabemos, ha declarado desear el sistema de la *case law*,¹⁶ cualesquiera que sean el respeto, la simpatía, la admiración incluso, que pueda experimentar hacia él.

Reconozcámoslo francamente —sin que por ello demostremos una menor amplitud de criterio que los *common lawyers* que acabamos de evocar—: la superioridad de la codificación nos parece evidente, sea cual sea el punto de mira que se adopte. Entre los prácticos, sólo el francés parece capaz de dar normalmente a su cliente una respuesta inmediata, si los hechos son claros, sin estar obligado a proceder a distinciones sucesivas para concluir finalmente que la cuestión es muy dudosa, si es que no aleatoria. Observemos la doctrina: después de la renovación de los métodos suscitada por Labbé, Gény, Saleilles, y la doctrina de fines del siglo XIX y principios del XX, no se ha planteado ya ningún problema de técnica;¹⁷ es incluso raro que critique un principio fundamental del derecho; dedícase, más bien, a exponer, sintetizar, sugerir o criticar soluciones particulares; en fin, aunque el francés tenga demasiado “filosófica la cabeza”, descuida bastante amplia-

12. Cf. Lord COOPER, *op. cit. supra*, N° 136, nota 2; HENRY, *op. cit. supra*, N° 137, nota 4; PARKER, *op. cit. supra*, N° 136, nota 1; AMOS, pp. 33-34: “aunque en su vida, más corta, el *common law* haya conocido un ritmo medio de evolución y desarrollo más rápido que el derecho codificado (*Civil Law*), sin embargo, lo cierto es, en mi opinión, que el derecho codificado da ciertas pruebas de un grado más avanzado de madurez”. Cf. igualmente AMOS and WALTER, *Introduction to French law* (1935), principalmente p. 4 y p. 27. También los juristas de Luisiana son en general muy afectos a su sistema tradicional (cf. *supra*, N° 80): v. principalmente MORROW, o DAGGET, DAINOW, HEBERT McMAHON, *op. cit. supra*, N° 80, nota 1, y STONE, *op. cit. supra*, N° 80, nota 1. Mostrándose bastante favorable a la codificación, Sir Maurice AMOS, es fiel a una tradición familiar: v. Sheldon AMOS, *An English Code, Its Difficulties, and the Modes of Overcoming Them* (1873), así como *The Science of Law* (1883).

13. HOLDSWORTH, *op. cit. supra*, N° 137, nota 3.

14. Cf. GOODHART, *op. cit. supra*, N° 137, nota 3.

15. V. *supra*, nota 12.

16. La técnica norteamericana de comisiones administrativas, por el contrario, nos parece que debería ser adoptada en Francia, al menos en algunos dominios (cf. *Le syst. const.*, t. 2, Núms. 329 y ss. — André TUNC, *L'effacement des organes légaux de la société anonyme*, D. 1952, chr. pp. 73-78. Dicha técnica ha inspirado, indudablemente, el Decreto de 9 de agosto de 1953, relativo al mantenimiento o restablecimiento de la libre concurrencia industrial y comercial.

17. Si dejamos a un lado, también aquí, sus protestas contra algunas leyes nuevas.

mente la filosofía del derecho,¹⁸ lo que también es una señal de satisfacción. Observemos, por último, el derecho mismo: las reglas francesas del mandato son simples y claras, mientras que en los Estados Unidos necesitan, para los estudiantes de la licenciatura, al menos un curso semestral;¹⁹ las substituciones están prohibidas, y el práctico de los Estados Unidos preferiría sin duda que fuese así, antes que verse casi incapaz de decir cuándo son válidas y cuándo nulas.²⁰

Para demostrar el valor del *common law*, se ha querido a veces hacer un argumento de la extensión territorial que se halla regida por él.²¹ El argumento es de escaso alcance. El *common law* es, naturalmente, aplicado sobre la casi totalidad de territorio de la *Commonwealth* británica, así como en los Estados Unidos, pero en ninguna otra parte. Cuando se ha encontrado con el derecho codificado y ha predominado sobre él, nunca fue, al parecer, por su propia fuerza. Además, ha sido derrotado por el derecho codificado²² e incluso por el derecho francés anterior a la codificación.²³ Cuando tantas influen-

18. A reserva de algunas brillantes excepciones, a la cabeza de las cuales hay que colocar al Decano Ripert, al Decano Roubier y a M. Motusky, así como a Jean Dabin y M. de Page, en Bélgica.

19. Hemos suprimido aquí, bajo las críticas muy legítimas que nos han sido hechas por el profesor Kurt H. Nadelmann (reseña de esta obra en "Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht", vol. 21, 1956), la comparación que establecíamos entre las reglas de la prueba en el derecho francés y las reglas de la prueba en el *common law*. Una comparación pura y simple es imposible, a causa de las diferencias que presentan los cuadros dentro de los cuales juegan esas reglas de la prueba: la audiencia francesa y el *trial* inglés.

20. Tal es, en efecto, la situación en la materia de los *future interests*.

Puede ser que nuestros puntos de vista parezcan optimistas incluso a algunos franceses. Les bastará con estudiar, según creemos, algunos aspectos del derecho inglés o del derecho norteamericano para convencerse de la exactitud, por lo menos relativa, de las mismas.

21. Cf. R. W. LEE, *The Civil Law and the Common Law*, "Mich. L. R." (1915), vol. 14, pp. 89-101. Véase John H. WIGMORE, en *The Future*, pp. 57-61 ó *L'avenir du Système juridique anglo-américain*, en *Introduction*, § 74, t. 2, pp. 104-108. Confróntese también AMOS, 53.

22. En Luisiana principalmente, así como en Puerto Rico, en Cuba y en las Islas Filipinas. Cf. —para Luisiana— Joseph DAINOW, Introducción a su edición 1947 del *Louisiana Civil Code*, pp. 14-15, e *Introductory Commentary to the Louisiana Civil Code*, pp. 13-16, introducción al *West's Louisiana Civil Code* (15 vols. 1952-1953). Edouard LAMBERT, *Common Law et Droit civil. Leurs branches américaines. L'étude comparative de ces branches*, "Bull. Inst. dr. comp. Lyon", 1941, pp. 1-89; — para Puerto Rico, Manuel RODRÍGUEZ RAMOS, *Interaction of Civil Law and Anglo-American Law in the Legal Method in Puerto Rico*, "Tul. L. Rev." (1948), vol. 23, pp. 1-37, 345-367.

23. Principalmente en la Provincia de Quebec. Cf. P. B. MIGNAULT, *Les rapports entre le droit civil et la common law au Canada, spécialement dans le province de Québec*, en *Introduction* § 372, t. 2, pp. 88-93; Chief Justice THIBAudeau RINFRET, *The Civil Law and the Common Law*, "N. Y. Un. L. Quart. Rev." (1948), vol. 23, pp. 8-14; Louis BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec*, 1953.

cias de *common law* se ejercen sobre el derecho de Luisiana, parece evidente que si la codificación no fuese un sistema intrínsecamente superior, éste no hubiera seguido siendo, después de un siglo y medio, un derecho codificado. Por el contrario, no hay necesidad de subrayar en el activo de los derechos codificados, el hecho de que, salvo muy raras excepciones, han sido ellos los tomados como modelo por los países que han querido modernizar su derecho:²⁴ si las instituciones inglesas y norteamericanas son raramente "transportables" a un suelo extranjero, nada es ciertamente tan "intransportable" como el *common law*; sin que ello disminuya un ápice el valor que posee.

Respecto a la influencia del derecho codificado sobre el *common law*, v. *supra*, N° 81, texto y nota 20; pero v. recíprocamente, R. H. GRAVESON, *De l'influence de la comon law sur les systèmes de droit civil existant dans le Commonwealth britannique*, "Rev. int. de dr. comp." (1953), pp. 658-671.

24. Cf. WIGNORE, *op. cit.*, *loc. cit. supra*, nota 21.