

EL ORDEN JURÍDICO ESPONTÁNEO

Ricardo M. Rojas

I. Introducción

A. Hipótesis de trabajo.

En el país A, un hombre colocó un farol en la pared exterior de su casa. Al verlo, un inspector del gobierno, después de consultar los códigos municipales, advirtió perplejo que la colocación de tales faroles no estaba legalmente prevista.

Promovida la investigación pertinente, la comuna consideró que el ejercicio de la libertad sin una regulación legal adecuada podría eventualmente afectar los derechos de la sociedad o de alguno de sus integrantes, por lo que dispuso que hasta tanto las autoridades competentes se expidiesen sobre la legalidad o ilegalidad de tal colocación, debía quitarse el farol.

Una vez que la cuestión se sometió a la consideración de los ediles, uno de ellos opinó que, en principio, la instalación de faroles en las paredes exteriores de las casas contribuiría notablemente a mejorar el alumbrado público, sin costo para el municipio, en beneficio del bien común. Sin embargo, otros sostuvieron que el problema era complejo: ¿quién aseguraba que el farol sería colocado siguiendo normas de seguridad adecuadas? ¿quién aseguraba que tal colocación serviría para alumbrar la zona de manera eficiente, sin dispendio de recursos, si no había una planificación previa basada en estudios serios? ¿cómo podría estar segura la comuna de que no se violarían derechos de terceros o de la sociedad, al poner esos faroles sin consulta?

Después de largas discusiones, en las que todas los posibles problemas derivados de la instalación del farol fueron ponderados, se dictó una ordenanza donde se dispuso, en síntesis, lo siguiente:

1. La comuna reconoce el derecho de poner faroles en las paredes exteriores de las casas, con las limitaciones establecidas por la reglamentación correspondiente.
2. La instalación debe contar con autorización previa del organismo especializado, que certificará el cumplimiento de las normas de seguridad necesarias, y el conforme del jefe de área respectivo, que acredite que la colocación del farol no significará un

dispendio de recursos, a causa de la existencia de alumbrado público suficiente en la zona.

3. La solicitud de colocación de faroles deberá publicarse en el Boletín Oficial durante tres días, a costa del solicitante, para que en el plazo de diez días hábiles posteriores cualquier persona manifieste fundadamente su oposición a la instalación.
4. La autoridad de aplicación podrá, de oficio, oponerse a la colocación de faroles o hacer quitar en cualquier tiempo los ya colocados, por decisión fundada.

Transcurrieron cuatro años hasta que el hijo del peticionario –pues este último ya había fallecido- logró colocar nuevamente su farol.

En el país B, un hombre colocó un farol en la pared exterior de su casa. Su vecino, alarmado porque no existiese una autorización legal previa para la instalación, concurrió al ayuntamiento para denunciar el hecho que, aunque no parecía ilegal, era, al menos “no autorizado”.

El intendente le explicó con suma cortesía que no se encontraba legalmente facultado para impedir este tipo de actividades que no se relacionaban con sus funciones, y que intervenir en tales condiciones significaría cometer un crimen. Le sugirió que si tenía alguna queja, que recurriese a un juez.

Se presentó entonces ante el juez, para denunciar el hecho irregular. Después de analizar el caso, el juez razonó de la siguiente manera:

1. Nuestra Constitución, que organiza un gobierno sobre la base del reconocimiento de los derechos del hombre, protege la propiedad de cada persona.
2. El hecho denunciado es un claro ejemplo del ejercicio del derecho de propiedad.
3. El denunciante no ha aportado prueba alguna de que mediante el acto que impugna se haya afectado el ejercicio de un derecho concreto, y sin esa prueba es imposible iniciar una acción judicial.
4. Las meras conjeturas de perjuicios eventuales futuros no autorizan a los jueces a impedir el ejercicio de los derechos. Sólo pueden actuar frente a ataques concretos a derechos específicos, debidamente probados.

El farol no fue tocado.

B. Codificación y orden espontáneo.

Los casos hipotéticos relatados reflejan procedimientos políticos, administrativos y judiciales distintos. Las diferencias tienen como base dos concepciones opuestas de la sociedad y del rol del gobierno en ella; una, basada en la supremacía del poder regulador del estado por sobre los derechos individuales; la otra, fundada en el reconocimiento y protección de los derechos.

La existencia de un orden político centralizado deriva inevitablemente en la regulación económica y crea la reglamentación legal. Los tres aspectos están relacionados íntimamente, y la intervención gubernamental en uno de ellos lleva necesariamente a la intervención en los demás. Por el contrario, el reconocimiento de los derechos individuales gestó la idea de un orden espontáneo surgido a partir de la natural inclinación del hombre a buscar su propio provecho a través de intercambios voluntarios con otros hombres, tesis que rechazó cualquier reglamentación legal de las relaciones particulares.

En su aspecto jurídico, la primera de esas concepciones evolucionó desde el derecho continental europeo, a partir del proceso de codificación del siglo XIX; la otra elaboró el common law de Inglaterra, orden jurídico que alimentó el derecho de las que alguna vez fueron sus colonias.

En los países y épocas en los que funcionó este orden jurídico espontáneo, los derechos fueron protegidos más que en ningún otro tiempo y lugar; y precisamente en ese contexto se produjo el mayor crecimiento que haya visto el mundo moderno. El abandono del sistema tal como fue pensado acabó con el esplendor anglosajón.

Por su parte, la codificación encajonó los derechos en regulaciones y limitaciones que terminaron por destruirlos, convirtió a los hombres en súbditos del poder legal y limitó toda posibilidad de progreso y bienestar. Los modernos intentos por ampliar la protección de los derechos en esos países han ido acompañados inevitablemente por una desregulación legislativa que –en mayor o menor medida, de acuerdo con la seriedad del intento– los ha acercado al sistema inglés.

Si se analiza el ejemplo introductorio en busca de la diferencia básica de ambos sistemas, se notará inicialmente la distinta función encomendada a los órganos del gobierno de uno y otro país, en especial, al poder legislativo.

Como señala Bruno Leoni, si advertimos que la libertad individual párale comercio, es decir el mercado libre, es uno de los rasgos esenciales de la libertad política, entendida como ausencia del sometimiento ejercido por otras personas, incluso las autoridades, también debemos llegar a la conclusión de que *la legislación en materia civil es fundamentalmente incompatible con la libertad individual* en el sentido antes mencionado¹.

La necesidad de que los tratos se lleven a cabo libres de coacción, y de que los hombres puedan disfrutar de las consecuencias de tales acuerdos –es decir, de

¹ Bruno Leoni, *La libertad y la ley*, Centro de Estudios sobre la Libertad, 1961, pág. 136.

libertad y de propiedad- impide la regulación o turbación de los contratos por parte de la ley. Ese es el presupuesto básico y punto de partida del orden jurídico espontáneo.

En un sistema de legislación codificada rige el principio de que “la ley es la ley”. La voluntad del legislador –es decir, la voluntad de quienes tienen el poder para imponer las leyes- es lo que determina la suerte corrida por los derechos individuales. Frente a ello, la alternativa de un orden no planificado por un poder central generó un sistema jurídico –el *common law*- en el cual las personas ejercen sus derechos sin restricciones, por medio de acuerdos contractuales, y la labor del gobierno, a través de los jueces, se limita a procurar que los derechos no sean turbados y los contratos se cumplan. El uso reiterado de determinadas cláusulas contractuales dio origen a la “costumbre”, reconocida por los jueces al interpretar los contratos y resolver las disputas. Esa costumbre y la jurisprudencia consecuente se convirtieron, con el tiempo, en el derecho vigente, hasta formar un sólido sistema de creación jurisprudencial de reglas de derecho. La base de ese sistema, sin embargo, continuó descansando sobre el mismo principio: el gobierno no puede intervenir a priori en los asuntos particulares, sino a posteriori, para solucionar los eventuales conflictos.

Por eso, orden espontáneo no significa ausencia de normas. La existencia del proceso de mercado, o de la libertad de comercio, implica la posibilidad de celebrar acuerdos voluntarios en un marco de libre contratación; pero al mismo tiempo presupone garantizar el ejercicio del derecho de propiedad o la libertad de elegir, es decir, la ausencia de coacción. Sería prácticamente imposible pensar en libertad contractual, por ejemplo, en medio de una guerra civil, donde no hubiese posibilidad de hacer cumplir los contratos o de evitar que el más fuerte se apoderase de la propiedad del más débil. En un ámbito tal no habría libertad de ningún tipo.

En su aspecto jurídico, ese orden requiere de un marco adecuado para que sea realmente “espontáneo”. Puede decirse entonces que es el orden jurídico organizado sobre la base de principios emanados de decisiones judiciales reiteradas en el tiempo, destinado a garantizar la libre contratación y el derecho de propiedad, que son la base de la convivencia pacífica y se fundan en el derecho de cada ser humano a su propia vida.

Si se busca una confirmación histórica en cuanto a la estricta relación que existe entre el mercado libre y el libre proceso de formación de la ley, será suficiente tomar en cuenta que el mercado libre estuvo en su punto más alto en los países de habla inglesa cuando el *common law* era prácticamente la única ley del país en lo referente a la vida privada y el comercio. Los fenómenos tales como las actuales injerencias del gobierno en el mercado siempre se relacionan con un aumento de leyes civiles².

² Bruno Leoni, op. cit., pág. 135.

II. Estructura del orden jurídico espontáneo

El estudio de la forma en que se genera este orden jurídico espontáneo remite, en primer término, a la consideración de dos cuestiones fundamentales: el concepto de ley y su contenido.

El concepto de ley

Una peculiaridad idiomática que diferencia al castellano del inglés debe tenerse en cuenta para comprender cuál es el significado que se ha dado a las normas que regulan el orden espontáneo en el sistema anglosajón, porque una mala interpretación de los vocablos puede mover a error respecto de cómo funciona su sistema legal. La palabra *law* tiene dos traducciones distintas en nuestro idioma: puede traducirse tanto como “ley”, en el sentido técnico de la norma jurídica sancionada por la legislatura, como por “derecho”, en una acepción más amplia, como el conjunto de todo el ordenamiento jurídico de distintas fuentes. Por ejemplo, si se habla de *criminal law*, se estará refiriendo tanto a la legislación en materia penal como a lo que nosotros llamaríamos el “derecho penal”, que incluye, además de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

En el idioma inglés fue posible unir en una palabra ambos sentidos, precisamente por que el “derecho”, en sus comienzos, no estaba regulado en “leyes”, sino que era el producto de normas consuetudinarias asentadas a través del tiempo y recogidas por fallos judiciales que resolvían conflictos individuales. *Law*, para el antiguo derecho inglés, no era la ley escrita, sino el derecho aplicable al caso, que muy raras veces estaba plasmado en un texto sancionado por el Parlamento.

Cuando hablo de la organización “legal” del orden espontáneo, entonces, no me refiero al “sancionado por un Congreso”, sino al conjunto de normas generales que tienen por finalidad resolver conflictos individuales y se elaboran a partir de la reiterada resolución judicial de cuestiones similares.

La aparición de la codificación, fruto de la imposición compulsiva de normas de conducta por el poder político, es lo que produjo en mayor medida la ruptura entre ley y derecho. Mientras rigió la decisión del pretor en Roma o del juez en Inglaterra, que resolvían conflictos individuales basados en las costumbres comerciales de la época, elaborando de ese modo pautas de interpretación para futuros conflictos, esos principios eran el derecho vigente. Una disposición del Parlamento –como veremos al analizar la historia del *common law*- no podía ir en contra de tales costumbres y del consecuente derecho judicial, pues en tal caso

carecía de valor. La ley –en el sentido técnico de norma general sancionada por el Parlamento- tenía un valor secundario y siempre subordinado a los principios del derecho consuetudinario.

Cuando surgió la potestad coactiva de las leyes por encima de las costumbres, la voluntad de los interesados y los precedentes judiciales, la ley y el derecho siguieron caminos distintos. En Roma, esa distinción puede hacerse a partir del primer gran código romano, el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, en el año 533, que fue la base del proceso codificador emprendido en el siglo XIX. En los Estados Unidos, la legislación del Congreso en materias federales está originando un resultado similar.

En un orden jurídico espontáneo se elimina toda contradicción entre la legislación y el derecho, al eliminar la intromisión de la ley en el ejercicio de la libertad contractual, tal como veremos a continuación.

El contenido de la ley: leyes positivas y negativas

Las normas jurídicas pueden ser clasificadas en positivas o negativas, de acuerdo con su finalidad. Aquellas que tienen por objeto imponer la realización de una conducta determinada, aun en contra de la voluntad del sujeto actuante, son normas de contenido positivo. Las normas negativas, en cambio, son las que “más que prescribir, prohíben determinados actos; que pretenden proteger unos marcos específicos dentro de los cuales el individuo seguirá siendo libre de actuar como mejor le parezca (...)”³.

Las leyes positivas indican lo que se debe hacer obligatoriamente. Las negativas indican lo que no se debe hacer. Un orden espontáneo se organiza sobre la base de normas de contenido negativo, que al prohibir la violación de los derechos, permite que la sociedad se organice siguiendo las decisiones individuales de sus integrantes.

Los pensadores de la escuela escocesa, que dieron gran impulso a la teoría del orden espontáneo durante el siglo XVIII, remarcaron suficientemente el carácter negativo que debían tener las normas de organización social.

Así, Adam Smith sostuvo:

“La sabiduría de cada estado o comunidad intenta, en la medida de lo posible, aplicar la fuerza de la sociedad para *impedir* que quienes están sujetos a su autoridad *incidan o perturben* la felicidad y bienestar de los demás. Las reglas establecidas con ese objeto constituyen el derecho civil y criminal de cada estado o nación”⁴.

³ Friedrich Hayek, *Derecho, Legislación y Libertad*, Ed. del C.E.S.L., vol. 2, pág. 58-59 y sus citas.

⁴ Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Liberty Classics, 1976, pág. 218

En relación con la justicia, decía Adam Smith:

“La mera justicia no es, en la mayor parte de los casos, otra cosa que una *virtud negativa*, que nos prohíbe dañar a nuestros semejantes (...) Frecuentemente cabe respetar todas las normas de la justicia mediante una *conducta simplemente pasiva*, o incluso *no haciendo nada*”⁵.

Por su parte, Adam Ferguson agregaba:

“La ley fundamental de la moralidad, en su inicial aplicación al comportamiento humano, es *prohibitiva y proscribire el mal comportamiento*”⁶.

La base de la organización jurídica en un orden espontáneo es la garantía de la coexistencia pacífica, impidiendo el inicio del uso de la fuerza. El resto de la actividad humana queda vedado al control del gobierno y librado a la voluntad contractual. Cuando el gobierno impone determinadas conductas positivas a los habitantes, en contra de su voluntad, en definitiva está violando derechos en nombre de su protección.

En los términos de un orden espontáneo, esas normas negativas emanan de la actuación de los jueces, quienes, al resolver conflictos, indican cuáles conductas son ilegítimas, pues implican avanzar positivamente sobre otras personas, es decir, violar derechos.

Hablar de actividad preventiva de la ley es toda una confesión filosófica.

Volvamos por un momento al ejemplo hipotético de la introducción. Cuando el ayuntamiento del país A se reunió para “reglamentar” la instalación de los faroles, enunció un principio filosófico básico de su sistema, aun cuando sus ediles ni siquiera hubiesen pensado en ello: que “el ejercicio del derecho de propiedad depende de una autorización legal”, de lo que se infiere lógicamente que “existe una autoridad superior por sobre los derechos del hombre”, o sea, que “los derechos no son absolutos”.

La reglamentación legislativa de los derechos es descartada por un orden jurídico espontáneo –como el *common law*- que sólo acepta la intervención de los jueces para protegerlos, cuando estén concretamente en peligro.

Como sostiene Hayek, la libertad de los británicos no fue el producto de la separación entre el poder legislativo y el ejecutivo, “sino el resultado de que las decisiones de los tribunales se inspiraban en el *common law*, un derecho existente aparte de cualquier voluntad y que, a la par que era vinculante para unos tribunales, era desarrollado por otros; un derecho en el que el Parlamento rara vez se entrometía si no era para aclarar algún punto dudoso de un hábeas legal preexistente. Puede

⁵ Adam Smith, op. cit., pág. 78.

⁶ Adam Ferguson, *Institutes of Moral Philosophy*, Edimburgo, 1785, pág. 189.

incluso decirse que en Inglaterra se había desarrollado una especie de separación de poderes, *no porque tan sólo el legislativo hiciese las leyes, sino porque no las hacía*, porque la ley era determinada por tribunales independientes del poder que organizaba y dirigía el gobierno, de ese poder equivocadamente denominado ‘legislativo’⁷. De allí que la principal tarea de la legislatura haya sido, en su origen, el control y regulación del gobierno. Su ámbito era exclusivamente éste, y la esfera del derecho privado apenas resultaba afectada⁸.

La ley positiva como una necesidad para evitar los “abusos” del derecho

Los teóricos de la codificación analizaron conceptos tales como libertad o propiedad e intentaron darles un contenido a priori. En su investigación teórica encontraron que en determinadas situaciones, alguien puede violar derechos ajenos con su conducta. Inmediatamente dedujeron que la libertad o el ejercicio del derecho de propiedad no podían ser absolutos, y por ello concluyeron que era necesario establecer códigos que dispusieran limitaciones, impuestas como un medio de evitar los “abusos” del derecho.

Los jueces del *common law* –siguiendo un método inverso- no hicieron elaboraciones teóricas generales, sino que reconocieron y defendieron la libertad y la propiedad en los casos concretos; y allí donde advirtieron que una conducta violaba derechos ajenos, se limitaron a declarar que tal conducta estaba fuera del ejercicio del derecho de propiedad o libertad. La consecuencia de su razonamiento fue que la violación de un derecho quedaba fuera del concepto del derecho. Por lo tanto, carecía de sentido imponer limitaciones a priori, pues bastaba con resolver en cada caso cuándo se estaba ejerciendo un derecho y cuándo no. En este contexto, el “abuso del derecho” es imposible y la “reglamentación de los derechos” un contrasentido.

El día en que los parlamentos de Gran Bretaña y los Estados Unidos comenzaron a dictar leyes de carácter positivo, y que los jueces dejaron de proteger derechos concretos en pleitos concretos, para elaborar sus teorías genéricas sobre el Bien Común y el Estado Benefactor, se perdió la esencia del *common law* y surgió también allí la doctrina de los “derechos relativos”, punto de partida de la destrucción del derecho.

La historia del *common law* es un ejemplo inmejorable de cómo se va desarrollando un orden espontáneo y cómo este orden permite una mejor protección de los derechos, al oponerse a los abusos de la actividad legislativa espuria.

⁷ Friedrich Hayek, op. cit., vol. 1, pág. 139

⁸ J.C. Carter, *Law, Its Origins, Growth and Function*, New York y Londres, 1907, pág. 115; citado por Hayek, op. cit., vol. 1, pág. 192, nota 2.

III. El orden espontáneo y la protección de los derechos.

A. Evolución histórica del common law

Ordinariamente se suele considerar a la Carta Magna (1215) como la base del sistema legal y constitucional inglés, y el primer documento de importancia que sancionó los derechos individuales. En ella encuentran su fuente la mayoría de las garantías contenidas en la Constitución norteamericana, de la cual fueron tomadas por la nuestra.

Sin embargo, la Carta fue en gran medida sólo el reconocimiento real de un derecho ya elaborado y vigente en el reino desde tiempos a los que es difícil remontarse. Ello se advierte en sus frecuentes remisiones a costumbres y normas ya existentes, no surgidas de una imposición estatal, sino de una evolución espontánea.

Por ejemplo, tanto el artículo 39 de la Carta Magna como el 31 de los Artículos de los Barones, firmado ese mismo año, consagra el derecho de los comerciantes a comprar y vender, y trasladarse, entrar y salir de Inglaterra sin verse sometidos a ninguna injusta exacción, “*de acuerdo con las antiguas y justas costumbres*” (Artículos de los Barones) o “*según las costumbres antiguas y permitidas*” (Carta Magna).

Esas antiguas costumbres, a las que también se denominó “la ley de la tierra” fueron el origen del derecho anglosajón, y evolucionaron en el tiempo hasta convertirse en las distintas garantías constitucionales.

Así, el derecho al debido proceso en materia criminal se origina en el artículo 29 de la Carta Magna:

“Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera, y no dispondremos de él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la *ley del país*” (*per legem terrae*)⁹.

El Parlamento de 1350 parafraseó “*per legem térrea*” en el sentido de “*par voie de la loi*”¹⁰; el Parlamento de 1354 la convirtió en “*par due process de lei*”¹¹,

⁹ Ver Roscoe Pound, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, trad. al castellano, Ed. Agora, 1960, pág. 106 y siguientes.

¹⁰ 25 Edw. III, Stat. 5, c. 4.

¹¹ 28 Edw. III, c. 3.

de donde, probablemente a través de las Institutas de Coke, fue tomado por las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos¹².

En la Segunda Instituta, Coke explica que la expresión “*legem terrae*” significa el derecho consuetudinario o la costumbre de Inglaterra¹³; un derecho independiente de la voluntad del Rey y del Parlamento, con autonomía respecto de cualquier disposición escrita, incluida la propia Carta Magna.

En este sentido, la Primera Carta de Enrique III (1216), que es una virtual repromulgación de la Carta Magna, contiene en su artículo 5 un principio que marca de algún modo la independencia del derecho respecto del poder político:

“(…) Además, el Rey mismo no debe estar por debajo de ningún hombre, mas sí debajo de Dios y la Ley, porque la Ley hace al Rey. Por lo tanto, que el Rey conceda a la Ley lo que la Ley le concede al Rey, a saber: señorío y poder, porque *no hay Rey donde gobierna la voluntad y no la Ley*”.

Si se repara en que la mencionada “Ley” no era otra cosa que el derecho consuetudinario, surgido espontáneamente a partir de la costumbre, es fácil advertir que por esta cláusula el Rey estaba reconociendo su propio sometimiento al *common law*, producto de una evolución cuyas raíces son difíciles de encontrar y cuyo curso ni siquiera él podía gobernar.

Estas primeras Cartas reales se limitaron a reconocer la vigencia de las costumbres, que fueron plasmadas en las sentencias de los jueces, de modo tal que no hubo una creación estatal de derecho, sino sólo un reconocimiento del ya existente.

A partir de allí, la elaboración de cada garantía a los derechos del individuo fue el fruto de una lenta evolución judicial realizada por los tribunales del *common law* y posteriormente por los de equidad, con independencia del Rey y del Parlamento¹⁴. Así surgieron las cláusulas del juicio por jurados¹⁵, el debido proceso

¹² Confr. C.H. Mc Ilwain, “Due Process of Law in Magna Carta”, 14 *Columbia Legal Review* 27, 1924. En “Pugliese vs. Commonwealth”, 355 Mass. 471, 1957, citando el artículo 12 de la Declaración de Derechos de Massachussets, se estableció que las palabras “la ley del país” que contenía dicha declaración, tomadas de la Carta Magna, abarcan todo lo comprendido en las palabras “debido proceso legal” de la Enmienda XIV. Algo similar resolvió la Corte Suprema de los Estados Unidos, entre otros fallos en “Kennedy vs. Mendoza-Martínez”, 372 U.S. 144 (1963).

¹³ Citado por Roscoe Pound, op. cit., pág. 126

¹⁴ Para el año 1300 ya existían en Inglaterra tres tribunales de *common law*: el King Bench, el Exchequer y el Common Pleas.

¹⁵ El origen del juicio por jurados fue un decreto de Enrique II de 1166 (Decreto de Clarendon), que ordenó la reunión de los “doce hombres más leales de cada distrito condal y de los cuatro hombres más leales de cada aldea” para determinar la existencia de ladrones y asesinos en sus territorios. Tuvo tanto éxito la aplicación de esta medida que, por obra de la costumbre, se convirtió en garantía legal y más tarde adquirió rango constitucional. Enrique II dio un importante impulso al sistema judicial central y al *common law* durante su reinado (1154-1189).

de ley, la igual protección de los derechos, la libertad de comercio, el respeto de la propiedad privada, etcétera.

De este modo, el poder del Rey, que abarcaba todas las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, tenía sin embargo una valla no franqueada que era la resolución de los asuntos particulares de sus súbditos, en los que él no intervenía ni establecía las reglas de juego, pues éstas eran el fruto de la evolución espontánea del orden social.

El alegato de Fortescue

La importancia del *common law* como sistema de garantías legales a partir de entonces fue señalada por sir John Fortescue, presidente de la Corte Suprema inglesa en tiempos de Enrique VI.

Entre 1467 y 1471 escribió un libro titulado: *De laudibus legum Angliae (De los elogios a las leyes de Inglaterra)*, en el que comparaba las bondades del *common law* frente al *civil law*, derivación del derecho romano que regía en Francia. La importancia de esta obra se proyecta en el tiempo si se tiene en cuenta que Fortescue era uno de los autores más leídos, después de Coke y junto con Bracton, por los abogados de la Norteamérica colonial¹⁶. Decía Fortescue:

“Un Rey de Inglaterra no puede, a su voluntad, hacer ninguna alteración a las leyes del país, porque la naturaleza de su gobierno no es solamente real sino política. Si fuera meramente real, tendría facultad para hacer las innovaciones y alteraciones que quisiese en las leyes del reino, imponer alcabalas y otras penalidades al pueblo, le gustare a éste o no, como lo señalan las Leyes Civiles cuando *declaran Quod principi placuit legis habet virogem*¹⁷.”

“(…) Existe una sentencia muy célebre, que es regla en el Derecho Civil, esto es, que lo que agrada al Príncipe tiene el efecto de una ley. Las leyes de Inglaterra no admiten semejante máxima, ni ninguna cosa que se le parezca. Un Rey de Inglaterra no esgrime una espada semejante sobre sus súbditos (…)¹⁸.”

A continuación hace una descripción de los poderes absolutos de los que gozan los monarcas franceses en virtud del derecho civil, y los contrapone con los límites que las leyes de Inglaterra imponen al monarca inglés. Habla de los reyes franceses que, en cumplimiento de las leyes del derecho civil, “gobiernan a sus súbditos, cambian las leyes, promulgan otras nuevas, inflingen castigos e imponen contribuciones a su sola voluntad y placer”; mientras que los monarcas ingleses no

¹⁶ Ver Bernad Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, pág. 30.

¹⁷ “La voluntad del legislador tiene la fuerza de una ley”. Institutas de Justiniano, 1, 2, 6 (año 533).

¹⁸ Cit. por Roscoe Pound, op. cit., pág. 117.

pueden tocar la propiedad de un hombre sin su consentimiento, ni alterar las leyes del país en cuanto a las garantías de los procesos judiciales.

Esta descripción de Fortescue, aunque no parezca demasiado imparcial, es buena para demostrar el grado de desarrollo del *common law*, y el prestigio del que gozaba en pleno siglo XV¹⁹.

El siglo XVII

El siglo XVII marcó el comienzo de una prolífica jurisprudencia que dio fuerza al *common law* como generador de un orden espontáneo, que comenzó a ser vinculado con la teoría del derecho natural, especialmente por obra de sir Edward Coke, mientras fue presidente del Tribunal Superior de Inglaterra.

En 1603 el Tribunal resolvió “Darcy vs. Allen”. Debido a que “hombres de oficios y ocupaciones viles se aplican a juegos ociosos con naipes”, el Rey, a modo de remedio y represión, otorgó una carta-patente a Darcy, sus factores y agentes, como únicos proveedores de naipes, prohibiendo a cualquier otro importarlos, fabricarlos o venderlos por el tiempo que durase la patente.

Allen introdujo naipes en el reino y los vendió, violando la patente de Darcy, por lo que este último lo demandó por el pago de 2.000 libras a modo de compensación. Allen adujo en su defensa que, de acuerdo con las costumbres de Londres, un hombre libre puede comprar y vender toda cosa comerciable, y que, puesto que era hombre libre y tendero de Londres, y los naipes eran cosas comerciables, los compró y vendió.

El Tribunal, teniendo en cuenta que las concesiones reales procuradas contra la usual y establecida libertad de los súbditos son nulas, anuló ésta por dos razones: 1) porque los monopolios están en contra del derecho consuetudinario: 2) porque también violan distintas leyes del Parlamento²⁰.

En 1608, al dictaminar en el caso “Calvin”²¹, Coke revalorizó la doctrina del derecho natural como superior al elaborado por el gobierno, del mismo modo que había hecho Bacon en sus alegatos tribunalicios²². La teoría del derecho natural fue combinada en estos casos y varios más durante la presidencia de Coke, con los conceptos de *ley de la tierra* y *derecho consuetudinario*, fortaleciendo por ese medio la defensa de los derechos del hombre, anteriores y superiores a cualquier ley del gobierno.

¹⁹ Roscoe Pound, op. cit., pág. 28.

²⁰ Versión de Moore y de Coke, tomada por Roscoe Pound, op. cit., pág. 124.

²¹ 7 Co. Rep. I, Trin. 6 Jacobi I, 12 b.

²² Basil Montagu, *The Works of Francis Bacon*, J. Murray (comp.), Londres, 1825-1834, II, págs. 166-176; citado por Arthur E. Sutherland, *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana*, Tipográfica Editora Argentina, 1972, pág. 86.

Un año y medio después de “Calvin”, en el famoso caso del doctor Bonham²³, Coke reconoció la validez legal de la norma consuetudinaria según la cual nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo en un pleito.

El doctor Bonham impugnó una ley del Parlamento que facultaba a los censores y directores del Real Colegio de Médicos a “buscar, examinar, corregir y castigar” a todos los ofensores a la profesión médica, y a entregarlos a “algún encierro, cárcel o prisión dentro de la misma ciudad (la Torre de Londres excluida)”. En virtud de esa ley, el doctor Bonham había sido multado en 10 libras, y posteriormente encarcelado por falta de pago y desprecio a la autoridad de los censores.

El Tribunal anuló la ley, y sostuvo:

“(…) En muchos casos el derecho consuetudinario controlará las leyes del Parlamento, y a veces las juzgará enteramente nulas, porque cuando una ley del Parlamento es contraria al *common law* y a la razón, o antagónica o imposible de ser cumplida, el derecho consuetudinario la controlará y juzgará que tal ley es nula (…)

Algunos años más tarde (1615), en “Day vs. Savadge”²⁴, cuando ya Coke había sido separado del Tribunal Superior por sus ostensibles desafíos a Jacobo I, se reafirmó este principio al decidir, bajo la presidencia de sir Henry Hobart, que:

“(…) Hasta una ley del Parlamento, hecha contra la *equidad natural*, al punto de hacer a un hombre juez en su propia causa, es nula en sí misma; pues *jura naturae sunt immutabilia* (las leyes de la naturaleza son inmutables), y ellas son *leges legum* (las leyes de leyes)”²⁵.

La supremacía del *common law*, que a partir del siglo XIII se había consagrado frente al poder del Rey, ahora quedaba asegurada también frente al poder del Parlamento²⁶.

Recepción del *common law* en América

El derecho de la Norteamérica colonial era sustancialmente el mismo que el de Inglaterra; los jueces aplicaban los principios del *common law* siguiendo los precedentes del reino del cual eran súbditos. De este modo, las garantías del derecho común eran protegidas por los tribunales coloniales con la misma fuerza que en Inglaterra.

²³ 77 Engl. Rep. 647, 1610.

²⁴ Hobart 85, 80 Engl. Rep. 235.

²⁵ En igual sentido se resolvió en “City of London vs. Wood”, en 1701.

²⁶ La publicación de los tratados sobre el gobierno civil de John Locke, en 1690, habría de darle un vigoroso impulso a la doctrina política del derecho natural, que apuntaló la idea de un orden jurídico espontáneo, al dar nuevas armas contra la intromisión legislativa en los derechos individuales.

Existen pocos antecedentes de valor elaborados por los jueces coloniales, en los que las remisiones a fallos ingleses eran muy frecuentes. En términos generales, en los primeros años del período colonial los colonos se sentían orgullosos de ser ingleses, y hasta comienzos de la guerra de la Independencia, sus quejas se expresaban como reclamaciones contra la inobservancia del *common law*²⁷.

El autor más frecuentemente leído por los abogados coloniales era Coke; con menos asiduidad Bracton y Fortescue, y finalmente sir Francis Bacon y sus sucesores como Lord Chief Justice: sir Matéu Hale, sir John Vaughan y sir John Holt. Para los últimos años del período revolucionario, las principales autoridades jurídicas eran los “*Comentarios*” de Blackstone y las opiniones del Chief Justice Camden; se consultaban los *Reports* que comenzaban a proliferar, y algunos tratados sobre las leyes inglesas, como las *Lecciones sobre las leyes de Inglaterra*, de Sullivan; la *Ley de Evidencia*, de Gilbert; la *Ley de la Corona*, de Foster y las *Observaciones a los más antiguos Estatutos*, de Barrington²⁸.

En Norteamérica, al igual que en Inglaterra, el *common law* era el derecho surgido con independencia del gobierno; no un conjunto de reglas generales impuestas por el gobernante de turno, sino principios elaborados independientemente de él, y esto fue muy bien comprendido por aquellos revolucionarios que habían tenido estudios legales basados en el derecho inglés.

Un buen ejemplo de cómo la recepción del *common law* y su supremacía sobre la ley del Parlamento calaron en el espíritu de los próceres norteamericanos, se produjo al discutirse el caso “Pastón” en 1761, ante el Tribunal Superior de Massachussets. Pastón era un funcionario de Aduana que solicitaba la autorización del Tribunal, de acuerdo con mandamientos generales, para allanar domicilios en los que se sospechara que existiesen bienes de contrabando. James Otis, el famoso abogado de Boston, se oponía a la autorización sosteniendo que era contraria al derecho.

El tribunal finalmente falló contra Otis y otorgó el mandamiento. Pero la anécdota cuenta que John Adams, uno de los prohombres del nuevo país, que en ese momento aun era un joven estudiante de leyes y presenciaba el juicio, escribió en su cuaderno de notas que muchos años más tarde fue recuperado:

“En cuanto a las leyes del Parlamento:

“Una ley contra la Constitución es nula: una ley contra la equidad natural es nula; y si se hiciese una ley del Parlamento, redactada en las mismas palabras de esta petición, sería nula. Los tribunales ejecutivos deben dejar tales

²⁷ Arthur Sutherland, op. cit., págs. 141-142.

²⁸ Bernard Bailyn, op. cit., págs. 30-31.

leyes en desuso (8 Rep. 118, de Viner): Razón de *common law* para controlar una ley del Parlamento”²⁹.

Las huellas que dejó este fallo en los norteamericanos fueron profundas, al punto que una representación mural de esa escena fue pintada mucho tiempo después en los tribunales de Massachussets³⁰. Por ello no es de extrañar que al comenzar la lucha por la Independencia, por todos los medios se preservó la continuidad del *common law*, al que se consideraba el defensor de los derechos individuales. La Declaración de Derechos del Congreso Continental de 1774 estableció, en su artículo 5°:

“Que las respectivas colonias tienen derecho al *common law* de Inglaterra y, más especialmente, al grande e inestimable privilegio de ser juzgados por sus iguales en la vecindad, de acuerdo con el procedimiento de esa ley”³¹.

El *common law* fue así incluido en el derecho colonial, y las distintas cortes estatales, una vez declarada la Independencia, lo aplicaron regularmente. En 1792, por ejemplo, un tribunal de Carolina del Sur decidió que “es contra el *common law*, así como contra la Carta Magna, quitar la propiedad a un hombre, para cederla a otro”³². Más tarde se lo consideró integrado al derecho federal de los Estados Unidos cuando su Constitución se refiere, en el artículo III, sec. 2, a los casos “*en derecho y equidad*”³³.

Así, como apunta Corwin, declarada la Independencia de Inglaterra, los autores de la Constitución norteamericana lograron “captar” las normas del derecho natural y las formularon en el texto constitucional³⁴. Las primeras diez enmiendas a esa Constitución, sin la promesa de las cuales nunca hubiese sido aprobada por el pueblo, no crearon el Bill of Rights; fueron una simple declaración, para mayor abundamiento, de los derechos ya protegidos bajo el *common law*³⁵. De este modo, podría afirmarse que los principios formulados por el sistema legal de Inglaterra y sus colonias, de algún modo desbordaron el contexto jurídico y sirvieron de base filosófica para elaborar el sistema político del nuevo país.

²⁹ Arthur Sutherland, op. cit., pág. 160. La cita de Adams es del caso “Bonham”.

³⁰ Arthur Sutherland, op. cit., pág. 161.

³¹ Una cláusula similar contiene la Declaración de Derechos de Maryland, del 14 de agosto de 1776 (sec. 3°).

³² “Bowman vs. Middleton”, 1 Bay (So. Car.) 252, 254.

³³ Alexander Addison, “Analysis of the Report of the Committee of the Virginia Assembly”, 1880, publicado en *American Political Writings During the Founding Era*, Liberty Press., 1983, pág. 1078 y siguientes.

³⁴ Edward Corwin, “The Higher Law Background of American Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 42.

³⁵ Phanor J. Eder, *Principios característicos del common law y del derecho latinoamericano*, Abeledo Perrot, 1960, pág. 25.

Una de las discusiones más profundas que se protagonizaron al momento de redactar la Constitución fue precisamente la referida a la inclusión de una declaración de derechos. Los federalistas se negaban a ella, opinando que su sanción podría interpretarse en adelante como una limitación a los derechos naturales que el *common law* ya reconocía o que pudiese reconocer en el futuro; sostenían, además, que en el pensamiento de quienes hicieron la Constitución ella no había sido concebida para limitar el poder del gobierno, sino para *organizar* un gobierno nuevo, al que le daba facultades restringidas de las que no se podía apartar. En este contexto, se preguntaba Hamilton: “¿Para qué se necesita una declaración que establezca que el gobierno no podrá, por ejemplo, limitar la libertad de expresión, si la propia Constitución no le otorga facultad alguna para limitarla? Enumerar una serie de derechos en una Constitución podría entenderse como un reconocimiento de que los derechos sólo existen por delegación constitucional”³⁶.

Era una explicación lógica de acuerdo con la filosofía del sistema que se estaba creando, y especialmente en una concepción del derecho como elaboración judicial: no hace falta decir que el gobierno no debe hacer lo que de hecho no puede hacer. La función del gobierno se limita a lo estrictamente delegado.

Pero los temores a una confusión deben haber llevado –una vez que la tesis antifederalista triunfó en este aspecto- a incluir la Enmienda IX (similar a nuestro artículo 33) que dispone:

“La enumeración en esta Constitución de ciertos derechos, no podrá alegarse para negar o desvirtuar otros, retenidos por el pueblo”.

La irrupción del positivismo.

Sin embargo, no transcurrió mucho tiempo desde que se organizó el nuevo gobierno hasta que las vacilaciones filosóficas dieran paso a la primera confrontación entre el jusnaturalismo y el positivismo en el seno de la Corte Suprema de Justicia, lo que equivalió a dar el primer golpe al sistema jurídico-político norteamericano.

En “Calder vs. Bull”³⁷ se analizó si una ley testamentaria era ex post facto o no. Si bien la Corte coincidió en que ninguna garantía constitucional se había violado en ese caso, la importancia de la decisión radica en los fundamentos utilizados por los jueces Chase e Iredell, que establecieron respectivamente las bases del jusnaturalismo y del positivismo jurídico dentro de la Corte. Entre otras cosas, el juez Chase afirmó:

³⁶ *El Federalista*, N° LXXXIV.

³⁷ Dallas 386 (1798).

“(…) Hay ciertos principios vitales en nuestros gobiernos republicanos libres que determinan y prevalecen sobre un evidente y flagrante abuso del poder legislativo, como lo es autorizar una injusticia mediante el derecho positivo, o quitar seguridad a la libertad personal, o a los bienes privados, para cuya protección se estableció el gobierno. Un acto de la legislatura (ya que no puedo llamarlo ley), contrario a los grandes primeros principios del contrato social, no puede considerarse ejercicio legítimo de la autoridad legislativa (...). El genio, la naturaleza y el espíritu de nuestros gobiernos estaduales implantan la prohibición de tales medidas legislativas; y los principios generales del derecho y la razón las prohíben (...)”.

El juez Iredell respondió:

“Si (...) la legislatura de la Unión o la legislatura de cualquier estado miembro de la Unión, aprobara una ley de acuerdo con el alcance general de los poderes que le confiere la Constitución, la Corte no podrá declararla nula, sólo porque ella sea, a su juicio, contraria a los principios de la justicia natural. Las normas de la justicia natural no están fijadas por ningún patrón incuestionable de medida: los hombres más capaces y puros han discrepado a este respecto; y todo cuanto la Corte podría decir legítimamente, en un caso así, sería que la legislatura (dueña de igual derecho a opinar) había aprobado una ley que, en opinión de los jueces, era incompatible con los principios abstractos de la justicia natural”.

Aquí están expuestos crudamente los fundamentos filosóficos que podrían dar origen a los dos sistemas jurídicos del ejemplo introductorio: uno basado en un concepto objetivo de justicia, elaborado a partir del reconocimiento de los derechos individuales; el otro, que desprecia cualquier criterio objetivo y lo reemplaza por aquel según el cual es justo aquello que es establecido como justo por quien detenta el poder de legislar³⁸. Optar por uno u otro, en ese momento, significaba optar por un orden jurídico espontáneo o por codificación.

Abandono de la supremacía del derecho judicial

La disyuntiva planteada por la Corte en “Calder vs. Bull” fue el punto de partida del abandono de una visión del derecho como el producto de un orden espontáneo plasmado en decisiones judiciales con independencia de la intervención del Parlamento, y la tesis de Iredell poco a poco se fue afirmando en la jurisprudencia del Tribunal. Se inició entonces la era de superproducción legislativa,

³⁸ Considero muy importante el argumento de Iredell, en cuanto alertó ya en esa época sobre la necesidad de buscar definiciones objetivas y científicamente comprobables del derecho natural. En gran medida, el terreno perdido por el jusnaturalismo en los años siguientes se debió a que no se alcanzaron a elaborar a tiempo tales criterios objetivos, y lo que lo sustituyó –el positivismo– se guió por la subjetiva y caprichosa “voluntad del legislador”.

que en los años siguientes convirtió al sistema legal norteamericano en un remedo de la codificación, y a la Corte Suprema en un simple órgano convalidante de cualquier clase de leyes. Ya en 1837, después del fallo de la Corte en “Charles River Bridge vs. Warren Bridge”³⁹, el gran juez Joseph Story le manifestaba por escrito al juez Mc Lean:

“Me temo que no habrá, ni siquiera en nuestros días, ningún caso en que una ley aprobada por el Congreso o por un estado sea declarada inconstitucional; las viejas doctrinas constitucionales se están esfumando velozmente y se está operando un cambio en la opinión pública del que no puedo augurar nada bueno”⁴⁰.

Las lamentablemente premonitorias palabras del juez Story se convirtieron en la realidad, en la medida en que los tribunales se apartaron de los principios fundamentales del *common law* y los reemplazaron por un fiel apego a las leyes positivas, que cada vez en mayor número regularon los actos privados, y a conceptos vagos como el “bienestar general” o los “más altos intereses”.

Con base en la teoría de que los derechos no son absolutos⁴¹ y que la ley debe restringirlos con el objeto de proteger los intereses del pueblo, se convalidaron constitucionalmente leyes tales como las que reemplazaron el pago en oro previsto en los contratos por el papel moneda del gobierno⁴²; las que imponían precios máximos al almacenaje de granos⁴³; las que prohibían (inclusive antes de la Enmienda XVIII) la manufactura y venta de bebidas alcohólicas dentro de un estado⁴⁴, o la venta de cigarrillos sin licencia⁴⁵; las que exigían la conversión en dinero de las órdenes de entrega u otros reconocimientos de deuda dados en pago de salarios⁴⁶; las que declaraban ilegales los contratos de opción a comprar o vender granos u otras mercaderías a futuro⁴⁷; las que limitaban las horas de trabajo de las mujeres⁴⁸ y fijaban su salario⁴⁹, así como las horas de trabajo de los hombres empleados en manufacturas⁵⁰; las que fijaban el peso y tamaño del pan⁵¹; las que regulaban el uso de los sellos comerciales y de los cupones redimibles en relación

³⁹ 11 Peters 420.

⁴⁰ W.W. Story, *Life and Letters of Joseph Story*, vol. II, pág. 272.

⁴¹ “Chicago B. & Q.R.R. co. vs. McGuire”, 219 U.S. 549 (1911).

⁴² “Knox vs. Lee”, 79 U.S. 457 (1871)

⁴³ “Munn vs. Illinois”, 94 U.S. 113 (1876)

⁴⁴ “Mungler vs. Kansas”, 123 U.S. 623 (1887)

⁴⁵ “Gundling vs. Chicago”, 177 U.S. 183 (1900)

⁴⁶ “Knoxville Inn Co. vs. Harbison”, 183 U.S. 13 (1901)

⁴⁷ “Booth vs. Illinois”, 184 U.S. 425 (1902)

⁴⁸ “Muller vs. Oregon”, 208 U.S. 412 (1908); “Riley vs. Massachusetts”, 232 U.S. 671 (1914); “Miller vs. Wilson”, 236 U.S. 373 (1915)

⁴⁹ “West Coast Hotel Co. vs. Parrish”, 300 U.S. 379 (1937)

⁵⁰ “Bunting vs. Oregon” 243 U.S. 426 (1917)

⁵¹ “Schmidling vs. Chicago”, 226 U.S. 578 (1913)

con la venta de mercaderías⁵²; las que dispusieron trabajos forzados⁵³; las que regulaban la edificación⁵⁴, y muchas otras por el estilo.

“Munn vs. Illinois”

El caso “Munn vs. Illinois”⁵⁵ es un claro ejemplo de los principios filosóficos que forzaron el reemplazo del orden jurídico espontáneo por la reglamentación legal. En este fallo la Corte reconoció la validez de una ley estadual que fijaba la tarifa máxima de almacenaje de granos en las bodegas. A través del voto del presidente Waite, el Tribunal sostuvo:

“Cuando uno dedica su propiedad a un uso de interés público, garantiza en realidad al pueblo, al hacerlo, un interés en ese uso y debe someterse a la vigilancia pública por el bien común, en la medida del interés que él, de este modo, ha creado. Uno puede retirar su concesión, suspendiendo el uso; pero, en tanto lo mantiene, debe someterse a esa vigilancia (...). Sabemos que éste es un poder que puede ser objeto de abusos, pero para la protección contra tales abusos por las legislaturas, el pueblo tiene que recurrir a las urnas, no a los tribunales”.

La redacción de una sentencia como ésta, y la violación de derechos subsecuente, tuvieron origen en una actividad legislativa espuria. Pretender que alguien debe someter su propiedad a lo que la legislatura considere de “interés público” y que la existencia de los derechos individuales depende de la opinión mayoritaria, supone abandonar el principio filosófico medular que dio origen al sistema de derecho judicial anglosajón: que los jueces sólo pueden intervenir como árbitros en una controversia en la que se discutan derechos concretos, y con el objeto de proteger esos derechos concretos.

¿Qué hubiese ocurrido en un sistema en el que no se autoriza a la legislatura a dictar leyes de ese tipo? ¿Hubiese alguien demandado a Munn para obligarlo a desarrollar su actividad comercial de tal o cual manera, invocando su expectativa a alguna porción ideal del “interés público”? En el improbable caso en que alguien hubiese intentado hacer eso, ¿cómo respondería a la pregunta del juez, respecto de cuál es el derecho concreto que se ha vulnerado? La solución a una demanda de este tipo hubiese sido, probablemente, similar a la adoptada por el juez del país B en el ejemplo introductorio.

⁵² “Rast vs. Van Deman & Lewis Co.”, 240 U.S. 342 (1916)

⁵³ “Butler vs. Perry”, 240 U.S. 328 (1916)

⁵⁴ “Euclid vs. Ambler Realty Co.”, 272 U.S. 365 (1926)

⁵⁵ 94 U.S. 113 (1876)

En el mismo año de “Munn vs. Illinois”, en “Chicago B.& Q.R.R. Co. Vs. Iowa”⁵⁶, nuevamente en boca del juez Waite la Corte, en voto mayoritario, convalidó una ley que fijaba tarifas máximas a los ferrocarriles. Reafirmando el abandono de la función judicial a manos de la legislatura, sostuvo:

“Nuestra tarea es, exclusivamente, determinar si ello puede hacerse y en qué circunstancias. Si puede hacerse, es el legislativo el que debe decidir por sí mismo, sin ningún control por nuestra parte, si el bien común exige que se haga”⁵⁷.

Cuatro años después, en “Chicago M. & St. P.R’ w’ Co. Vs. Minnesota”⁵⁸, tres jueces de la Corte, Bradley, Gray y Lamar, votaron por la convalidación de una ley que impedía a los tribunales controlar la determinación de las tarifas ferroviarias fijadas por el estado, aun cuando fueran inicuas o injustas.

Con estas sentencias, la Corte dejó las manos libres a las legislaturas para que comenzasen a regular hasta los menores aspectos de las relaciones particulares, en violación a los derechos de propiedad. Al mismo tiempo abandonó deliberadamente su función esencial de control de la constitucionalidad de los actos del gobierno⁵⁹, desnivelando peligrosamente el equilibrio de poderes, que es la base de su sistema político.

Es verdad que hubo alguna resistencia judicial al avance del positivismo, especialmente en determinadas ramas del derecho en las que los jueces conservaron la idea de la función del gobierno como protector de los derechos individuales, y mantuvieron la aplicación de los principios del *common law*.

Se puede recordar en este sentido el alegato de Webster en “Darmouth College vs. Woodward”⁶⁰, en el que el famoso abogado sostuvo:

“No todo aquello que puede pasar bajo las formas de una sanción legal debe considerarse como la ley de la tierra. Si esto fuese así, leyes infamantes, leyes criminales y de tortura, leyes de confiscación, leyes revocatorias de fallos y leyes por las cuales se despoja de la propiedad a una persona para dársela directamente a otra, fallos legislativos, decretos y confiscaciones de todas las formas imaginables serían entonces la ley de la tierra”.

Medio siglo después de aprobarse las primeras diez enmiendas a la Constitución, cuando la Corte trataba de definir los alcances de la expresión “debido

⁵⁶ 94 U.S. 155 (1876)

⁵⁷ *Ibíd.*, pág. 164.

⁵⁸ 134 U.S. 418 (1890)

⁵⁹ Como había establecido especialmente a partir del caso “Marbury vs. Madison” (1 Cranch, 137; 1803).

⁶⁰ 4 Wheaton 518, 580-582 (1819)

proceso legal” a partir de la “ley de la tierra” siguiendo la evolución desde la Carta Magna y las Institutas de Coke, en palabras del juez Curtis sostuvo:

“La Constitución no tiene declaración sobre qué procedimientos deben considerarse permitidos y cuáles prohibidos. No declara siquiera los principios que se han de aplicar para dar con el debido procedimiento. Es evidente que no se dejó en manos del poder legislativo la facultad de establecer el tipo de procedimiento que quisiera (...). ¿A qué principios deben, pues, acudir con el fin de averiguar si este procedimiento establecido por el Congreso es el procedimiento debido? La respuesta debe ser doble. Debemos examinar la propia Constitución, para ver si este procedimiento está en contradicción con alguna de sus disposiciones; de no ser así, debemos indagar aquellos *usos y modos de proceder que existían en el common law y la ley de Inglaterra* antes de la emigración de nuestros antepasados, y que no han resultado inadecuados a su condición civil y política por el hecho de haberlos seguido practicando después de la creación de este país”⁶¹.

La Corte volvió a recurrir al *common law* para defender el derecho de propiedad, aun en ausencia de una efectiva y explícita previsión legal, en los “Trademark Cases”⁶², en donde resolvió que “el derecho a adoptar y usar un símbolo o una divisa para distinguir los bienes o propiedad hecha o vendida por la persona a quien pertenece la marca, excluyendo su uso por toda otra persona, ha sido largamente reconocido por el *common law* y las Chancey Courts de Inglaterra y de este país, y por los estatutos de algunos de los estados. Hay un derecho de propiedad cuya violación debe ser castigada por un tribunal de equidad, que establezca una compensación. Este derecho exclusivo *no fue creado por un acto del Congreso*, y no depende ahora de él para su aplicación. Todo el sistema de propiedad de marcas comerciales y los remedios civiles para su protección *existió mucho tiempo antes de tal acto*”.

También en “Meyer vs. Nebraska”⁶³, la mayoría de la Corte, esta vez en la opinión del juez Mc Reynolds, al anular una condena civil impuesta por una corte estadual a un colegio en virtud de una ley que prohibía la enseñanza de idiomas extranjeros a los alumnos, dijo que la libertad abarca el derecho de los individuos “a (...) gozar de aquellos privilegios tanto tiempo reconocidos por el *common law* como esenciales a la búsqueda ordenada de la felicidad por los hombres libres”.

Sin embargo, estas y otras excepciones no han podido evitar la penosa caída del sistema legal norteamericano hacia un régimen positivista que se acerca paulatinamente al elaborado por la codificación continental, como ya lo insinuara la Corte Suprema en “Hurtado vs. California” al menospreciar el valor del antiguo

⁶¹ “Murray’s Lessee vs. Hoboken Land & Improvement Co.”, 18 Howard 272, 276, 277 (1855).

⁶² 100 U.S. 82 (1879).

⁶³ 262 U.S. 390 (1923).

derecho inglés, al tiempo que valoraba el derecho romano, esperando que “nuestras nuevas y diversas experiencias originadas por nuestra propia situación y nuestro sistema peculiar, lo moldeen (al common law) dándole formas nuevas y no menos útiles”⁶⁴.

B. ¿Cuál es el contenido del *common law*?

Como se vio, desde la Carta Magna hasta sus comentaristas se usaron muchos nombres para referirse al *common law*: la ley de la tierra, el derecho consuetudinario, el derecho estatutario, la costumbre del Inglaterra. En la época de Coke se hizo también popular la referencia a la ley natural. Difícilmente pueda encontrarse una descripción explícita de su contenido. Dentro del empirismo judicial que lo originó, los jueces se limitaron en cada caso a afirmar que tal o cual disposición, que alteraba algún derecho individual, era contraria al *common law*, o que las libertades básicas de un individuo estaban protegidas por él.

Pero lo cierto es que la base filosófica apareció, por obra del propio sistema, plasmada en las sentencias, que reconocían los derechos y libertades del pueblo de acuerdo con las costumbres, antes de que fuesen escritos en sus declaraciones.

No en vano los primeros tratadistas fueron jueces⁶⁵ y sus obras tuvieron por objeto comentar el derecho inglés a la luz de los precedentes judiciales. Tampoco es casual que las cartas de derechos se limitasen a reconocer las garantías que la jurisprudencia ya había elaborado. La libertad jurídica de Inglaterra comenzó en el espíritu de sus habitantes, y se plasmó en sentencias judiciales, a través de una evolución no planificada ni impuesta. Finalmente fue recogida por las cartas y leyes.

Por eso nunca rigió en Inglaterra el Hábeas Iuris Civilis, ni ningún otro código romano; las tentativas de implantar el derecho civil de las que hablaba Fortescue en sus *Elogios*, por parte de monarcas ambiciosos de poder, encontraron una tenaz resistencia de parte de los jueces y abogados que ya tenían un cuerpo de derecho propio formado por la jurisprudencia, y de parte del pueblo, que veía en el *common law* el guardián de sus derechos tradicionales y la mejor garantía contra cualquier tiranía⁶⁶.

Pero el contenido del *common law*, por implícito, no dejó de ser determinado. Holmes, en su empirismo extremo, daba la siguiente explicación del origen de las reglas del *common law*:

“Las costumbres, creencias o necesidades de una época primitiva establecen una regla o fórmula. A lo largo de los siglos, la costumbre, creencia

⁶⁴ 110 U.S. 518, 531 (1884).

⁶⁵ Como por ejemplo Fortescue, Coke, Bacon.

⁶⁶ Phanor J. Eder, op. cit., pág. 12.

o necesidad desaparece, pero la regla permanece. La razón que dio lugar a la regla ha sido olvidada, y mentes ingeniosas se consagran a investigar de qué manera puede ser explicada. Se piensa en algún fundamento de política que parezca justificarla, conciliándola con el actual estado de cosas, y la regla se adapta entonces a las nuevas razones que se le han encontrado, entrando en un nuevo curso. La antigua forma recibe un nuevo contenido y con el tiempo aun la propia forma se modifica para ajustarse al nuevo significado que ha recibido”⁶⁷.

Pero aun en el caso de aceptarse esa tesis, es evidente que las primeras costumbres y las que se originaron con su evolución, partieron necesariamente de principios concretos. Ciertamente, no serán las mismas normas las que emanen de una sociedad cuya costumbre sea el trato comercial por acuerdos voluntarios para el beneficio propio, que las que emanen de una comunidad que se somete a la autoridad por la fuerza o el misticismo. Seguramente no se elaborarán los mismos principios en una sociedad en la que cada individuo busca su propio bienestar, y en consecuencia no da nada gratis ni aspira a lo no ganado, que en una en la que se considera a los hombres como simples vehículos de un fin superior.

El respeto por la vida, la propiedad, la libertad, el comercio, la privacidad y la independencia originaron determinado tipo de normas consuetudinarias en Inglaterra y otras partes de Europa, porque subyacían en el espíritu de su gente, y como consecuencia lógica, el gobierno no dictó leyes generales para imponer conductas a priori, y el orden jurídico se fue formando espontánea y paulatinamente sobre la base de las decisiones judiciales que hicieron cumplir aquellas normas.

Este punto resulta decisivo para determinar si el *common law* hizo posible una mayor extensión en el goce de los derechos o si, por el contrario, fue el especial amor por sus derechos que manifestaron los ingleses lo que permitió que apareciese este sistema. ¿Un orden espontáneo presupone por sí mismo la protección de los derechos, o necesita un reconocimiento explícito previo de tales derechos? ¿Podría existir un orden jurídico espontáneo en una sociedad de caníbales, o en donde no se reconociesen la propiedad privada o la libertad individual?

Supongamos una sociedad sin organización jurídica alguna. Los individuos que conviven en ella tienen dos formas básicas de relacionarse entre sí: usar la fuerza o comerciar. En el supuesto en que las relaciones sean por la fuerza, las consecuencias pueden ser dos: pelear todos contra todos en forma constante, o que algunos sean más fuertes que los demás y logren sojuzgarlos. En el primer caso, es imposible establecer orden jurídico alguno; en el segundo caso, se establecerá un orden jurídico impuesto por el triunfador, según las reglas establecidas a priori por éste, al modo de la codificación.

⁶⁷ Oliver W. Holmes, *The Common Law*, T.E.A., 1964, pág. 19

Si eligen comerciar, se verán enfrentados a dos posibilidades: que celebren sus acuerdos voluntarios sin que se originen conflictos, acordando y cumpliendo escrupulosamente sus pactos; o bien, que en determinadas circunstancias, algunos no cumplan su palabra. En el primer caso, la existencia de un orden jurídico sería innecesaria. Recién al surgir el primer conflicto aparecerá la necesidad de un sistema que permita resolverlo; y entonces se presenta nuevamente una opción: usar la fuerza (con lo que volveríamos a la primera hipótesis), o buscar un método pacífico para resolver los conflictos: aquí hace su aparición el juez, y éste es el punto de partida de la elaboración de un orden espontáneo. En la medida, y sólo en la medida, en que los hombres continúen considerando al comercio libre y voluntario como el medio de tratar unos con otros, y por ende respeten el derecho de propiedad, el orden jurídico será el resultado de la intervención de los jueces para resolver conflictos determinados en casos particulares.

En consecuencia, entiendo que la idea de un orden jurídico espontáneo está relacionada directa e ineludiblemente con la idea de propiedad privada y libertad individual; es consecuencia del respeto a los derechos y a la vez el único sistema de organización jurídica coherente con ellos.

Es incompatible con un orden espontáneo el desconocimiento de la propiedad o la libertad. Para que alguien pierda legalmente su propiedad o su libertad se requiere un acto de fuerza por parte del gobierno, imposible en un sistema como el que estoy describiendo⁶⁸. Del mismo modo, en una sociedad de caníbales, en la medida en que todos sus integrantes aceptasen ser comidos no existirían conflictos jurídicos relevantes; pero bastaría con que uno solo no aceptase servir de alimento para que la fuerza física fuese el único sustento del orden jurídico, lo que invalidaría cualquier intento de orden espontáneo, en los términos en que me vengo refiriendo a él.

Es cierto que podrían existir jueces cuyos criterios fuesen contrarios al reconocimiento del derecho de propiedad, y que llegasen a resolver sus causas de una manera injusta⁶⁹. Ello es inevitable, aun cuando un sistema republicano de gobierno podría reducir los riesgos de la mala elección de jueces.

⁶⁸ Recuérdese que las sentencias de los tribunales norteamericanos que mencioné más arriba no significaron una violación de los derechos en forma directa por parte de los jueces, sino la convalidación criminal de actos de fuerza del gobierno, como fueron las leyes del Congreso. Si las leyes no se hubiesen dictado, los jueces no hubiesen tenido oportunidad de violar institucionalmente derechos. Los jueces norteamericanos fallaron por omisión, al no proteger los derechos frente a la actividad legislativa espuria, y de ese modo traicionaron al sistema legal que les había conferido la función de guardianes de aquellos. Pero sin la sanción de las leyes, ellos no tenían posibilidad de violarlos institucional y generalizadamente.

⁶⁹ El análisis del concepto de justicia excede este trabajo, pero como una hipótesis para abordar este punto, utilizo el vocablo “injusto” en el sentido de “violatorio de un derecho individual”.

Sin embargo, los jueces injustos sólo podrían arribar a soluciones injustas en los casos individuales llevados a sus estrados, pero jamás tendrían el poder de generar injustas disposiciones generales y obligatorias para todos. La inexistencia de leyes de contenido positivo, la consecuente limitación del poder de los jueces a la resolución de los casos concretos y un buen sistema republicano de control de la actividad judicial, son la mejor garantía para evitar los abusos del gobierno.

IV. Algunas notas distintivas entre el orden espontáneo y la codificación.

A continuación, me propongo hacer algunas reflexiones sobre conceptos tales como certeza jurídica, pragmatismo, principismo y lógica, en su relación con los dos sistemas jurídicos que vengo analizando.

La certeza jurídica y el orden espontáneo.

Los pensadores de los países del derecho continental plantearon una ficticia disyuntiva entre certidumbre y justicia, y optaron por la primera. Prefirieron, invocando la “seguridad jurídica”, que la ley resolviese cualquier eventual problema a priori, mediante códigos que –aun cuando pudiesen contener soluciones injustas en los casos concretos, o que estuviesen en contradicción con la voluntad de las partes– dieran una apariencia de estabilidad al sistema, al prever una solución para las consecuencias que excediesen el mero interés particular. Esta iniciativa iba acompañada, por lo general, de la idea de que el derecho debía estar escrito en leyes y códigos.

Por esta vía se pasó del antiguo derecho pretorio de los romanos –que tenía gran similitud con el sistema inglés– a la codificación que dio comienzo con el *Corpus Iuris Civilis* en 529, que fue la base de los códigos europeos del siglo XIX.

Entre los jueces el *civil law* es posible encontrar abundantes referencias a principios difusos tales como el “bien común”, el “interés general”, los “más altos intereses de la patria”, que se apartan de lo que es materia de discusión en el caso concreto. Es más, muchas veces estas consideraciones se hacen prevalecer sobre los intereses en discusión, para avalar soluciones restrictivas de los derechos individuales involucrados. Como su misión se ha limitado a interpretar y aplicar leyes generales y coactivas sancionadas por los parlamentos, con el objeto de organizar la sociedad sin interesarse por la voluntad de sus miembros, los jueces terminan actuando como intérpretes de la potestad estatal y no como guardianes de los derechos individuales.

Por ejemplo, hace pocos años nuestra Corte Suprema de Justicia convalidó la constitucionalidad de la ley de partidos políticos, en cuanto exige que los candidatos

sean presentados por un partido reconocido legalmente y excluye de tal modo las candidaturas independientes. Uno de los votos que formó la mayoría sostuvo:

“La *necesidad de fortalecer las instituciones* requiere concentrar esfuerzos. Esto en detrimento de formas que, como las candidaturas independientes (admitidas en otras naciones de arraigada tradición democrática), si bien puede ser teóricamente encomiables por el incremento de la libertad individual que entrañan, no se insertan en la historia de nuestras prácticas políticas *como para que su establecimiento sea aconsejable* en la aludida etapa de transición”⁷⁰.

¿Aconsejable para quién? ¿Sobre la base de qué principios alguien puede violar un derecho porque su goce no le parece aconsejable? Este tipo de resoluciones –que es muy frecuente cuando se intenta convalidar leyes positivas en los sistemas codificados- no deberían dictarse en los lugares donde el derecho es el producto de la evolución jurisprudencial. Sin embargo, ello ocurre cuando los jueces se apartan de lo que es materia de discusión para considerar elementos extraños a la relación particular; y este apartamiento significa, en definitiva, un abandono del sistema en su conjunto.

Un ejemplo de ello son las palabras del juez Shaw, dictaminando como presidente de la Corte Suprema de Massachussets:

“Al considerar los derechos y obligaciones que surgen de las relaciones particulares, es competencia de las cortes de justicia tener en cuenta consideraciones políticas y de conveniencia pública”⁷¹.

Un principio básico emanado de la tradición jurídica republicana sostiene que las decisiones judiciales deben limitarse a resolver los casos concretos: “Nada que no esté en el expediente debe ser considerado por los jueces”. El fundamento de ello es que la misión principal de los jueces en un país libre es garantizar el respeto y protección de los derechos del individuo, y al administrar justicia no hacen otra cosa que evaluar situaciones de conflicto en las que algún derecho concreto pudiera resultar lesionado, basándose en las alegación y pruebas aportadas por las partes en igualdad de armas.

Precisamente contra imposiciones legales genéricas que alteren derechos individuales, las repúblicas liberales opusieron la protección de los jueces en los casos concretos. Pero cuando los propios jueces son los que justifican la violación de derechos so color de difusos intereses generales, es prácticamente imposible evitar la caída de ese país en alguna forma de autoritarismo.

⁷⁰ Causa R. 2, XX, “Ríos, Antonio Jesús s/ oficialización candidatura diputado nacional-Distrito Corrientes”, resuelta el 22 de abril de 1987, voto del juez Petracchi, considerando 14.

⁷¹ “Farwell vs. Boston & Worster R.R.”, 4 Met. 49, 58 (Massachusetts, 1842).

Un orden sin leyes positivas, sin códigos que reglamenten la vida de los individuos, como el *common law*, no es sinónimo de incertidumbre. La certidumbre se la dan ciertos principios básicos del derecho natural reconocidos en sus inicios y convertidos en normas consuetudinarias con el transcurso de los años, que son tenidos en cuenta en el momento de resolver las eventuales controversias que se pudiesen producir como consecuencia de un trato voluntario y libre entre individuos.

Es más, la experiencia ha demostrado que esos principios transformados en normas consuetudinarias son mucho más estables que las leyes y códigos, cuya vida depende exclusivamente de la voluntad de quienes tienen el poder de establecerlos. En la medida en que el procedimiento por el que se dicta una ley escrita sea más intenso y acelerado, más incierto será que las normas persistan en el tiempo. Nada impide que una ley escrita, cierta y precisa, sea imprevisiblemente cambiada por otra, no menos cierta y precisa⁷².

El carácter normativo de los precedentes en el *common law* resulta del principio del *stare decisis*, conforme con el cual los jueces deben resolver sus casos siguiendo los principios elaborados en las decisiones de otros jueces de mayor jerarquía en la misma jurisdicción, en tanto exista una identidad de tal magnitud que los asimile a esos efectos. Precisamente en la tarea de establecer los grados de similitud y diferencia con las sentencias precedentes, y en la determinación del momento de seguir nuevos rumbos jurisprudenciales, es donde radica la principal función que el sistema hace descansar en los jueces. Es bueno señalar en este sentido, que el acatamiento de los precedentes no es automático, sino que se basa en la autoridad moral que emana de esas decisiones, lo que permite a los jueces apartarse de las soluciones anteriores aportando nuevos argumentos en los que se funde para hacerlo, y de ese modo, evitar el anquilosamiento en la evolución jurídica que convertiría de otro modo a los tribunales en auténticos legisladores.

Esta tarea de examinar los precedentes es la que en definitiva le da cohesión al *common law* y lo vuelve cierto y predecible, no porque la solución al caso concreto esté escrita de antemano en algún código, sino porque la jurisprudencia, en su diario trabajo de resolver miles de conflictos particulares, va elaborando pautas de interpretación y solución que se vuelven ciertas y predecibles para los justiciables.

En la medida en que el fundamento último del sistema es la protección de la voluntad contractual y del derecho de propiedad en todas sus expresiones, estas pautas de interpretación y solución tienden a permanecer estables: la esencia del derecho de propiedad es siempre la misma, y su protección es un principio inalterable del *common law*; sólo varía el contexto en el cual se manifiesta. En cambio, en un régimen codificado, los principios sobre los que se asiente la ley tienden a cambiar con el humor de los legisladores y los vaivenes de la política.

⁷² Bruno Leoni, op. cit., pág. 122.

Pragmatismo vs. Principismo.

En un sentido similar, algunos autores ven al *common law* como un sistema pragmático en tanto se basa en la resolución de casos concretos, oponiéndolo al sistema continental, al que consideran “principista”. El fundamento de esta afirmación radica en que cuando los códigos resuelven las cuestiones a priori, han de hacerlo sobre la base de determinados principios preestablecidos; en cambio, en el sistema anglosajón, como son los jueces los que resuelven cuestiones concretas de acuerdo con las particularidades de cada caso, no hay principios –según estos autores- que deban seguirse necesariamente. La consecuencia de ello es el relativismo jurídico.

Así, por ejemplo, el juez Cardozo afirmaba que “la filosofía jurídica del *common law* es en el fondo la filosofía del pragmatismo. Su verdad es relativa, no absoluta. Toda norma que funciona bien, produce un título jurídico que será reconocido”⁷³.

Por ese mismo camino, el relativismo condujo a Holmes a afirmar que “nuestro sistema constitucional descansa sobre la tolerancia, y su más grande enemigo es el Absoluto”⁷⁴. Siguiendo este criterio llegó a opinar, como juez de la Corte Suprema:

“No hay nada que desprecie más que el uso de la Cuarta Enmienda (...) para prevenir la realización de experimentos sociales que desea una importante parte de la comunidad (...) aun cuando los experimentos puedan parecerme intrascendentes o incluso perniciosos”⁷⁵.

Sin embargo, lo que Holmes no analizaba era si esos “experimentos” suponían violar derechos individuales o no. No pensaba en términos de principios absolutos sino de conveniencia práctica, y por ese camino convalidó una a una todas las leyes que fueron cercenando a priori las libertades en su país. Así, en su famosa disidencia en “*Lochner vs. New York*”⁷⁶, en el que la Corte Suprema invalidó una ley que imponía un máximo de horas de trabajo a los panaderos, Holmes rechazó la solución diciendo: “Este caso se ha decidido sobre la base de una teoría económica que gran parte del país no comparte”⁷⁷.

No era un problema de teoría económica sino de principios jurídicos, y solamente basado en principios se debió resolver la cuestión planteada en uno u otro

⁷³ Benjamín Cardozo, *La naturaleza de la función judicial*, trad. al español de Eduardo Ponssa, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1955, pág. 81.

⁷⁴ Citado por Felix Frankfurter, “The Early Writings of O.W. Holmes Jr.”, *44 Harvard Law Review* 717, 724 (1931).

⁷⁵ “*Truax vs. Corrigan*”, 257 U.S. 312, 343-344 (1921).

⁷⁶ 198 U.S. 45 (1905).

⁷⁷ *Ibíd.*, pág. 75.

sentido. Pero Holmes, y muchos otros jueces a partir del siglo XIX, rechazaron la existencia de tales principios, aun cuando privadamente pudieran renegar de las leyes que convalidaban⁷⁸.

Por lo contrario, es posible demostrar que el *common law* no fue concebido, ni mucho menos, como un sistema librado al antojo de los jueces o al método de ensayo y error que determine cuándo una solución “funciona”, sino que está asentado en principios muy específicos que fueron elaborados y alimentados en el espíritu de la gente durante siglos (lo que posteriormente mereció el nombre genérico de costumbre) y se plasmó en una serie de documentos políticos y legales.

Como se vio más arriba, las cartas y declaraciones de derechos que surgieron en Inglaterra, y posteriormente en los Estados Unidos, fueron reconocimientos de los principios surgidos del derecho consuetudinario que ya estaban protegidos por el *common law*. Los principios del derecho inglés no se originaron en los documentos: los principios crearon los documentos.

Nótese además que hablar de una norma que “funciona”, implica sostener que dicha norma ha satisfecho los requisitos de un estándar determinado y ese estándar debe estar elaborado necesariamente de acuerdo con principios. Que “funcione” puede significar tanto que contribuya a lograr el respeto de los derechos individuales, como el respeto a la autoridad omnímoda de un tirano, que haga que todo el mundo tenga qué comer, o que logre que la fuerza física sea dejada de lado en las relaciones individuales. Todo depende de cuáles principios se tomen como parámetro de “funcionamiento”.

Como sostenía lord Mansfield, “el *common law* no es un conjunto de casos particulares, sino unos principios generales que esos casos ilustran y explican”⁷⁹. Al juez del *common law* no le interesa si la acción intentada por una de las partes en un pleito fue conveniente, útil o eficaz desde algún punto de vista superior, o si servirá los fines propiciados por la autoridad, sino tan sólo si concuerda o no con las normas reconocidas en ese conjunto de principios que organiza los precedentes⁸⁰. El juez

⁷⁸ Como puntualiza Bernard Schwartz, en sus cartas a sir Frederick Pollok, Holmes reconocía su “menosprecio por la interferencia gubernamental con la fijación de tarifas”, su creencia de que la ley Sherman antitrust era “una farsa basada en la incompetencia e ignorancia económica”, y su “descreimiento de que la Comisión de comercio Interestadual sea un cuerpo adecuado para confiarle la fijación de tarifas” (ver Bernard Schwartz, *Algunos artífices del derecho norteamericano*, Abeledo Perrot, 1989, pág. 123).

Pero el rechazo de valores absolutos le impidió considerar a la propiedad y a la libertad como los parámetros para decidir sus casos, y por ello optó por convalidar todas aquellas leyes que en realidad despreciaba. Además, su razonamiento padecía de una auto-contradicción que considero insalvable: si para él los absolutos no existe, ¿por qué aceptaba el poder del estado de imponer coactivamente principios absolutos mediante leyes positivas?

⁷⁹ Cit. por V. S. Holdsworth, *Some Lessons from Legal History*, Londres, 1928, pág. 18; tomado de Hayek, *Derecho Legislación y Libertad*, vol. 1, pág. 141.

⁸⁰ Friedrich Hayek, op. cit., vol. 1, pág. 141.

debe mantenerse independiente de los deseos del gobernante y cualquier tipo de “razón de estado”. El norte de su decisión no debe ser lo que la sociedad en ese momento precise, sino tan sólo lo que exijan los principios generales sobre los que el orden social descansa⁸¹.

Esos principios estuvieron íntimamente vinculados con las doctrinas del derecho natural en lo jurídico, y del gobierno con poderes limitados en lo político, y se basaron en el carácter absoluto e inalienable de los derechos de cada individuo a su vida, libertad, propiedad e independencia.

Un ejemplo del valor que se otorgaba a los principios puede verse en la Declaración de Derechos de Virginia, la primera de América (12 de enero de 1776), que después de enumerar los derechos del individuo, estableció en su artículo 15:

“Que ningún gobierno libre, ni el beneficio de la libertad, pueden ser preservados a ningún pueblo sino mediante la firme adhesión a la justicia, moderación, templanza, frugalidad y virtud, y mediante la *frecuente recurrencia a los principios fundamentales*”.

La propia Corte Suprema de los Estados Unidos, en las primeras décadas, tuvo muy en cuenta los principios. Así, en “Wilkinson vs. Leland”⁸², en palabras del juez Story, sostuvo: “Las máximas fundamentales de un gobierno libre parecen requerir que los derechos de libertad personal y de propiedad privada deban ser considerados sagrados”. Ese mismo año, Story volvió a hablar de los “sagrados derechos de propiedad” en su discurso inaugural en la Escuela de Derecho de Harvard, y agregó: “Los llamo sagrados porque si están desprotegidos, todos los otros derechos se hacen ilusorios o pierden su valor”⁸³.

Por el contrario, el positivismo jurídico –sustento filosófico de la codificación- centró su teoría en separar el derecho de cualquier relación con la naturaleza humana, y despreció la existencia de principios absolutos que pudiesen ser fundamento del orden jurídico. De allí, la consecuencia necesaria es que las leyes no se basan en ninguna consideración que no sea la impuesta por normas de jerarquía superior. La primera norma –la Norma Fundamental- emana de la voluntad del primer órgano constituyente. En este contexto, a menos que la Norma Fundamental imponga algún límite expreso al contenido de las leyes, cualquier disposición dictada con las formalidades requeridas es válida y obligatoria⁸⁴.

⁸¹ Op. cit., pág. 142.

⁸² 2Pet. 627, 657 (1829)

⁸³ W.W. Story, *The Miscellaneous Writings of Joseph Story*, 1852, pág. 519.

⁸⁴ El triunfo de esta postura ha destruido literalmente el sistema político de los países organizados como repúblicas constitucionales, porque significó alterar el equilibrio de los poderes del gobierno, en detrimento del judicial y en beneficio del legislativo: los jueces dejaron de resolver controversias sobre la base de su criterio de justicia, y lo hacen de acuerdo con las soluciones impuestas por las leyes.

El desconocimiento de absolutos es lo que permitió al positivismo elaborar este sistema. Hans Kelsen, el padre del positivismo moderno, fue muy elocuente en este sentido al sostener: “La justicia absoluta es un ideal irracional”⁸⁵.

Frente a este desprecio por los absolutos, cuyas consecuencias en el terreno del derecho se han puntualizado más arriba, puede oponerse que la supremacía de los derechos sobre la ley se basa en un encadenamiento de principios que tienen como base el reconocimiento de la supremacía de la existencia sobre la conciencia, y la aceptación de la naturaleza humana: la existencia del hombre *qua* hombre es una verdad absoluta; la circunstancia de que el hombre no es omnisciente, ni tiene un código de respuestas automáticas para conducirse, es un absoluto; por ende, la necesidad de emitir juicios de valor y tomar decisiones a cada paso de su vida es un absoluto, y, en consecuencia, la necesidad de tomar tales decisiones sin verse sometido a coacción, es decir, la libertad, es un absoluto. Un sistema jurídico destinado a proteger esa libertad y su producto, la propiedad, concuerda objetivamente con la naturaleza humana.

Experiencia vs. Lógica

Desde otro aspecto, se critica al sistema continental por considerarlo rigurosamente lógico, que convierte a los jueces en meros aplicadores de la ley a través de una cadena de silogismos⁸⁶. Esas críticas se traducen en elogios al *common law* en tanto su empirismo libera al juez de “ataduras lógicas” y le permite adecuarse a la realidad que debe resolver. Basta con recordar la famosa frase de Holmes: “La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”⁸⁷.

Pero lo cierto es que no hay contradicción entre la lógica y la experiencia. El conocimiento del hombre no se adquiere por la lógica fuera de la experiencia ni por la experiencia fuera de la lógica, sino *por la aplicación de la lógica a la experiencia*⁸⁸.

El *common law*, como sistema de elaboración del derecho, no desprecia la lógica en nombre de la experiencia, sino que aplica la lógica a los casos concretos. Por su parte, el error de un sistema de legislación codificada no radica en que sus jueces utilicen la lógica, sino en que su razonamiento lógico parte de una premisa falsa, que es la de presuponer que el legislador pueden planificar la conducta de los individuos.

⁸⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, 1977, pág. 62.

⁸⁶ Julio Gottheil, *Common Law y Civil Law*, Abeledo Perrot, 1960, pág. 123.

⁸⁷ Oliver W. Holmes, op. cit., pág. 15.

⁸⁸ Leonard Peikoff, “The Analytic-Synthetic Dichotomy”, en *Introduction to Objectivist Epistemology*, de Ayn Rand, pág. 151.

No es experiencia contra lógica lo que enfrenta al derecho espontáneo con la codificación, sino dos puntos de partida opuestos, desde los cuales –aun cuando se aplicase el mismo procedimiento de análisis lógico- las conclusiones habrán de ser, inevitablemente, opuestas.

El fundamento lógico del orden espontáneo.

El orden jurídico que desarrolló el *common law* se amoldó funcionalmente a la naturaleza humana, siguiendo este razonamiento lógico:

Si los hombres no poseen un código de respuestas automáticas que les indique cómo comportarse, necesitan libertad para tomar decisiones, y la posibilidad de disponer y aprovechar el producto de las decisiones correctas; su vida depende de que puedan efectuarse elecciones voluntarias e individuales. Los acuerdos contractuales son el medio natural de cooperación humana; en consecuencia, el gobierno es legítimo sólo en la medida en que se dedique a garantizar la libre celebración de los contratos y que los derechos emergentes de ellos sean ejercidos plenamente. Por lo contrario, no le corresponde ninguna participación a priori en la toma de decisiones individuales⁸⁹.

Ergo, si la función del gobierno es proteger los derechos, sólo podrá intervenir para resolver conflictos concretos, y no para imponer conductas. El reconocimiento de la naturaleza humana rechaza las leyes de contenido positivo⁹⁰.

El positivismo, en cambio, desprecia la voluntad fuera del ámbito concreto de la delegación legislativa, lo que equivale a despreciar el elemento básico de supervivencia humana. La capacidad de valorar es individual y no es posible sustituir el criterio y decisión individuales por un criterio colectivo, sencillamente porque tal cosa no existe. No es posible pensar a través del cerebro de otro. No existen cerebros colectivos⁹¹.

A partir de este reconocimiento, está en la esencia de un orden jurídico espontáneo la creación de un mecanismo judicial para resolver los conflictos. Para ello no se necesitan leyes generales, sino jueces, y por eso el *common law* –el ejemplo más claro en la historia moderna de un orden jurídico espontáneo- apareció como un orden esencialmente judicial.

⁸⁹ Así lo entendieron los tribunales norteamericanos cuando resolvieron que: “El privilegio de contratación es tanto un derecho de libertad como de propiedad, y si se le niega a ‘A’ el derecho de contratar (...) está claro que se lo priva tanto de su libertad como de su propiedad” (Frerer vs. People”, 141, Ill, 171, 181; año 1892).

⁹⁰ De este modo, según mi opinión, es posible combinar una teoría aristotélica de la realidad y el conocimiento, y sus implicancias políticas de acuerdo con los postulados enunciados por Ayn Rand, con la idea de un orden jurídico espontáneo.

⁹¹ Ayn Rand, *Capitalism: The Unknown Ideal*, New American Library, 1962, pág. 17.

Derecho público y derecho privado

Una de las características originarias del *common law*, al ser evolución judicial en casos concretos, es que no permitió la distinción entre derecho público y derecho privado. Ni el estado ni los funcionarios del estado ocupaban una posición privilegiada⁹². Y ésta fue una de las principales causas de resistencia a la incorporación en Inglaterra del derecho romano.

De acuerdo con los principios del *common law*, todo hombre, cualquiera que sea su rango y condición, está sujeto a la ley ordinaria y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, es decir, que es un principio básico la igual sujeción de todos a la misma ley. Dicey sostiene al respecto que:

“el imperio de la ley en este sentido excluye la idea de cualquier excepción para los funcionarios u otras personas, para con el deber de obediencia a la ley que rige a los otros ciudadanos, o con respecto a la jurisdicción de los tribunales ordinarios; no puede haber entre nosotros nada equivalente al derecho administrativo (*droit administratif*) o a los tribunales administrativos (*tribunaux administratifs*) de Francia. La noción que yace en el fondo del ‘derecho administrativo’ conocido en los países extranjeros es que las cuestiones o controversias concernientes al gobierno o a sus agentes escapan a la esfera de los tribunales civiles y deben ser tratadas por corporaciones especiales, más o menos oficiales. Esta idea es totalmente ajena al derecho inglés y es, en realidad, fundamentalmente opuesta a nuestra tradición y costumbre”⁹³.

En el concepto de división de poderes anglosajón, basado en un sistema de frenos y contrapesos recíprocos, uno de los medios para detener las extralimitaciones de la administración es que los tribunales controlen la legalidad o ilegalidad de sus actos. En Francia, en cambio, una distinta concepción de la división de poderes impide que el poder judicial interfiera en la legalidad de los actos administrativos. En cierto modo, el principio sostenido a partir del caso Bonham, de que nadie puede ser juez y parte en un mismo juicio, fue dejado de lado en la interpretación francesa de la división de poderes⁹⁴.

Como enseña Couture, el concepto de un derecho o ley única superior a todos, incluyendo al soberano y sus representantes, es compatible con la forma en

⁹² Phanor J. Eder, op. cit., pág. 35.

⁹³ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9° ed., Macmillan, Londres, 1941, págs. 202-203.

⁹⁴ Al hablar de una interpretación francesa de la división de poderes me refiero a las ideas que llevaron a justificar la creación del Conseil d’Etat como tribunal administrativo con funciones jurisdiccionales. No estoy hablando de autores como Montesquieu y otros que tuvieron una gran influencia francesa en este punto.

que fue creado el *common law*, de abajo hacia arriba, partiendo del pueblo, a diferencia de los códigos modernos que son ante todo actos de autoridad: “Son la fuerza, el imperio, el poder los que imponen el derecho a los súbditos. La ley viene de arriba, y los de abajo la aceptan o sucumben⁹⁵.”

Esta característica del *common law* evitó en los países que lo adoptaron el desarrollo del derecho público en sentido técnico, y especialmente del derecho administrativo, que en gran medida ha sido la herramienta jurídica de dominación en los países de derecho continental. Lo que en los Estados Unidos e Inglaterra se llama *administrative law*, ha sido en general una recopilación de jurisprudencia de tribunales ordinarios respecto de causas en las que estuviesen en juego las facultades concedidas a la administración pública; pero no ha existido históricamente un cuerpo armónico de derecho administrativo⁹⁶. Sin embargo, este derecho administrativo se va desarrollando inevitablemente aun en los países del *common law*, en la medida en que crece la intervención del estado en la vida privada, alentando la sanción de leyes de este tipo, al punto de originar resistencias entre algunos juristas y jueces como Lord Hewart, Justicia Mayor de Inglaterra, quien en 1929 ya alzaba su voz denunciando el avance de la burocracia sobre la vida privada de los ingleses en un libro titulado: *El nuevo despotismo*⁹⁷.

V. Revalorización de la teoría del orden espontáneo a partir de nuevas reacciones contra el positivismo.

El establecimiento del régimen nazi y los procesos penales realizados al acabar la Segunda Guerra Mundial demostraron que las leyes pueden ser inicuas e inclusive criminales.

El filósofo y jurista alemán Gustav Radbruch, que en la década del 30' había sido un defensor del positivismo y el relativismo jurídico, en su primera toma de posición después de la guerra, decía:

“Una orden es una orden, tal cosa vale para los soldados. La ley es la ley, dice el jurista. Mientras que para el soldado el deber y el derecho cesan de requerir obediencia cuando él sabe que la orden persigue un crimen o una falta, no conoce el jurista, desde que hace unos cien años se extinguieron los últimos jus-naturalistas entre los juristas, ninguna excepción respecto de la validez de

⁹⁵ Couture, *La justicia inglesa*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 18.

⁹⁶ Phanor J. Eder, op. cit., pág. 38, nota 8.

⁹⁷ Citado por Eder, op. cit., pág. 39.

la ley y la obediencia de los sometidos a la ley. La ley vale porque es ley, y es ley cuando ella, en la generalidad de los casos, tiene el poder de imponerse.

“Esta concepción de la ley y su validez (nosotros la llamamos doctrina positivista) ha vuelto tanto a los juristas como a los pueblos indefensos frente a las leyes, por más arbitrarias, crueles o criminales que ellas sean”⁹⁸.

En *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*⁹⁹, el filósofo alemán citó varios ejemplos de procesos criminales iniciados con motivo de las atrocidades cometidas en cumplimiento del orden jurídico nazi. Hablaba por ejemplo del caso del comerciante Göttig, denunciado por un tal Puttfarken por haber escrito en un baño público: “Hitler es un asesino de masas y culpable de la guerra”; Göttig fue detenido, juzgado y condenado a muerte. Un año después de terminada la guerra, el fiscal general de Turingia acusaba a Puttfarken como cómplice del homicidio de Göttig, y a los jueces que lo condenaron como autores. Dos verdugos del régimen fueron condenados a muerte por su participación en numerosas ejecuciones dispuestas por un tribunal de Halle, sobre la base de que no podían considerar que su trabajo era el cumplimiento de una legislación que debiera ser acatada. Un soldado desertor de las filas alemanas, que fue posteriormente atrapado y que mató a un guardia con alevosía para poder escapar, fue sobreseído después de la guerra por un tribunal de Sajonia, pues se consideró que actuó en un estado de necesidad para sobrellevar una situación que no tenía justificativo, en la que corría peligro su vida. Todos estos procesos traen aparejada la idea de que no cualquier cosa que el Parlamento sancione puede ser tomada como ley, que el derecho es algo más que la mera disposición legislativa.

Como sostuvo Radbruch, se entabló en todas partes una lucha contra el positivismo, desde el punto de vista de la arbitrariedad legal y del derecho suprallegal, frases ambas contradictorias en un sistema positivista.

Después de que el proceso de Núremberg dejó al descubierto una de las más grandes estructuras de dominación jurídica jamás organizadas, sólo igualada contemporáneamente por la atroz desnaturalización del derecho en los países comunistas, muchos teóricos han sostenido la misma posición antipositivista, que dejó un lugar creciente a la búsqueda de soluciones que no sean solamente conforma a la ley, sino en especial justas, razonables y aceptables. Se dice que para realizar esta síntesis entre la ley y la equidad se le permite al juez flexibilizar a la primera, merced a la intervención creciente de reglas de derecho no escritas, representadas por los principios generales del derecho y por la toma en consideración de tópicos jurídicos. Según se afirma, esta nueva concepción acrecienta la importancia del derecho pretorio y hace del juez el auxiliar y el complemento indispensable del legislador, e, inevitablemente, aproxima la concepción continental del derecho a la

⁹⁸ Gustav Radbruch, *El hombre en el derecho* (Recopilación), Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 121.

⁹⁹ Op. cit., pág. 127 y siguientes.

anglosajona regida por la tradición del *common law*¹⁰⁰. Subyace en estas nuevas corrientes la idea de que las leyes deben partir de determinados presupuestos extranormativos, cuyo desconocimiento las invalida como leyes.

Pero lo que es fundamental no olvidar en este sentido, es que el *common law* no es una forma de suavizar o elastizar soluciones legales, ni una mera remisión al derecho natural, sino la concepción filosófica global de un sistema político y jurídico.

No constituye un acercamiento a la idea de un orden jurídico espontáneo que los códigos remitan al derecho natural o a los principios generales del derecho, como en el ejemplo que cita Eder¹⁰¹. Es la existencia misma de esos códigos lo que rechaza, y si no se entiende eso, no se ha entendido el sistema.

En la medida en que se intente desandar el tortuoso camino del positivismo, será necesario volver a concebir al derecho como el reconocimiento de las potencialidades individuales, y al orden jurídico como el sistema destinado a evitar que alguien impida que esas potencialidades se conviertan en acción.

De las dos formas de elaborar un sistema jurídico, la coactiva y la espontánea, esta última ha demostrado ser la más adecuada para lograr ese fin.

¹⁰⁰ Ch. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Ed. Civitas, Madrid, 1979, pág. 179.

¹⁰¹ El artículo 4 del Código Civil colombiano, reformado por la ley 153 de 1887, que dispone: “Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos” (Phanor J. Eder, op. cit., pág. 25, nota 27).