

CAPÍTULO VI

LA IDEA DE *COMMON LAW*

1. ALGO DE HISTORIA Y UNA COMPARACIÓN

Una concepción popular imagina que el derecho es una colección de reglas escritas en un reglamento maestro. Esta imagen lleva a la confusión de muchas maneras, especialmente en que la idea del derecho como un reglamento es particularmente poco apta para dar cuenta del sistema jurídico típico del *common law*. Estos sistemas, todos los cuales deben sus orígenes a la Inglaterra de la Edad Media, ahora incluyen a los de Gran Bretaña, los Estados Unidos de Norteamérica, Nueva Zelanda, Canadá (con la excepción del sistema jurídico provincial de la Provincia de Quebec), Irlanda, Ghana, Malasia, las Bermudas y la mayor parte de los países que durante períodos cruciales de su historia estuvieron de algún modo bajo el régimen colonial inglés. Estos sistemas conforman la familia del *common law*, familia que tiene como ancestro común el derecho de Inglaterra desde la época de la Carta Magna en adelante¹. Se trata, también, de una familia cuyos métodos y estructura, como veremos, difieren de todas las demás familias jurídicas. Cuando la gente habla del *common law*, o de un sistema de *common law*, se refieren al enfoque general de los sistemas jurídicos en esos países, y busca distinguir el enfoque del *common law* del conocido como *civil law*, que existe en los países que derivan de la tradición jurídica del derecho romano y el Código de Napoleón francés, así como del derecho islámico, el chino, el socialista y otros sistemas jurídicos.

¹ Los trabajos principales sobre los orígenes históricos del *common law* incluyen BAKER, 2002; MILSOM, 2003; 1981; PLUCKNETT, 1956; POSTEMA, 2003.

La característica principal del *common law* en su forma más pura —el arquetipo, no la realidad— es la ausencia de un código maestro de leyes. Los países del *common law* han heredado de Inglaterra un sistema jurídico en el cual las reglas escritas son menos importantes para la imagen popular tradicional del derecho, y en el cual el derecho creado por los jueces —un derecho creado en el proceso de la decisión de las disputas particulares— ocupa el escenario principal. En el *common law* puro, que existe más como caricatura que como una representación de algún sistema jurídico real, se espera que los jueces resuelvan las disputas particulares, y que lo hagan sin referirse a leyes o a otra forma de regla jurídica. Los jueces toman sus decisiones sobre la base de su propio sentido de la justicia, razonabilidad, costumbre y buenas políticas, y luego ofrecen razones para sus decisiones. En virtud de la operación de un sistema de precedentes y de registros, los tribunales futuros aprenden lo que sus antecesores han hecho, y las ramas del derecho se desarrollan a través del tiempo sin que existan códigos, leyes o reglamentos. El derecho es creado por los jueces. Así, cuando la gente se refiere a la creación legal caso por caso, está hablando en gran medida del método central del *common law*, mediante el cual el derecho es creado de manera gradual en el proceso de resolución de litigios particulares y en el cual podría no haber nunca una formulación clara y canónica de una regla jurídica específica. Por consiguiente, hablar de una regla del *common law* es referirse a una regla extraída de una colección de votos de jueces. Como observó Oliver Wendell HOLMES, «El mérito del *common law* es, que primero resuelve el caso y luego determina el principio»².

Las reglas del *common law* no solo son creadas en el proceso de la resolución de los casos específicos, sino que también son *derrotables*³. Esto es, que toda regla del *common law* es tentativa, continuamente abierta a ser derrotada en un caso particular, o sujeta a modificaciones en la medida en que surjan nuevas situaciones. Es característico del método del *common law* que los jueces tengan el poder para cambiar las reglas en el propio acto de aplicarlas, típicamente en una situación hasta allí desconocida en la cual la regla existente daría lugar a una solución deficiente. Así, H. L. A. HART sostuvo que una regla que termina con una cláusula «a menos que» sigue siendo una regla⁴, e insistió en que una característica importante del *common law* es que la lista de «a menos que» posibles nunca puede determinarse con anticipación. El juez POSNER expresó la misma

² HOLMES, 1870.

³ Véase HART, 1994: 136. Para una explicación más profunda, véanse BAKER, 1977: 26; CHAPMAN, 1998. Con respecto a la posición que sostiene que la derrotabilidad es una característica importante del *common law* pero no, contra HART, del derecho mismo o necesariamente de las reglas jurídicas, véase SCHAUER, 1998b.

⁴ HART, 1994: 110.

idea al argumentar que las reglas jurídicas están siempre y necesariamente sujetas a «excepciones *ad hoc*»⁵.

El modo en el cual las reglas del *common law* son continuamente revisables posibilita que los jueces moldeen y reformulen las reglas frente a la realidad cambiante y ajusten las reglas para mejorarlas en cuanto las situaciones nuevas presentan oportunidades para un refinamiento continuo⁶. El *common law* «se purifica a sí mismo», dijo Lord MAINSFELD⁷, en una frase que luego hizo famosa el jurista norteamericano Lon FULLER⁸. Estas palabras sirven para captar la creencia de que el *common law*, al ser fluido y siempre mejorable en las manos de los jueces, alcanza gradualmente una perfección en la cual las reglas casi nunca dan lugar a soluciones subóptimas.

Esta imagen del *common law* no tiene instanciaciones en el mundo real. Aun en los días más lejanos del *common law* inglés, las leyes con formulaciones verbales fijas han jugado un rol importante. Y en nuestros días, los países desarrollados del *common law* se apoyan cada vez más en leyes precisas, detalladas, complejas y, con frecuencia, muy largas. Aun el análisis más breve de leyes como la Enmienda de 1990 al *Clean Air Act* y la Ley de Sociedades de 1933, por ejemplo, o aun la mirada más superficial sobre el Código Procesal Federal, determinarán, sin lugar a dudas, que la imagen de que los jueces crean el derecho desde la nada, aun si esta fuese una descripción correcta de un sistema jurídico del *common law*, difícilmente represente al derecho en los países desarrollados y modernos del *common law*. Más aún, incluso sin hablar de las leyes y reglamentos, como las teorías del *common law* persisten a través del tiempo, se atrincheran y osifican cada vez más. Sus contornos se vuelven más conocidos y sustancialmente menos maleables. Esta cristalización de las teorías del *common law* las convierte en más fácilmente cognoscibles, sin duda, pero también en menos capaces para lidiar con las exigencias inesperadas de los casos particulares.

Aunque la imagen de un sistema del *common law* completamente creado por los jueces es una caricatura, captura características importantes de la resolución de conflictos en los países del *common law*. El juez es, en efecto, una figura central en el *common law*, y las decisiones judiciales, por virtud de un sistema de precedentes, son la piedra de toque común para los

⁵ POSNER, 1988: 834-835.

⁶ Véase EISENBERG, 1988.

⁷ «[E]l *common law*, que se purifica a sí mismo mediante las reglas extraídas de la fuente de la justicia, es por esta razón superior a un acto del Parlamento». *Omychund v. Barker*, 26 Eng. Rep. 15, 23 (Ch. 1744) (juez Lord Mansfield).

⁸ «El *common law* se purifica a sí mismo y se adapta a las necesidades de cada día». FULLER, 1940: 140.

argumentos jurídicos del *common law*. Aun al interpretar leyes detalladas, la estructura mental del *common law* habitualmente persiste, y las interpretaciones judiciales de las leyes se vuelven tan importantes como las leyes mismas⁹. En efecto, el espíritu del *common law* es en gran parte el espíritu de un crecimiento gradual centrado en los jueces, en el cual la necesidad de resolver litigios concretos va conformando el desarrollo, gradual y basado en la experiencia, del derecho¹⁰.

La caricatura del *common law* como enteramente formado por leyes creadas por los jueces contrasta, con provecho, con la caricatura estándar del derecho continental, la familia jurídica que existe en Europa continental, América del Sur y Central y los países cuyos sistemas jurídicos se formaron mientras eran colonias o estaban controlados o influidos por Francia, España, Portugal, Holanda y, más raramente, Alemania e Italia. De acuerdo con esta caricatura, todo el derecho está contenido en una o una serie de libros canónicos de reglas, típicamente llamados *códigos*. Los códigos de los países del derecho continental tienen su origen, vagamente, en el derecho romano y el Código de Justiniano y, con mayor frecuencia y menor vaguedad, en el Código de Napoleón, impuesto en gran parte de Europa durante la dominación napoleónica, a finales del siglo XIX. Así como la ubicación geográfica del *common law* se explica mediante los patrones de la dominación colonial inglesa, la ubicación del derecho continental, sea en Quebec, Argentina, Brasil o Indonesia¹¹, es primariamente una función del éxito de las armadas francesa, española, portuguesa y holandesa.

La imagen estándar del derecho continental es una en la cual el derecho solo es creado por los parlamentos, y no por los jueces, y en la cual el código es una regulación completa con consistencia interna, de virtualmente toda la actividad humana. Aunque los jueces del derecho continental tienen su papel en la interpretación del código en los casos difíciles, constantemente buscan guiarse en los propios códigos, tratando a las decisiones anteriores de otros jueces, en el mejor de los casos, como ejemplos levemente iluminadores de cómo otros han lidiado con los mismos problemas. Así, en estos sistemas los precedentes son una idea mucho menos importante, pues la mayor parte del

⁹ Véase CALABRESI, 1982.

¹⁰ Existe una bibliografía importante, primero desde una perspectiva económica, en la medida en que la *evolución del common law* tiende sistemáticamente hacia el desarrollo y en la medida en que factores tales como el efecto de selección (véase apartado 2 del capítulo II) y otras formas de incentivos para los litigantes distorsiona la evolución del *common law* de una u otra manera. Entre las contribuciones más destacables, algunas apoyando una posición acerca de la eficiencia general del método del *common law* y otros enfrentándola, están EPSTEIN, 1982; 1980; HADFIELD, 1992; HEINER, 1986; HOVENCAMP, 1985; LANDES Y POSNER, 1979; PRIEST, 1977; ROE, 1996; RUBIN, 1982; 1977; WHITMAN, 2000.

¹¹ Y aun en gran medida en la ley estatal de Louisiana, debido a sus orígenes franceses.

derecho no se encuentra en un conjunto casual de votos de jueces sino en códigos detallados, completos e internamente coherentes¹².

Como la imagen estándar del *common law*, esta imagen del derecho continental es mucho más caricatura que realidad. Los países con sistemas de derecho continental reconocen que un código que determina previamente las soluciones para todas las transacciones es un «noble sueño»¹³, que no existe en ninguna parte en la vida real. En los países con sistemas de derecho continental, los jueces (así como los autores académicos influyentes y que gozan de autoridad) tienen un poder considerablemente mayor, así como una mayor discrecionalidad, los precedentes son una idea más ampliamente aceptada y la creencia en que los jueces tienen la función no solo de interpretar el derecho sino también de crearlo se está generalizando. En efecto, los comparativistas refinados suelen hablar acerca del fenómeno de la convergencia, según el cual elementos del *common law*, como los precedentes, están creciendo en los países de derecho continental así como elementos del derecho continental —especialmente, el uso de leyes detalladas— se están masificando en países del *common law*¹⁴. Aunque la convergencia entre el *common law* y el derecho continental todavía carece de congruencia, la afirmación típica en torno a la convergencia insiste en que estamos acercándonos a un punto en el cual las semejanzas entre los sistemas del *common law* y del derecho continental son más importantes que las diferencias, y en el cual las diferencias entre sistemas jurídicos y familias jurídicas son mucho más probablemente una función del desarrollo y las necesidades políticas y económicas modernas que del país que resultó ser colonizador varios siglos atrás.

Aunque la convergencia es la posición sofisticada en nuestros días, sería bueno que no lo fuera demasiado. En cuanto al estilo, el tono, la actitud e inclusive, en alguna medida, su estructura formal, los sistemas del *common law* difieren de manera genuina de los del derecho continental. Los jueces siguen siendo figuras jurídicas sustancialmente más centrales en los países del *common law* que en sus contrapartes del derecho continental, y tratar el código en lugar del caso como la piedra de toque para la argumentación jurídica sigue siendo la característica principal de la conciencia del derecho continental. Aunque existe mucha superposición y una convergencia considerable entre el *common law* y el derecho continental, todavía hay más que una pizca de realidad en la observación de que el derecho continental está sustancialmente centrado en los códigos mientras que el *common law* sigue estando sustancialmente centrado en los jueces.

¹² Para introducciones más minuciosas al derecho continental, véanse APPLE Y DEYLING, 1997; GLENN, 2007; VON MEHREN Y GORDLEY, 1977; MERRYMAN Y PÉREZ-PERDOMO, 2007.

¹³ Véase HART, 1977.

¹⁴ E.g., MERRYMAN, 1969: 24-25; PISTOR, 2002.

2. SOBRE LA NATURALEZA DEL *COMMON LAW*

Ante este contraste básico entre el *common law* y el derecho continental, y con algo de historia como guía, es momento de examinar más profundamente las características fundamentales del razonamiento en el *common law*. La más importante de estas ideas es la naturaleza de la creación del derecho en el *common law*, centrada en los jueces y en los casos. El libro de casos típico de los Estados Unidos es tan familiar que hace que la importancia de los votos de los jueces parezca natural y obvia, pero vale la pena detenerse en el hecho de que los estudiantes de derecho norteamericanos inicialmente son expuestos a lo que es el derecho a través del uso de libros que contienen conjuntos de decisiones judiciales. En efecto, aunque los libros de casos modernos contengan provisiones legales y reglamentarias numerosas, así como preguntas, comentarios, extractos de libros y artículos y, a veces, aun dibujos y fotografías, es importante tener en mente que el libro de casos tradicional es justamente eso: un conjunto de casos o, con más precisión, un conjunto de votos de jueces. En el libro de casos tradicional, lo que viene después de un caso no es una serie de preguntas o problemas o comentarios, sino el caso siguiente, y luego el siguiente, y el siguiente después de él. Tradicionalmente, y aún ahora en gran medida, los estudiantes esperan aprender derecho leyendo votos de jueces.

Aunque el voto de los jueces ocupe el escenario central en el *common law*, no debemos olvidar que los votos en las apelaciones no son más que la instancia final de un proceso que se inicia con un litigio particular. Sea a través de la experiencia sorprendente de la señora Donoghue en el café¹⁵, el desafortunado accidente de tránsito del señor MacPherson¹⁶, la confusión que surgió a partir de la coincidencia de que existieran dos barcos en el puerto de Liverpool llamados *Peerless*¹⁷, la extraña serie de sucesos que causaron un daño a la señora Palsgraf¹⁸ o la crecida en la propiedad del señor Ryland¹⁹, es central para entender el *common law* que reconocemos la medida en la cual el derecho es creado, desarrollado y cambiado en el contexto de litigios particulares entre individuos particulares.

Durante generaciones, el *common law* ha estado vinculado a la posición que sostiene que crear reglas jurídicas en el llamado crisol de la experiencia es una buena manera de crear y desarrollar el derecho. Naturalmente, en

¹⁵ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562.

¹⁶ *MacPherson v. Buick Motor Company*, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916).

¹⁷ *Raffles v. Wichelhaus*, 2 H. & C. 906, Eng. Rep. 375 (Ex. 1864).

¹⁸ *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928).

¹⁹ *Rylands v. Fletcher*, 2 L.R. 3 H.L. 330 (1868).

tiempos antiguos una referencia así de casual acerca de que los jueces del *common law* «crean» derecho habría dado lugar a una objeción vehemente. Se decía que los jueces del *common law* no creaban derecho, sino que lo «hallaban», y usaban casos concretos para hallar el derecho preexistente, cuya preexistencia estaba en la razón humana, la ley natural derivada de Dios o alguna otra cosa tan misteriosa como esas. Cuando HOLMES se refirió burlescamente al *common law* como una «omnipresencia amenazante en el cielo»²⁰, el blanco de su sorna era la idea tradicional sobre el *common law* de que los jueces usaban los litigios particulares no para crear derecho sino para encontrar un derecho prefijado que siempre había estado allí.

Aun en los primeros años del *common law*, muchos jueces y académicos tenían una visión mucho más realista a su respecto. Reconocían que el derecho era creado y no descubierto por los jueces, pero creían que acomodar el derecho en el contexto de las decisiones de los litigios particulares seguía siendo, con mucho, la mejor manera de crear derecho. A diferencia del derecho continental, que se apoyaba en especulaciones abstractas acerca de los actos, eventos y controversias a las cuales el derecho habría de aplicarse, el *common law* creaba derecho solo, o al menos principalmente, teniendo a la vista litigios reales entre personas reales, y luego decidiendo cómo debían resolverse esas disputas. La razón artificial que postuló COKE²¹ ayudaría a los jueces a resolver esos litigios, y a través del tiempo las decisiones serían cada vez más guiadas por las decisiones anteriores y el concepto de precedente, pero la idea central seguiría siendo que los jueces crean el derecho sobre la base de controversias concretas.

No está del todo claro si las presuposiciones psicológicas de la creación del derecho en el *common law* son completamente fundadas. Permitir que los litigantes de una disputa particular argumenten sobre su controversia podría bien ser la mejor manera de resolver esa disputa, pero si vamos a entender al método del *common law* como basado en parte en la premisa de que fijarse en una controversia particular y concreta es una manera confiable de crear el derecho que afectará a casos futuros diferentes, en este método está implícita la creencia en que el caso ante el tribunal puede ser representativo de los casos de ese tipo. Por lo tanto, cuando el tribunal que resuelve llega a la mejor solución para ese caso particular, en el proceso ha encontrado la mejor solución para el tipo de caso ejemplificado por el caso particular. O eso es lo que parece creer el *common law*.

Sin embargo, lo que el *common law* parece creer puede no ser realmente así. En los últimos años, los psicólogos han estudiado lo que a veces se lla-

²⁰ *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205: 222 (1917) (juez HOLMES, en voto particular).

²¹ Véase capítulo I, *supra*.

ma *heurística de la disponibilidad*, de acuerdo con la cual la gente comúnmente toma lo más visible, aparente o próximo a ella como representativo de un rango más amplio de eventos, y lo hace aun cuando el ejemplo más disponible no es, en realidad, especialmente representativo²². Por ejemplo, si hubiese habido un huracán la semana pasada, la gente tendería a pensar que la ocurrencia de huracanes es más probable de lo que realmente es, y si alguien conoce a un neurocirujano en una fiesta, podría pensar que hay más neurocirujanos en el mundo, o en la población de los médicos, de lo que es realmente el caso.

Si la heurística de la disponibilidad es un problema genuino, y en consecuencia la gente toma, en general, los eventos próximos como irrealmente representativos, es al menos posible que un juez que ve ante él todos los detalles de un litigio real entre gente real no esté en una posición ideal para crear el derecho que regirá una categoría más amplia de litigios. El propio proceso de atender y tener que decidir un litigio concreto podría conducir al juez a sobrestimar la representatividad de este litigio respecto del conjunto de litigios de este tipo; pensar que otros casos dentro de una categoría más amplia son como este cuando de hecho no lo son. En la medida en que un juez que crea derecho está creando derecho para la categoría de casos a la cual el caso ante él pertenece, tomar como punto de partida un litigio vívido en un caso concreto podría producir unas circunstancias menos ideales para crear derecho que lo que algunos defensores del método del *common law* parecen creer²³.

Así, aun si esta precaución acerca de la falta de representatividad del litigio particular merece ser tenida en mente, no debería distraernos demasiado del reconocimiento de la idea básica del *common law* como un sistema en el cual el derecho es creado, desarrollado y cambiado en el contexto de controversias realmente litigadas. Ni deberíamos ignorar la que bien podría ser la respuesta del *common law* a la objeción de la falta de representatividad. Se dice²⁴ que el *common law* opera caso por caso, y por eso posee la capacidad para ver no sólo el primer caso sobre cierto tema sino todos los casos subsiguientes. Si la primera decisión era correcta para los litigantes en esa disputa, pero se apoyaba en razones o en un voto que podría dar lugar a una solución menos deseable en un caso posterior, el tribunal del caso posterior puede realizar los cambios necesarios. Cuando Lord MANSFIELD presentó la metáfora del *common law* «purificándose a sí mismo», a la vez estaba defendiendo la perspectiva que adopta el *common law* y ofeciendo

²² La idea original está en TVERSKY y KAHNEMAN, 1974: 1127. Véanse también PLOUS, 1993: 125-126; 178-180; REYES, THOMPSON Y BOWER, 1980.

²³ Para una versión más extensa de este punto, véase SCHAUER, 2006b.

²⁴ Véase SUNSTEIN, 2000.

una comprensión realista del hecho de que el *common law* no necesariamente da en el blanco la primera (o aun la segunda, o la tercera) vez. Pero MANSFIELD pensaba que el *common law* es autocorrector. Aunque en la época de MANSFIELD no existían las cámaras de fotos, la mejor analogía podría trazarse con la actividad de enfocar. Cuando el fotógrafo mira a través del visor y ve una imagen borrosa, fuera de foco, mueve el control del foco en una dirección y, por lo general, se pasa. Entonces vuelve hacia atrás, una y otra vez, continuamente hacia una y otra dirección, cada vez acortando la distancia entre donde ha enfocado y el punto más o menos perfecto de foco. Lord MANSFIELD y sus herederos creían, de manera parecida, que el *common law* corrige sus errores de manera continua, sustituyendo progresivamente pequeños errores por otros más grandes en el camino hacia la perfección y, así, se purifica a sí mismo.

3. ¿CÓMO CAMBIA EL COMMON LAW?

La imagen clásica del *common law* no es solo aquella en la cual contiene entre sus métodos la capacidad de corregir sus propios errores previos. También es aquella en la cual es lo suficientemente flexible como para adaptarse a las condiciones sociales cambiantes. El voto del juez CARDOZO en *MacPherson v. Buick Motor Company* es un ícono del *common law* norteamericano en parte porque en el momento en el cual se desarrolló la teoría del vínculo contractual, mucho antes del caso *MacPherson*, no había ni muchos automóviles ni muchas transacciones de consumo a gran escala. Pero, se sostiene, aunque la teoría del vínculo contractual surgió en un momento económica, tecnológica y culturalmente distinto, ni la invención del automóvil ni los cambios sustanciales en el modo en el cual los consumidores compraban lo que necesitaban excedieron la capacidad de adaptación del *common law*. Se dice que el juez CARDOZO reconoció esto, y que por eso el caso *MacPherson* ejemplifica la capacidad del *common law* para evolucionar como respuesta a las circunstancias cambiantes. El caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*²⁵ hizo lo propio con respecto a los cambios económicos en la relación entre el consumidor y el vendedor. El desarrollo de la responsabilidad objetiva lo hizo con respecto a los productos peligrosos²⁶. Las teorías del goce pacífico, el desalojo presupuesto y la garantía implícita lo hicieron con el surgimiento de la era moderna y

²⁵ 161 A.2d 69 (N.J. 1960). Véase también *Williams v. Walker Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).

²⁶ Véase, e.g., *West v. Caterpillar Tractor Co.*, 336 So. 2D 80 (Fla. 1976); *Sovada v. White Motor Co.*, 210 N.E.2d 182 (Ill. 1965); *Restatement (Second) of Torts* §402A (1965).

las nuevas sensibilidades acerca de las relaciones entre el propietario y el arrendatario de un predio²⁷. Los defensores del *common law* sostienen que en todas esas instancias, y en muchísimas otras, su belleza y majestad se aloja principalmente en su capacidad para cambiar como respuesta a un mundo cambiante.

Pero ¿cómo hace eso el *common law*?²⁸. El vehículo principal para el cambio del *common law* es su capacidad para modificar sus reglas cuando están siendo aplicadas. Antes del caso *Henningsen v. Bloomfield Motors*, la regla aplicable en Nueva Jersey, como en todos lados, era que las partes estaban sujetas a los términos de sus acuerdos escritos, excepto en casos de fraude o incapacidad contractual. Esto es en alguna medida una simplificación, pero capta la idea general de que antes del caso *Henningsen* existía una regla jurídica básica e indiscutida, y el aspirante a abogado que no la conociera podría esperar problemas para aprobar el examen de colegiación en Nueva Jersey. A diferencia de muchos otros casos que han contribuido al desarrollo de áreas particulares del derecho, o en las cuales el derecho era vago o ambiguo, o en donde se oponían dos reglas jurídicas igualmente aplicables. Había una regla, y era bastante clara para la mayoría de las situaciones²⁹. Y lo que es más importante, la regla era clara con respecto a la solución que indicaba para el litigio en cuestión: el señor Henningsen había firmado una exención de responsabilidad, y como lo había hecho, debía cumplir con sus términos.

Obviamente, esto no es lo que resultó finalmente. Cuando el caso llegó a la Corte Suprema de Nueva Jersey, el alto tribunal concluyó en que la aplicación de la regla existente a esos hechos sería injusta, por lo que cambió la regla en el mero proceso de aplicarla. Aunque la regla preexistente habría negado a Henningsen su derecho a recobrar el predio, la regla modificada en el propio caso contenía una excepción para contratos de consumo abusivos impuestos a los consumidores bajo circunstancias de negociación inequitativas, por lo que Henningsen se impuso bajo la nueva regla creada por —y en— su caso, aun cuando no habría ganado el juicio bajo el derecho existente antes del caso.

Se puede contar una historia parecida acerca de la mayoría de los otros ejemplos notorios de cambios en el *common law*. La regla que existía en

²⁷ Véase, e.g., *Javins v. First National realty Corp.*, 428 F.2d 1071 (D.C. Cir. 1970); *Park West Management Corp. v. Mitchell*, 391 N.E.2d 1288 (N.Y. 1979); *Johnson v. Pemberton*, 97 N.Y. Supp. 2D 153 (Bronx Mun. Ct. 1950).

²⁸ Para apreciar las perspectivas económicas sobre los incentivos y la dinámica de los cambios del *common law*, véanse los aportes citados en la nota 9, *supra*.

²⁹ Como la Corte Suprema de Nueva Jersey reconoció con claridad, citando el caso *Fivey v. Pennsylvania R.R.*, 52 A. 472 (N.J. 1902), con respecto a la propuesta.

Nueva York antes del caso *MacPherson* habría llevado a rechazar la responsabilidad sobre la base de la falta de vínculo contractual entre MacPherson y la Buick Motor Company. La regla que regía la herencia en Nueva York antes del caso *Riggs v. Palmer*³⁰ habría permitido, probablemente, a los beneficiarios heredar aun si hubieran asesinado al testador. Como estos y otros casos demuestran, es característico del cambio del *common law* que las reglas sean cambiadas en el mero proceso de su aplicación.

El que las reglas del *common law* a veces cambien cuando son aplicadas, da lugar a un cúmulo de consecuencias curiosas. Una es el problema de la retroactividad. Es que no solo la regla se cambia en un caso particular, sino que las reglas cambiadas son aplicadas a las partes en ese mismo caso, aun si hubieran planeado sus actividades basándose en la regla anterior. La Buick Motor Company presuntamente había confiado en la ausencia de responsabilidad respecto de los consumidores de varias maneras, quizás incluyendo la redacción de exenciones de responsabilidad y decidiendo cuántos recursos reservar para afrontar la responsabilidad futura o qué tipo de seguro contratar y por qué monto. Pero luego la Cámara de Apelaciones de Nueva York no solo cambió la regla, sino que la cambió con retroactividad. Buick resultó responsable no solo frente a los compradores de sus automóviles a través de sus concesionarios en lo futuro, sino también frente al señor MacPherson en ese momento, aun cuando la nueva regla, por supuesto, no existía cuando MacPherson compró su automóvil Buick. ¿Cómo puede ser justo algo así?

Es precisamente esta característica del cambio del *common law* la que ha llevado al filósofo del derecho Ronald DWORKIN a insistir en que casos como *MacPherson*, *Riggs* y *Henningsen* no son en realidad casos de cambio³¹. Él sostiene que sí, que existía algo que parecía una regla jurídica cuando los casos surgieron, pero también existían principios más amplios, como el principio, expresado ya en el siglo XIX, de que nadie puede beneficiarse de su acto ilícito. Así, cuando en el caso *Riggs v. Palmer* la Cámara de Apelaciones de Nueva York resolvió en contra de Elmer Palmer, el nieto que había asesinado a su abuelo para heredarlo de acuerdo con su testamento, lo hizo sobre la base del principio «nadie debe beneficiarse de su acto ilícito», una característica del caso que lleva a DWORKIN a concluir en que el derecho no cambió en absoluto. DWORKIN insiste en que el principio todo el tiempo era parte del derecho, y que lo que parecía un cambio en el derecho era, en verdad, un ejemplo de un tribunal que excavó más profundo para desenterrar una respuesta correcta preexistente, y no creó una nueva.

³⁰ 22 N.E. 188 (N.Y. 1889).

³¹ DWORKIN, 1977; véase también DWORKIN, 1986.

Las afirmaciones de DWORKIN han sido objeto de un debate extenso y valioso³², pero las controversias jurídicas no nos interesan demasiado aquí. Para nuestro fin, lo importante es solo destacar la cuestión compleja de la retroactividad. Porque cuando el *common law* cambia sus reglas sobre la base de principios más amplios, como en el caso *Riggs*, o aun cuando cambia sobre la base del entendimiento por parte del tribunal de las condiciones sociales variables, como podría sostenerse que sucedió en casos como *Henningsen*, es una característica notable del *common law* que los tribunales a veces percibirán, en el contexto de un caso particular, que la regla preexistente necesita un cambio a gran escala o una modificación a pequeña escala. Y cuando un tribunal del *common law* considera que es necesario un cambio, el cambio que realiza se aplica no solo para lo futuro, sino en el mismo caso.

DWORKIN entiende que en el caso *Riggs* no se produce ningún cambio, pero su conclusión habría sido sorprendente para Elmer Palmer, quien en teoría pudo haber planeado sus actividades bajo la ley que, razonablemente, consideraba vigente, solo para ver que la Cámara de Apelaciones de Nueva York le quitaba el suelo bajo sus pies. Y aun si es difícil tener mucha simpatía por Elmer, sería más fácil simpatizar cuando el cambio en el derecho se apoya en la posición del tribunal de que una regla ha de ser cambiada simplemente porque un cambio en el mundo ha tornado obsoletas a las políticas que dan apoyo y obligatorias a las que apoyan a una regla nueva. Por ejemplo, una gran parte de lo que hizo la Corte Suprema de Nueva Jersey en el caso *Henningsen* se basó en la determinación de ese tribunal sobre que la naturaleza económica de las relaciones de consumo había variado de manera drástica y que esa variación en las condiciones sociales y económicas hacía necesario un cambio en las reglas que regían las cláusulas de exención de responsabilidad. Del mismo modo, podemos imaginar que un tribunal considere que la determinación de si un camarote de un barco de vapor debe regirse por las leyes que regulan a los vagones dormitorio de los trenes o por aquellas, más favorables para los inquilinos, que se refieren a los posaderos, podría variar con el tiempo, en la medida en que los viajes nocturnos en barco de vapor fuesen más comunes y más necesarios³³.

En las explicaciones tradicionales del *common law*, esos ejemplos de cambios basados en políticas suelen ocultarse bajo el lenguaje misterioso

³² Para una respuesta importante a DWORKIN sobre la cuestión de la retroactividad, véase KRESS, 1984; Sobre su postura sobre «la única respuesta correcta», algunas de las mejores y más tempranas respuestas están en COHEN, 1984 y en ALEXANDER y BAYLES, 1980.

³³ Véase *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, 45 N.E. 369 (N.Y. 1896), discutido en el capítulo V.

de la *razón*, y otras veces bajo la idea también misteriosa de la *costumbre*³⁴. Siempre se ha creído que el *common law* se basa en la costumbre. Pero ¿qué es la «costumbre»? ¿La costumbre de quiénes es la referida? Rara vez está claro si la costumbre es el propio *common law* —derecho consuetudinario frente a derecho legislado—, si el *common law* concibe su tarea como una que, en parte, refleja las costumbres cambiantes de la sociedad de la cual forma parte, o si la costumbre que encarna el *common law* es una costumbre jurídica creada por los jueces, frente a la costumbre de la sociedad en su conjunto. Pero más allá de si se trata de costumbre o de razón, y de quién es el titular de esa costumbre que compone el derecho consuetudinario, es difícil negar que una característica central del *common law* es que sus tribunales se fijarán en la sociedad a la que pertenecen, y no solo en los casos previos, para decidir cuándo es necesario cambiar la que, en apariencia, es una regla existente. En efecto, este proceso adaptativo y gradual se toma muchas veces como la belleza característica del *common law*, porque contiene dentro de su metodología típica los dispositivos necesarios para cambiar como respuesta a los problemas y desafíos que le presentan los problemas particulares que surgen en los casos particulares. Es este mismo proceso el que le permite al *common law* cambiar, y el que llevó al Lord MANSFIELD y a sus herederos a creer en que el *common law* se purifica a sí mismo. Que el cambio en el *common law* esté sistemáticamente mejorándolo y refinándolo en lugar de empeorándolo y degenerándolo, o que sea simplemente casual, es una visión naturalmente optimista, pero se trata de un optimismo que ha impregnado al *common law* desde su comienzo.

4. ¿ES DERECHO EL COMMON LAW?

Jeremy BENTHAM, el crítico del *common law* más famoso de la historia, afirmó, como es sabido, que el *common law* es un «derecho para perros».

Cuando su perro hace algo que usted no desea que repita, usted espera a que lo haga y luego le pega por eso. Este es el modo en el cual crea derecho para su perro; y este es el modo en el cual los jueces crean derecho para usted y para mí³⁵.

Como era su estilo, BENTHAM exageró un poco. Su idea básica era, simplemente, que de acuerdo con la visión característica del *common law*,

³⁴ Un conjunto de ensayos muy útiles sobre el rol de la razón y la costumbre en la toma de decisiones en el *common law*, puede hallarse en PERREAU-SAUSSINE y MURPHY, 2007.

³⁵ BENTHAM, 1823: 235.

existían muy pocas reglas conocidas con anterioridad, por lo que el *common law* estaba obligado a aplicar castigos (y atribuir responsabilidad) solo después de los hechos, y a personas que podrían no haber sabido de antemano qué se esperaba que hicieran o no hicieran. Pero como hemos visto, el *common law* tiene reglas y, por eso, parece más que un poco extremo entenderlo como la empresa completamente anómica y esencialmente arbitraria que caricaturizó BENTHAM. Sin embargo, hay algo de verdad en el temor de BENTHAM, y vale la pena ocuparnos de su preocupación con más profundidad.

Hemos visto que las reglas del *common law* —hay reglas en el *common law*, a pesar del recelo de BENTHAM— son susceptibles de ser cambiadas en el proceso de su aplicación. Entonces, en su forma más simple, el *common law* parece resistente a soluciones incorrectas. Si una regla preexistente del *common law* aparenta dar lugar a una solución incorrecta en un caso particular, ha de ser porque la regla preexistente no es todavía tan «pura» como podría y debería ser y, por ende, espera ser modificada. Y el ímpetu para esta modificación será el que un tribunal determine que una solución es «incorrecta» a la luz del amplio rango de consideraciones de principio y políticas que utiliza en otras situaciones para evaluar la bondad de las soluciones o decisiones, o para tomar decisiones bajo circunstancias en las cuales no existen reglas en absoluto, o en las cuales el caso particular se encontraba en el contorno y no en el núcleo de una regla existente.

Este es, exactamente, el problema. Si la determinación de que una solución es incorrecta o, de alguna manera, subóptima, se apoya en el rango total de consideraciones de políticas y principios que el tribunal o cualquier persona podría usar sin la regla, ¿qué función cumple la regla? Si nuestra capacidad para percibir que una regla ha generado la solución incorrecta exige necesariamente poder captar cuál será la solución correcta, y si esta determinación no puede hacerse refiriendo a la propia regla cuya solidez se cuestiona, entonces el juez está decidiendo cuál será la solución correcta bajo una regla distinta o bajo ninguna. Y si cada caso en el cual la regla existente genera una solución distinta de la que parece correcta en una evaluación que prescindiera de las reglas, provoca un cambio en la regla, entonces, ¿por qué no descartamos por completo las reglas? Si la nota para cambiar una regla es la percepción de la que sería la solución óptima en ausencia de la regla, y cada caso en el cual la regla generara una solución subóptima se entiende como uno en el cual la regla ha de ser cambiada para que ya no dé lugar a soluciones subóptimas, parece que las reglas no están funcionando en absoluto como reglas y todo el trabajo está siendo realizado por la determinación de la solución óptima sin tomar en cuenta regla alguna. Esto parece indicar que BENTHAM, después de todo, podría estar en lo cierto.

Pero el que BENTHAM esté en lo cierto depende de si la regla existente, o la mera idea de regla³⁶, está lo suficientemente atrincherada como para resistir o tolerar al menos algunas soluciones subóptimas. Por un lado, es correcto señalar que si toda solución subóptima fuese una condición necesaria para modificar la regla de modo de que dé lugar a la solución óptima, la regla no está funcionando para nada como regla. Pero si, por otro lado, la regla existente tiene algo de peso o de fuerza gravitatoria, para usar la frase feliz de DWORKIN³⁷, entonces no todo resultado subóptimo dará ocasión para modificar la regla. Cuando la fuerza gravitatoria o una presunción con peso suficiente le den a la regla existente algún grado de resistencia al cambio, al menos algunas soluciones subóptimas serán aceptadas, a pesar de su carácter subóptimo, para satisfacer los propios valores que las reglas supuestamente han de satisfacer. Si las reglas del *common law* van a ser modificadas cuando dan lugar a una solución muy incorrecta o sustancialmente subóptima, pero no cuando dan lugar a soluciones que lo son levemente, o solo en cierta medida, las reglas funcionarán como reglas, aun cuando a veces toleren algunos resultados levemente, o solo en cierta medida, subóptimos.

La cuestión, entonces, se centra en la magnitud del peso o la presunción a favor de las reglas existentes y, por ende, también en el peso que puedan tener los precedentes. Si en la naturaleza del *common law* está la noción de que no se admitirá que ninguna regla ni ningún precedente dé lugar a la solución que el tribunal de un caso particular cree que es la ideal, más allá de las reglas y los precedentes, entonces surge la pregunta sobre si el *common law* es derecho, al menos si asumimos que las reglas tienen, cuando menos, algo que ver con el derecho³⁸. Pero si el *common law* trata a sus reglas como reglas y a sus precedentes también como reglas, aun si no fuera de un modo absoluto, las reglas del *common law*, aun si se desarrollaran de manera gradual y por adición a través del tiempo y no fuesen establecidas en un momento particular por un parlamento, seguirían funcionando como reglas, y el *common law* podría seguir siendo caracterizado, correctamente, como derecho.

5. UN VIAJE BREVE POR EL REINO DE LA EQUIDAD

La relación y la tensión entre las reglas y hacer lo correcto difícilmente pueda considerarse un invento moderno. En efecto, la cuestión de la relación

³⁶ Véase SCHAUER, 1991: 38-111.

³⁷ DWORKIN, 1986: 111.

³⁸ Véase SCHAUER, 1989. Para el juez SCALIA, las reglas pueden tener que ver *todo* con el derecho. Véase SCALIA, 1989. Pero aunque los sistemas jurídicos reales tienen mucho que ver con las reglas, sin duda es un error pensar que tienen que ver solo con ellas. Véase SCHAUER, 1991b.

entre las reglas y la corrección se remonta a ARISTÓTELES, y probablemente más atrás. Considérese la historia bíblica del rey Salomón, y la sabiduría que le atribuimos a quien, cuando se enfrentó con dos versiones encontradas de dos mujeres que afirmaban ser la madre de un recién nacido, sugirió cortar el niño a la mitad, no como una solución real sino como una manera —exitosa, de acuerdo con la Biblia— de determinar cuál de las dos mujeres era la verdadera madre³⁹.

Aunque elogiemos la sabiduría de Salomón, no lo hacemos por haber consultado un libro de leyes y haber hallado la regla que le decía, como juez, qué debía hacer en casos de maternidad controvertida. Por el contrario, lo alabamos porque llegó a la mejor solución para este problema único y particular sin referirse a ninguna regla preexistente. Salomón no siguió regla alguna. Simplemente, hizo lo correcto. Hacer lo correcto —tomar la decisión correcta— sin referencia a reglas, y quizás evitándolas, es la idea que luego desarrolló ARISTÓTELES bajo el concepto de lo que ahora llamamos *equidad*. ARISTÓTELES reconoció que las reglas (que él llamaba «ley») eran necesariamente generales, y también que, como generalizaciones podrían, como vimos en el capítulo II, dar lugar a malas soluciones en ocasiones específicas. Para ARISTÓTELES, la equidad era «una rectificación de la ley en la medida en que es deficiente por causa de su generalidad»⁴⁰. En efecto, vale la pena citarlo en extenso:

«[T]oda ley es universal, [pero] en casos en los cuales es necesario hacer un pronunciamiento general, y es imposible hacerlo de manera correcta, la ley toma en cuenta la mayoría de los casos, no sin advertir que de esta manera se cometen errores. Sin embargo, la ley es correcta; porque el error no se origina en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza del caso; porque la materia prima del comportamiento humano es, esencialmente, de esta clase. Así, cuando la ley establece una regla general, y un caso surge en su marco y es excepcional, entonces es correcto, donde el legislador por causa de la generalidad de su lenguaje ha errado al no cubrir el caso, corregir la omisión mediante una norma como la que el legislador mismo hubiera ofrecido de haber estado allí presente, y como la hubiera promulgado si hubiese estado al tanto de las circunstancias [...]».

«Esto es por lo cual la equidad no es mejor que la justicia absoluta, sino solo que el error debido a la generalización»⁴¹.

ARISTÓTELES nos brindó la idea de la equidad y el nombre para ella, pero dijo poco acerca de cómo debería lidiar un sistema jurídico con los casos en

³⁹ 1 Reyes 1:11.

⁴⁰ ARISTÓTELES, 1977: 1137b.

⁴¹ *Id.*: 1137a-b.

los cuales las reglas generales de derecho dan lugar a malas soluciones, aun cuando son seguidas al pie de la letra. La perspectiva más sistémica se la debemos a CÍCERÓN, y aún más a los romanos quienes, abrevando en CÍCERÓN, desarrollaron la idea y las instituciones de la *aequitas* en el derecho romano⁴². Como el derecho romano era muy formal y extremadamente preciso, y si aun el desvío más leve de las exigencias rígidas y técnicas de las leyes eran fatales para un demandante que de otro modo tendría éxito, la *aequitas* se desarrolló para atenuar su inflexibilidad. Así, los magistrados romanos —los *praetors*— contaban con una jurisdicción especial para corregir los males provocados por la aplicación rígida del derecho escrito, y al hacerlo tenían el poder tanto de agregar soluciones cuando el derecho formal no las había previsto y negarse a otorgar las ofrecidas por él cuando aplicarlas generaría una injusticia.

Ideas semejantes dieron lugar al desarrollo original de la equidad en el derecho inglés. Desde el siglo XIII al XIV, el jefe de gabinete del rey —el canciller— ejercitaba el poder de dar soluciones a aquellos que las hallaban en el derecho escrito. En un principio, la equidad fue desarrollada simplemente porque el *common law* estaba muy incompleto en sus primeros años. Así, la equidad era el método por el cual el canciller podía brindar una solución cuando los méritos intrínsecos de un litigio la exigían pero aún no la encontraban en el *common law*. Sin embargo, cuando pasó el tiempo el poder de equidad del canciller vino a remedar las ideas que ARISTÓTELES había desarrollado antes, y el canciller pasó a concebirse como dotado del poder de realizar una justicia individual, aun cuando el derecho no pudo hacerlo o no lo hizo⁴³.

Finalmente el poder de equidad del canciller derivó en la *Court of Chancery*. Así, Christopher St. GERMAN señaló en *Doctor and Student* que

«[e]n algunos casos es necesario abandonar la letra del derecho y seguir lo que la razón y la justicia demandan [...] es decir, atemperar y mitigar el rigor del derecho»⁴⁴.

Pero aunque en el derecho inglés la equidad fue exactamente como este poder flexible y no regido por reglas, primero en cabeza del canciller y luego en la de la *Court of Chancery*, para hacer justicia en el caso particular, esta concepción aristotélica de la equidad desapareció gradualmente. La equidad comenzó como una autoridad ilimitada para hacer lo que la ley no podía, pero a través del tiempo se convirtió, simplemente, en un conjunto de leyes

⁴² Véase FRIER, 1985.

⁴³ Véase, en general, MARTIN y HANBURY, 2001: 6.

⁴⁴ SAINT GERMAN, 1974: diálogo 1, capítulo 6.

(por lo general, con tribunales diferentes) con la carga de decidir los asuntos y otorgar remedios procesales —medidas cautelares, interdictos de hacer o indemnizaciones, por ejemplo— que surgieron a partir de la jurisdicción histórica de la *Chancery Court*. Así, en 1941 un tratadista prominente sobre el derecho de equidad era capaz de señalar que

«[e]s muy cierto que en nuestros días, ninguna *Chancery Court*, consciente e intencionalmente, trata de corregir el rigor de las leyes o de suplir sus defectos decidiendo de manera contraria a las reglas establecidas, en modo, alcance o circunstancia algunos que excedan los principios previamente establecidos por la jurisprudencia de equidad [...] Ni, en nuestros días, un canciller asumiría la decisión de los hechos de un litigio de acuerdo con su propio estándar de corrección y de justicia, de manera independiente de las reglas establecidas, [...] se haya regido en su función jurisdiccional por las doctrinas y las reglas encarnadas en los precedentes y, a este respecto, no cuenta con una libertad mayor que los jueces de derecho»⁴⁵.

Esta equidad cada vez menos equitativa, por decirlo así, se ha tornado más compleja con la desaparición de tribunales de equidad independientes en la mayoría de los Estados, y con la unificación de las reglas procedimentales de derecho con las de la equidad. Pero aunque la equidad ya no es, por mucho, ni institucional, ni procedimental ni jurisdiccionalmente distinguible, y aunque las ramas del derecho regidas por la equidad están hoy reguladas como aquellas tradicionalmente puestas del lado del derecho en la división entre el derecho y la equidad, el núcleo de la idea de equidad no se ha perdido en absoluto. Cuando elogiamos la flexibilidad del *common law* y su capacidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes, cuando permitimos a los tribunales cierta libertad para crear nuevos remedios procesales y cuando le otorgamos a todos los tribunales, como veremos en el capítulo VIII, un poder para pulir los bordes ásperos de la ley aún más precisa, reconocemos que la equidad en sentido amplio tiene su lugar en un sistema jurídico. Esto aun si reconocemos, con BENTHAM, que un sistema basado por completo en la idea de equidad sería incapaz de satisfacer los valores de certeza, predictibilidad y estabilidad impuestos por la idea de Imperio de la Ley, que son con frecuencia tan importantes como los valores derivados de una justicia sustantiva directa. Ya en el siglo XVI, LORD SELDEN señaló que «la equidad es una cosa pícara. Podemos medir el derecho... La equidad tiene que ver con la conciencia de quien es el canciller, y si ella es más amplia o más estrecha, así es la equidad. Es como si debiéramos establecer la medida estándar [del pie como unidad de longitud] con un pie del canciller»⁴⁶.

⁴⁵ SYMONS, 1941: 61-62.

⁴⁶ POLLOCK, F., 1927 (la cita de SELDEN está en HOLDSWORTH, 1903: 467-468).

Difícilmente pueda decirse que la preocupación de SELDEN con respecto a la variabilidad del pie del canciller haya desaparecido. Si bien es cierto que la mayoría de los tribunales y de los jueces todavía conservan algo de poder para *ejercer* la equidad en el sentido tradicional, también lo es que ahora comprendemos los límites de ese poder⁴⁷. Ni la vida ni el derecho son necesariamente mejores cuando existen demasiadas opciones. Así como la gente es reticente a que se le ofrezca una alternativa entre doscientas cincuenta variedades de mostaza o cien tipos de aceite de oliva, por tomar dos ejemplos de estudios psicológicos recientes acerca de la «tiranía de la decisión»⁴⁸, también la sociedad toda, el sistema jurídico y aun los propios jueces se retraen cuando se les presenta como posición prevaleciente una libertad de decisión ilimitada. Así como el *common law* se vuelve legaliforme cuando los jueces presentan algún grado de resistencia contra la modificación continua en pos de la optimización, y así como la equidad se ha tornado más legaliforme al perder su pretensión de discreción desregulada, también los fines principales de un sistema jurídico, incluso uno del *common law*, con frecuencia son satisfechos mediante un balance delicado entre la flexibilidad y la rigidez, la adaptabilidad y la certeza y entre arribar a la respuesta correcta frente a arribar a *una* respuesta, aun imperfecta, en la cual tanto la gente como los jueces puedan confiar.

⁴⁷ Véase TASIOLAS, 1996.

⁴⁸ Véase IYENGAR y LEPPER, 2000; 1999. Véase, también, SCHWARTZ, 2004.