

**EL COMMON LAW DE LOS
ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.**

(Génesis y evolución).

por Olsen A. Ghirardi.

SUMARIO: 1. Su adopción. 2. Oliver Wendell Holmes (1841-1935). 3. Benjamín Cardozo (1870-1938). El caso *MacPherson v. Buick Co.* 4. Análisis del caso. 5. El voto disidente de Willard Bartlett. 6. El *principio* (contenido en el precedente) y la experiencia del caso concreto. 7. Roscoe Pound. (1870-1964). 8. El caso *Ciraolo v. City of New York*. 9. Reflexiones acerca del sistema. 10. Desplazamientos semánticos.

1. Nadie ignora que los Estados Unidos de Norteamérica tiene su propia Constitución nacional y cada Estado de la Unión tiene la suya, así como nosotros tenemos una Constitución Nacional y cada Provincia tiene también la suya propia. Al decir esto prescindimos de los matices particulares de cada país y de las vicisitudes por las que cada uno pasó para lograr su organización política y jurídica.

Los Estados Unidos, no obstante tener su constitución y diferenciarse *en ello* de Inglaterra —a cuyos habitantes dejaron en la felicidad de la Carta Magna de 1215- adoptaron, respecto del derecho privado- el sistema del *common law*. Es decir, tienen también dos cuerpos de normas: un derecho escrito, las leyes ordinarias originadas en el Congreso, y un derecho común, denominado *common law*, surgido de la actividad judicial, en las causas que constituyen en los conflictos privados un *case law*.

James M. Walker en su obra (1852. *The theory of the common law*, The Lawbook Exchange, Ltda., Union, New Jersey, edición de 1998), asevera que, en el país del Norte “el derecho es una colección de principios y la ciencia del derecho no trata de ellos en cuanto principios abstractos, sino en cuanto se refieren a las cosas concretas”. Esto, naturalmente, implica una actitud como la que hemos denominado *actitud inglesa*”.

Recalca el autor citado el aspecto empirista del espíritu anglosajón inglés, que sus primos americanos adoptaron, de tal manera que los investigadores y los juristas nunca descienden de lo general a lo particular; y tampoco ascienden de lo particular a lo general, que es el método adecuado para descubrir la verdad científica. Diríamos que, en el caso particular del *common law*, van de lo singular a lo singular, característica típica de su particular ciencia jurídica. Nadie puede negar, en verdad, que es innegable que las ciencias jurídicas no participan de los caracteres de las ciencias exactas.

El método geométrico o demostrativo, ha sido aplicado con gran suceso por las ciencias particulares, sin embargo, no puede considerarse que el rango de la ciencia jurídica sea de la misma clase que el de la geometría, se lamenta Walker. Los términos de la geometría no albergan ambigüedades, los temas de que trata son independientes de las cosas y su vocabulario es cuidadosamente definido. Se diría que sus propiedades y sus relaciones son inmutables.

Con la ciencia jurídica no ocurre lo mismo. Más todavía, en una concepción realmente empírica, en la que los jueces parten siempre de lo singular y concreto y se esmeran por encontrar un precedente que se adecue al caso, también singular y concreto, el método no puede ser el mismo que el de la geometría. La realidad histórica, cuya materia nutre a la ciencia jurídica y a las ciencias sociales en general, es mutable, variable, cambiante, según los lugares y los tiempos.

Por cierto, una constitución de alguna manera cristaliza una concepción política y jurídica. Así, los Estados Unidos se dieron una Constitución definitiva en el año 1787, con lo que se logró una unión más perfecta entre los Estados que formaron la nación.

Con una figura muy simpática, James Walker, asegura que, en ese régimen, la Constitución es la ley suprema pero no la fundamental. De esa manera, el *common law* fue reconocido como la *ley de la tierra*. Adoptaron viejos principios ingleses, tradicionales costumbres, que fueron adaptadas en un nuevo medio natural y social y según las circunstancias vividas por el pueblo de las colonias americanas.

Además, muchos de los abogados coloniales habían estudiado en Inglaterra y tenían un perfecto conocimiento del sistema del *common law* inglés. Las causas judiciales, con la Constitución, recibieron –afirma Walker– una “new energy and ímpetus”. Por eso, el *common law norteamericano* contribuyó a preservar la unidad de la Nación, fortaleció la convivencia solidaria, controló y reforzó la tarea del estado y mantuvo la integridad familiar. De igual forma, ese mismo sistema, al afianzar los principios fundamentales, se consolidó a sí mismo

como sistema jurídico nacional, en forma coherente, pacífica y ordenada. No debe entenderse, con absoluta seguridad, que haya sido un amasijo de elementos dispersos, sin orden ni concierto. La unidad jurídica de la Nación, en sus principios y en sus formalidades, devino tan sólida, como la unidad política.

En esa tarea insignes juristas y prestigiosos jueces tuvieron un papel fundamental. Es probable que ése fuera el elemento creador, que gravitó hondamente. Hombres inteligentes y prudentes, sumamente empíricos y pragmáticos, tuvieron el tino de advertir que el derecho está siempre “adoptando nuevos principios de la vida, por un lado, y reteniendo otros viejos de la historia, por otro lado”, según expresiones de Holmes, tal como las desliza en su libro ya citado al comienzo de esta obra. El mérito, pues, consistía en compatibilizar ambos aspectos y eso es lo que hicieron. El derecho consuetudinario recibido fue reformado e hicieron un molde propio y nacional, que el pueblo apreció y respetó.

Si leemos atentamente a Holmes advertiremos que se alegraba de no tener que lidiar con fórmulas silogísticas propias del *civil law* (derecho continental) y se aferró al sistema inglés, cuya flexibilidad inspiraba un derecho de avanzada en sus contenidos realistas y sociales, que la experiencia vívida les mostraba. De ahí su famosa frase: la vida del derecho está en la experiencia; no en la Lógica. Y creemos que escribió tal sentencia después de la lectura de Walker, para manifestar su desacuerdo con citas que añoraban fórmulas geométricas – demasiado cercanas al silogismo- para dotar a la aplicación del derecho de una seguridad largamente anhelada.

Pero, acerca de la adopción del sistema del *common law* no hubo duda ninguna. Diríamos que fue entusiastamente reconocido y aceptado como un *sistema completo*, por la comunidad de las colonias inglesas, a tal punto que la Constitución de Nueva York lo declaró como parte del derecho de su territorio, según se había en ella estatuido. Por lo demás, la equidad fue también parte esencial del derecho norteamericano, gracias a la influencia del juez James Kent, quien pugna por ello en su reconocida obra *Commentaries on American Law*. Igualmente, Joseph Story compartió con Kent la tarea de introducir la equidad en el sistema jurídico norteamericano, al afirmar en forma sintética como conclusión que “la característica de la equidad consiste en suplir las deficiencias del derecho” (*Commentaries on Equity Jurisprudence*). Podríamos concluir, *brevitatis causa*, que fueron Kent y Story quienes le dieron a la equidad un sesgo especial y típico en su forma norteamericana.

Los juristas de los Estados Unidos, en verdad, reelaboraron el *common law* según su propia perspectiva y contribuyeron a definirlo como un campo de principios derivados originariamente de costumbres que estaban contenidos en los fallos de los tribunales supremos y también en leyes *ad hoc* promulgadas para corregir o ampliar las decisiones de los jueces. No obstante, en general, los norteamericanos no fueron nunca partidarios de una codificación general de las normas jurídicas. Esto equivale tanto como a no compartir la predilección por el derecho civil codificado (*civil law*).

El elemento clave de la perdurabilidad del *common law* es la existencia, en el sistema, de la doctrina del *precedente* obligatorio, que hicieron suyo. Todo condujo, por propia gravitación, a admitir que las decisiones de los tribunales superiores de la jerarquía judicial era obligatoria, de tal manera que el propio tribunal supremo del país quedaba vinculado por sus mismas sentencias. Por las causas expresadas el pueblo pudo gozar de un sistema que, al mismo tiempo que otorgaba seguridad y estabilidad jurídicas, tenía siempre la puerta abierta y era flexible a las nuevas evoluciones sociales y a los cambios que la época de la tecnología aportaba al progreso de la nación. Ello, unido a una serie de jueces sabios, prudentes, honestos y pragmáticos, hizo el resto.

2. Asimilado lo que va dicho, la mejor manera de adentrarse en las características propias del derecho norteamericano, que no fue una mera copia del derecho inglés, es hacer un breve esquema de las ideas de las personalidades que lo elaboraron.

Comenzaremos con Oliver Wendell Holmes (1841-1935). Se ha dicho con fundamento que su obra doctrinaria es el punto de partida de la ciencia jurídica norteamericana. Una de sus obras más importantes es, sin duda, la monumental *The Common Law*, escrita –como dijimos– en 1881, en la que estudia las formas tempranas de responsabilidad por daños resarcibles, según el método histórico, para mostrar su evolución e iluminar sus caracteres.

El perfil singular de Holmes quedó fijado con su pertenencia a la escuela intelectual, literaria y científica de Boston-Cambridge. De tal forma, su amplia visión del mundo científico y su notoria cultura acerca del pensamiento filosófico inglés quedó plasmada con la lectura de autores como Locke, Hobbes, Hume, Stuart Mill y Spencer. Conoció, además, las teorías de Darwin y Peirce.

En su patria formó parte del *Metaphysical Club*, en cuyo seno se comentaba y se leía también a Jeremías Bentham, a Darwin y otros intelectuales ingleses de la época. Así nacieron sus preferencias por las ideas jurídicas basadas en el evolucionismo social y en el pragmatismo.

Llegó a ser profesor de Harvard y miembro de la Suprema Corte de Massachussets (1882-1902) y de la de los Estados Unidos (1902-1932).

Si bien es cierto que llegó a la fama elaborando su teoría del *common law*, con los fundamentos que hemos señalado, alcanzó el cenit intelectual con la obra *The path of the law* (1897), en la que elaboró cuidadosa y sólidamente la teoría de la *predicción*. De ahí que definiere el derecho como “la previsión (o profecía) de lo que harán los tribunales”. Un buen abogado, con todos los elementos del caso, hará el diagnóstico (y la profecía) de lo que juez fallará al sentenciar la causa. El jurista –según Holmes- debe tener la vista más fija en lo que hace y dice el juez que en el legislador.

En su pensamiento, el concepto de lo que es el derecho –en el sistema del *common law*- queda mejor precisado si enunciarnos cuáles son sus caracteres. Así, diríamos que:

- a) el derecho debe definirse con relación al *futuro* y no con relación al pasado;
- b) el derecho no se encuentra: *se crea*;
- c) el derecho, no es preexistente, pero sí *previsible*;
- d) se distingue de la *moral*;
- e) a su vez, la *Lógica*, por sí sola, no es suficiente para explicar el derecho;
- f) el juez debe ser prudente, pues no tiene licencia para resolver lo que se le ocurra;
- g) el juez no debe olvidar utilizar el *método* adecuado al objeto de su estudio;
- h) y, sobre todo, no debe olvidar que el derecho *emana* de los tribunales.

Imbuído del evolucionismo de Darwin y de Spencer, sostiene que el derecho evoluciona doblemente: a) mediante su *sustancia* (en su sentido dispositivo y en el logro de sus objetivos); b) en su *forma* (esto es, en sus conceptos, en las instituciones que lo fijan y en los razonamientos que lo justifican). Los cambios en su sustancia lo armonizan con la evolución social; y los cambios en la forma, que se dan más lentamente, surgen con las reglas emanadas de un cierto número de precedentes, que, poco a poco, toman un sentido diferente de su punto de partida.

En la teoría de Holmes se trata de demostrar que los precedentes sobre los cuales la regla se fundamenta, con el tiempo, no se tienen presentes, es decir, se pierden de vista, y el enunciado se transforma, bajo la presión de nuevos rumbos sociales, en otro precedente, que asume un nuevo sentido, en ocasiones extraño a la de la época originaria.

Machaconamente Holmes insiste en que el crecimiento y la evolución del derecho no depende de meras cuestiones lógicas, sino de las vicisitudes que la experiencia atesora. Como ya lo hemos dicho, sin duda que esto es así porque la Lógica tiene solamente –un objetivo

instrumental, si bien importante- pero el estímulo para el cambio sustancial es dado por la experiencia.

No debe creerse –sin embargo- que Holmes, según interpretamos, desdeña absolutamente el rol de la Lógica en el Derecho. Hemos dicho que, posiblemente, en su empeño en asignar una gran preponderancia a la experiencia, no le dé la dimensión adecuada. Y es probable que haya procedido de esa manera, por cuanto treinta años antes, en la época de Walker, se exageraba la importancia de la Lógica y se incurría en el error de pretender el uso del método deductivo, que no era el método propio del *common law*, ya que en este sistema priva el método inductivo, acorde con la importancia que se le asigna a la experiencia.

El prestar atención a la experiencia y a los cambios sociales y económicos tuvo como consecuencia que se produjera una gran confianza en las ciencias sociales nacientes: las aspiraciones sociales fueron mejor atendidas desde entonces y sus fines cuidadosamente estudiados.

Se ha dicho que el estudio de la evolución social y del progreso fue un *dogma universal de la época*. Progreso, evolución y lucha, fueron tres palabras mágicas, que ocuparon la mente de los intelectuales y de los pragmáticos. Y, en ciertas esferas, era común aceptar la idea del sacrificio del individuo en aras de una sociedad mejor.

Hubo, pues, una tendencia en poner el acento en el estudio de la realidad social. Así, el estudio de las costumbres, de las creencias de la época, de sus necesidades y de los elementos inconscientes, trazaron el cuadro fundamental de las inquietudes intelectuales.

A partir de todo ello, se insinuaron dos corrientes fundamentales en la reflexión jurídica norteamericana: a) la escuela de la *sociological jurisprudence* (en la que el derecho se enlaza con la sociedad); y b) el movimiento *realista* americano (que profundiza la teoría de la predicción).

3. Otro hito innegable, en este proceso, fue Benjamín Cardozo (1870-1938), quien se propuso “impregnar de espíritu filosófico a la moderna jurisprudencia norteamericana”. Logró gran prestigio como miembro de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York y, luego, accedió a la Suprema Corte de los Estados Unidos, designado por el Presidente Hoover. Se podría sintetizar su labor con un párrafo lapidario: “Adoptó la ley a las necesidades de los individuos que forman parte de una sociedad transformada por los progresos de la industrialización y la tecnología”.

En uno de los casos más famosos en que le tocó actuar y que orientó la jurisprudencia norteamericana dijo: “Las sentencias de la época en que se viajaba en diligencia no son aplicables a las condiciones de transporte actuales. El principio de que el peligro ha de ser inminente no cambia, pero las cosas objeto del principio cambian, según lo exigen las necesidades de la vida en una civilización en desarrollo”. Se trata de la causa que transcribiremos seguidamente en forma fragmentaria.

**MACPHERSON v. BUICK MOTOR CO., COURT OF APPEALS OF NEW YORK
(1916).**

CARDOZO, J., dijo: *“El demandado es un empresario que produce automotores. Él ha vendido un automóvil a un revendedor, el cual a su vez lo ha vendido al actor. El actor iba manejando cuando el automóvil imprevistamente se rompió; él fue lanzado hacia fuera y se lesionó. Una de las ruedas se había fabricado con madera defectuosa y sus rayos se rompieron en pedazos. La rueda no fue fabricada por el demandado; había sido comprada a otro productor. Además se probó que sus defectos podrían haber sido encontrados mediante una inspección que fue omitida.*

La cuestión que es necesario determinar, en consecuencia, es si el demandado (fabricante de automotores) tenía una obligación de diligencia y vigilancia en relación de otras personas, que no fuera el inmediato adquirente (o concesionario)

Los fundamentos de esta rama del derecho, al menos en este Estado habían sido expuestos en el caso Thomas v. Winchester. En ese caso una sustancia venenosa, erróneamente embotellada y etiquetada, se vendió a un farmacéutico que, a su vez, la vendió a un cliente. El cliente obtuvo el resarcimiento de los daños en relación al vendedor que había colocado la etiqueta al producto. Se dijo entonces: “La negligencia del demandado ha puesto en peligro inminente la vida humana”. Es presumible que un veneno erróneamente etiquetado causará daño a cualquiera que tome el contenido. Dado que ese peligro es previsible existe una obligación de evitar la producción del daño.

Thomas v. Winchester rápidamente deviene un hito fundamental en esta rama del derecho norteamericano.

En la aplicación concreta del principio afirmado en ese caso, alguna vez puede haber habido alguna incertidumbre o hasta algún error. Pero en este Estado el principio en sí no ha sido puesto en duda ni menos aún desconocido. Los casos con valor de precedentes son bien conocidos, y puede ser útil recordar algunos. El más antiguo es Loop v. Litchfield,. El caso

*lo constituía un pequeño defecto en una rueda de balanceo usada en una sierra circular. El productor hizo notar el defecto al adquirente que buscaba un artículo barato y por lo tanto asumía el riesgo. Este riesgo difícilmente podría calificarse como inminente, desde el momento que la rueda duró cinco años antes de romperse. En el interín el adquirente había alquilado el objeto. Se sostuvo entonces que el productor no era responsable en relación al locador. Luego se dio el caso *Loop v. Litichifield*; sigue *Losee v. Clute*. Se trataba de la explosión de un calefón. Tal decisión fue criticada pues debíase limitarla a los particulares hechos de especie.*

*Estos casos más antiguos sugieren una lectura restrictiva del principio de derecho formulado en *Thomas v. Winchester*. No obstante, en casos posteriores se evidencia una aproximación más liberal del resarcimiento. El primero en orden de importancia es *Devlin v. Smith*, El demandado era un locador de obra que construyó un andamio para una compañía que se dedicaba a pintar edificios, cuyos dependientes sufrieron daños, ya que el andamio se quebró. El locador de obra (fabricante del objeto) fue juzgado responsable. Se dijo que él sabía que el andamio se había construido de un modo inapropiado, en cuyo caso fue considerado un instrumento peligroso; se dijo que él sabía que iba a ser usado por los operarios. Lo habían construido precisamente con esa finalidad de uso. Habiéndolo construido para que ellos trabajaran, tenía en relación a ellos la obligación de hacerlo con diligencia, prescindiendo del hecho que su contraparte contractual fuese el empleador.*

*De *Devlin v. Smith* pasamos a una serie de casos intermedios para llegar al último caso en el cual esta Corte –dice el Juez Cardozo– ha seguido la solución dada en el caso: *Thomas v. Winchester*. El caso es *Statler v. Ray Mfg. Co.* El demandado había fabricado un gran recipiente de café que fue instalado en un restaurante. Una vez calentado, el recipiente explotó hiriendo al actor. Se sostuvo que el recipiente “al momento en el cual debía ser utilizado con la finalidad para la cual había sido proyectado, era por su misma naturaleza apto para convertirse en fuente de grave peligro para muchas personas, se había fabricado en modo negligente e inadecuado”.*

*Puede ser –decía Cardozo– que en *Devlin v. Smith* y *Statler V. Ray Mfg. Co.* hayamos extendido la regla de derecho afirmada en *Thomas v. Winchester*. Si es así, esta Corte sigue tal extensión. El demandado sostiene que constituyen objetos inminentemente peligrosos para la vida, los venenos, los explosivos, las armas letales – todas cosas cuya función normal es hacer daño o destruir. Pero, prescindiendo de aquella que podía ser en un tiempo la regla afirmada en *Thomas v. Winchster*, advertimos que ya no tiene más aquel significado*

restringido. Un andamio (Devlin v. Smith, supra) no constituye inherentemente, por su naturaleza, un objeto lesivo. Se convierte en tal sólo si es fabricado de modo defectuoso. Un gran recipiente para el café (Statler v. Ray Mfg. Co., supra) puede constituir una fuente de peligro si es defectuosamente fabricado, pero nadie piensa que la función normal del recipiente es destruir.

Sostenemos, por lo tanto, que el principio afirmado en Thomas v. Winchester no se limita a sustancias venenosas, explosivas y otros productos de naturaleza similar, es decir a objetos cuya normal función implica una capacidad lesiva. Si la naturaleza de un objeto es tal que es razonablemente cierto que ponga en peligro la vida y la salud humana, por ser fabricado negligentemente, entonces estamos en frente de un objeto peligroso.

Su misma naturaleza da aviso sobre las consecuencias que es necesario esperar. Si al elemento del peligro se agrega la conciencia de que el producto será usado sin ulteriores controles de personas distintas del adquirente, entonces, independientemente de la existencia de un contrato, el productor tiene la obligación de producirlo con diligencia. Debe tener conciencia de un peligro no meramente posible sino probable. Es, en efecto, posible hacer uso casi de cualquier objeto en modo de hacerlo peligroso si el objeto es defectuoso. Debe, además, tener conciencia del hecho de que, en el curso ordinario de los acontecimientos, otros además del adquirente serán expuestos al peligro. Pero es posible que el conocimiento del peligro y del uso de parte de terceros no sea suficiente. La proximidad de la relación causal es un factor que debe ser tenido en consideración.

Del examen de los precedentes emerge, por lo tanto, una definición de la obligación que recae sobre el productor, definición que nos permite valorar la responsabilidad del demandado. Es de todos modos cierto que la naturaleza de un automóvil nos advierte del probable peligro que se deriva si es fabricado en modo defectuoso. El automóvil en cuestión ha sido proyectado para viajar a cincuenta millas por hora. La producción de un daño podía darse casi por cierto en el caso en el cual las ruedas no fuesen sólidas y fuertes. El automóvil constituía una fuente de peligro así como la constituye una locomotora defectuosa para una vía férrea. El demandado tenía conocimiento del peligro. Sabía también que el automóvil sería usado por otras personas distintas del adquirente. Esto resultaba claro de las dimensiones del automóvil en el cual tenía lugar para tres personas. Resultaba también claro que el adquirente era un comerciante de automóviles que adquiriría para revender. El vehículo ha sido puesto en el mercado por el fabricante para el uso de los clientes del revendedor del mismo modo en el cual el andamio ha sido puesto en el mercado por el locador de obra en

Devlin v. Smith para el uso de los dependientes del adquirente. En realidad se podía afirmar casi por cierto que el revendedor hubiera sido la única persona que no usaría el auto. Y, no obstante, sólo en relación con el revendedor el demandado querría reconocer una obligación jurídica de diligencia. Pero el derecho no nos conduce a una conclusión así incongruente.

Precedentes tratados desde los tiempos en los cuales se viajaba en carruaje no se adaptan a las condiciones actuales de viaje. El principio que el peligro del daño debe ser inminente no cambia, pero si los objetos a los cuales el principio debe referirse. Son las exigencias de la vida en sociedad en constante evolución que deciden cuáles deben ser estos objetos.

*Al llegar a tal conclusión no descuidamos las decisiones de otras jurisdicciones en contraste con la nuestra. En *Cadillac M.C. Co. v. Johnson*, se afirmó que un automóvil no entraba en el ámbito del principio formulado en *Thomas v. Winchester*. No obstante, en aquel caso hubo un vigoroso disenso. A un resultado opuesto llega la Corte de Apelación de Kentucky. Las decisiones más antiguas concernientes al caso, son resumidas por el juez Sanborn en *Huset v. J. I. Case Threshing Machina Co.* Algunas de ellas, a primera vista incompatibles, se pueden en realidad conciliar con nuestra conclusión, sobre la base del hecho que el nexo causal era demasiado remoto o que había intervenido otra causa del daño. Pero también cuando no pueden ser conciliadas, la diferencia se encuentra en la aplicación del principio más bien que en el principio mismo. Por ejemplo el juez Sanborn afirma que el locador que construye un puente, o el productor que fabrica autos, no pueden prever un daño en relación a sujetos distintos de la inmediata contraparte como consecuencia probable. Nosotros tenemos una opinión diversa. Sostenemos que el daño a terceros es previsible no sólo como evento posible sino también como consecuencia inevitable.*

*En Inglaterra los límites de la regla son todavía controvertidos. *Winterbottom v. Wright*, es a menudo citado. El demandado asumió el encargo de proveer un carro para transportar las bolsas del correo. El carro se rompió a causa de defectos latentes de fabricación. Pero el carro no había sido fabricado por el demandado y la Corte no lo juzga responsable por los daños sufridos por un pasajero. En *Elliott v. Hall*, el demandado había puesto en la calle un autocarro defectuoso cargado con mercaderías que él había vendido. Los adquirentes del primer adquirente se lesionaron mientras lo descargaban. En el juicio se afirmó que gravaba al demandado una obligación de “no comportarse negligentemente con respecto al estado y las condiciones del autocarro”. Parece haberse producido un retorno a la doctrina de *Winterbottom v. Writght*. *Earl v. Lubbock, L.R. (1913)* subraya ese aspecto. El administrador de un establo que había provisto un caballo afectado de vicios fue juzgado responsable no*

solo en relación a su cliente sino también en relación de otro pasajero. Thomas v. Winchester fue citado y seguido.

Es difícil extraer un principio coherente de estos casos. Las cortes inglesas, no obstante, concuerdan con nosotros al sostener que aquel que invita a otros a hacer uso de un objeto tiene la obligación de ejercitar una razonable diligencia. Se trata en el fondo del principio sosteniendo en Devlin v. Smith. El locador que construye andamios invita a los obreros de aquel que se convierte en propietario a utilizarlos. El productor que vende automóviles al revendedor invita a los clientes de este último a utilizarlos. La invitación en el primer caso se dirige a una clase determinada de sujetos, pero está claro que del mismo modo ocurre en los dos casos y que sus consecuencias deben ser las mismas.

En esta visión de la responsabilidad del demandado no hay nada de incompatible con los principios de la responsabilidad, en base a los cuales el presente caso ha sido decidido en las instancias precedentes del juicio. Es verdad que la Corte ha instruido al jurado en el sentido que “un automóvil no es un vehículo, por su naturaleza, inherentemente peligroso”. El significado de eso, no obstante, surge claro del contexto; no se puede esperar algún peligro si el vehículo está bien construido. La corte ha dejado decidir al jurado si el demandado hubiera debido prever que el automóvil, fabricado en modo negligente, habría sido “inminentemente peligroso”. El demandado formula distinciones sutiles entre cosas inherentemente peligrosas y cosas inminentemente peligrosas, pero la decisión del caso no depende de estas sutilezas verbales. Si se debía esperar el peligro como razonablemente cierto, existía la obligación de vigilancia y esto ya sea que se llame al peligro “inherente” o ya que se lo llama “inminente”.

Juzgamos que el demandado no estaba dispensado de una obligación de inspección por el hecho que había adquirido las ruedas de un fabricante acreditado. El demandado, en efecto, no era un simple revendedor de automóviles. Era un productor de autos. Y era responsable del producto terminado. No podía permitirse poner en el mercado un producto terminado sin someter los componentes a los controles ordinarios. La obligación de inspección varía según la naturaleza del objeto a someter al control. Cuando más probable es el peligro del daño, tanto mayor es la necesidad de cautela.

WILLARD BARTLETT, C. J., (discrepante), dijo: Juzgo que los principios de derecho afirmados por la Apellate Division (la corte a quo) extienden la responsabilidad del productor vendedor más allá del hecho en cualquier caso decidido hoy en esta jurisdicción.

En este Estado hasta ahora se ha sostenido que la responsabilidad del vendedor por los daños derivados de productos defectuosos puestos por él en el comercio, no se extiende a terceros dañados a causa de tales vicios; se limita en relación al inmediato adquirente. Las excepciones que han sido reconocidas a este principio en el Estado de Nueva York se refieren a casos en los cuales el artículo vendido era de naturaleza tal que su ordinario uso comportaba un peligro para la vida y la salud; en otras palabras, cuando el artículo vendido era por su naturaleza peligroso.

El precedente inglés en soporte de tal principio, al que hacen referencia todos los casos sucesivos concernientes al mismo objeto es Winterbottom v. Wrigt. El principio afirmado en ese caso ha sido reconocido como derecho de este Estado en el leading case del Estado de New York, Thomas v. Winchester, que, en cada caso, implicaba una excepción a la regla general.

El caso Devlin v. Smith es citado como precedente en conflicto con la doctrina según la cual la responsabilidad del fabricante o vendedor se extiende a terceros sólo cuando el bien es por su naturaleza peligroso. En aquel caso el fabricante de un andamio de altura de 90 pies, construido con la finalidad de permitir a los pintores trabajar sobre el mismo, fue juzgado responsable en relación al administrador de los bienes de un pintor que se cayó; se trata de un dependiente de la persona para la cual el andamio ha sido construido. Se dice que si el andamio hubiera sido construido en un modo apropiado, no era por su naturaleza peligroso y que no obstante esta decisión reconoce la existencia de una responsabilidad en el caso en el cual un artículo no sea peligroso en sí, si bien es tal a causa de una fabricación negligente. Cualquier lógica que sea aplicada en esta opinión, me parece claro en las palabras del juez Rapallo que se ha convertido en la opinión de la corte (en ese caso) que el andamio, fue en cambio, juzgado una estructura por su naturaleza peligrosa, y que el caso fue decidido de aquel modo porque la corte sostiene tal opinión.

No veo como puede confirmarse la decisión de la sección de apelación en el caso pendiente sin disentir de lo que a menudo se ha afirmado por esta corte y de otras de igual autoridad con referencia a la ausencia de responsabilidad por culpa del vendedor por una diligencia en relación a sujetos distintos del inmediato adquirente. La ausencia de tal responsabilidad era la cuestión determinada en el caso inglés Winterbottom v. Wrigt. En el caso delante de nosotros pendiente, la rueda defectuosa de un automóvil que viajaba a sólo 8 millas por hora, no constituye un peligro cierto para los pasajeros, un peligro mayor que de aquel representado por la rueda del carro tirado por caballos a la misma velocidad. A menos que

las cortes hasta ahora hayan caído en error sobre tal cuestión, en el caso de la diligencia no sería reconocida ninguna responsabilidad en relación a terceros al contrato originario de compraventa.

Con mi advertencia, el principio de derecho del cual depende la decisión del caso, y las relativas excepciones, han sido discutidas por el juez de circuito Sanborn de la Corte federal de apelación del octavo circuito en el caso Huset v. J. I. case Theresshing Machina Co., en una opinión que recorre todas las decisiones principales americanas e inglesas, en el tema hasta el tiempo en el cual el caso fue decidido (1903). Que las cortes generales todavía se atienen al principio general en los términos por mí enunciados, aparece claro en la decisión de la corte de Apelación del segundo circuito, hecha en marzo de 1915 en el caso Cadillac Motor Car Co. v. Johnson, En aquel caso como en éste, se refería a una acción por daños promovida por un subadquiriente contra un fabricante de automóviles por no haber constatado que una de las ruedas era defectuosa; la corte rechazó las pretensiones del actor. Es verdad que en aquel caso hubo una opinión disidente, pero se fundaba principalmente en la aserción de que las reglas aplicables a las diligencias resultan arcaicas cuando son aplicadas a los automóviles, y que si el derecho no contempla algún remedio para los sujetos extraños al contrato, debía ser cambiado. Pero también si eso fue verdad, el cambio debía ser introducido por el legislador, no por las cortes”.

4. Analicemos, ahora, el caso resuelto por Benjamín Cardozo en “*MacPherson v. Buick Motor Company*”, que se tramitó por ante la Corte de Apelaciones de Nueva York y que resultó fallado en el año 1916.

La exposición del caso es hartamente simple: un fabricante de automóviles vende un vehículo a un revendedor, quien a su vez lo vende al actor. Éste guiaba al automóvil cuando, imprevistamente, sufre la fractura de una rueda. El actor fue proyectado fuera del vehículo y esto le provocó serias heridas. En aquellos tiempos las ruedas tenían rayos de madera; uno de estos rayos se quebró por ser la madera defectuosa. Cabe aclarar, para complicar el caso, que la rueda había sido fabricada por un autopartista, a pedido del fabricante de automóviles, pero no se advirtió el defecto, dado que se omitió la inspección debida antes de ser colocada en el vehículo vendido al actor. El problema consiste, para el juez, en determinar si el demandado tenía una obligación de diligencia y vigilancia respecto de otras personas, aparte del adquirente inmediato.

Se ha dicho que este caso y el similar inglés que se ha referido más arriba “*Donoghue v. Stevenson*”, constituyen piedras miliarens en la evolución de los daños por negligencia cuando se trata de la fabricación de productos, cuyo destino final es la venta al público en general. Antes de esos casos, tanto la Corte de Apelaciones de Nueva York como la House of Lords inglesa, no reconocían la responsabilidad frente a terceros, ya que no existía una relación contractual directa entre el fabricante y el comprador final.

Veamos la forma en que razona Cardozo. Como no podía ser de otra manera, incursiona en la jurisprudencia para ver si encuentra un precedente al caso que tiene entre manos. En su excursión histórica se encuentra con el juicio de “*Thomas v. Winchester*”, que se había dado en el año 1852. Cardozo se detiene en ese estudio y refiere que la señora Thomas había adquirido un frasco de extracto de “dandelion” a un farmacéutico, quien lo había adquirido de otro farmacéutico, quien, a su vez, lo había adquirido de un fabricante, uno de cuyos empleados había rotulado por error un frasco que contenía “belladona”. A raíz de esa circunstancia la señora Thomas sufrió una lesión. Demandó, entonces, al fabricante, pues la “belladona” es nociva si no se la ingiere en dosis mínimas, mientras que el “dandelion” es inofensivo. El Tribunal había admitido la demanda y condenó al fabricante a reparar los daños y perjuicios sufridos por la actora. Se consideró que la “belladona”, es una sustancia venenosa, erróneamente etiquetada, y que debe ser considerada *sustancia inherentemente peligrosa*.

Este caso había recogido un precedente del derecho inglés “*Longmeid v. Holliday*” (1851). El Tribunal inglés había sostenido que la responsabilidad del vendedor o fabricante frente a terceras personas sólo surge si el objeto que causa el daño es *inherentemente peligroso en sí mismo*, y capaz de provocar un peligro inminente a la vida de una persona. Para que nos entendamos mejor, una pistola cargada es un objeto inherentemente peligroso, pero un automóvil no es peligroso en sí mismo, es decir, no es inherentemente peligroso. El automóvil deviene peligroso sólo cuando tiene un defecto de construcción; en este caso, responde contractualmente el fabricante respecto de la persona a quien él vendió el producto que produjo el daño. Adviértase que se pone el acento en el *objeto fabricado* más que en la persona que lo fabricó.

El juez Cardozo, fiel a la técnica del genuino *common law*, se pregunta cuál es el principio que evidencian los precedentes mencionados. Y él mismo se responde que es probable que en ellos haya alguna inseguridad o incertidumbre.

Por esa causa, decide seguir de cerca la evolución de todos estos casos de juicios por daños basados en la responsabilidad extracontractual. Así, se encuentra con el caso “*Loop v. Litchfield*” (1870), en el que los sucesores de un accidentado demandan al fabricante de una sierra circular que tiene una rueda, la cual se rompe y causa la muerte de quien la utiliza. Éste la había obtenido en préstamo del comprador a quien el fabricante le había señalado el defecto que tenía. El Tribunal desestimó la demanda porque el objeto no era inherentemente peligroso y no había relación contractual entre la víctima y el fabricante. Había habido un riesgo asumido por el comprador que buscaba un artículo barato y de ocasión. Tampoco el peligro podía ser declarado inminente desde que la sierra había sido utilizada durante cinco años sin romperse.

En la serie de casos revisados, poco después se da el de “*Loose v. Clute*” (1873). Aquí se trataba de una caldera que hizo explosión en una fábrica, que ocasionó daños en una finca vecina. El vecino demandó al fabricante de la caldera. El Tribunal había rechazado la demanda porque consideró que la caldera había sido probada por el comprador y no era un objeto inherentemente peligroso; además, se consideraba que el fabricante no era responsable ante terceros.

Observemos que los tribunales siempre están poniendo el acento en el objeto producido.

Pero, luego, Cardozo arriba al estudio del caso “*Devlin v. Smith*” (1882). En este juicio un obrero había caído desde lo alto de un andamio defectuosamente construido y de resultas del accidente fallece. La demanda había sido dirigida por los sucesores de la víctima en contra del patrón y del fabricante. Esta vez la acción prosperó porque se consideró que el andamio, defectuosamente construido, era un objeto peligroso. Pero, en este caso, hay más: el fabricante sabía –o debía saber- que el andamio iba a ser utilizado por los obreros y no por el patrón comprador del objeto. El fabricante de andamios los construía para ser utilizados por los operarios. Tenía, pues, la obligación de actuar con diligencia y no con negligencia. Como se advierte, el tribunal va desplazando el acento desde el objeto producido, hacia quien lo fabrica, destacando que se debe actuar con diligencia y no con negligencia.

Cardozo hace notar que, en su investigación de casos similares, desde aquí en adelante se pasa a una serie de casos intermedios para llegar al último fallo en el que la Corte ha seguido el precedente de *Thomas v. Winchester*. Pero en el año 1909 se produjo el fallo *Statler v. Ray*, en el que una persona que va a un restaurante es lesionada por una máquina para preparar café. La víctima del accidente demandó al fabricante, pues se comprobó que la máquina tenía un defecto de fabricación. Para Cardozo el demandado era responsable porque el objeto, al

momento de ser utilizado según el fin para el cual había sido utilizado, era por su misma naturaleza fuente de grave peligro, ya que había sido fabricado en un modo *negligente e inadecuado*.

Si comparamos los casos *Devlin v. Smith* y *Statler v. Ray*, nos encontramos con la misma regla de derecho afirmada en el caso *Thomas v. Winchester*. Es decir, se ha hecho una extensión de la regla de que se trata. De esa manera, el andamio no es un objeto inherentemente peligroso en sí mismo; deviene tal sólo si es construido en forma defectuosa. De igual manera, la máquina de café constituye un peligro si es defectuosamente fabricada. Nadie piensa, pues, que tales objetos por sí mismos pueden ser normalmente ocasión de causar destrucciones o daños.

Se ha dicho por Cardozo que el caso *Thomas v. Winchester*, contiene un **principio** que no debe limitarse sólo a sustancias venenosas, explosivos y otros productos de naturaleza similar. La naturaleza de un objeto es tal que racionalmente pone en peligro la vida y la salud humana cuando fuere fabricado, no diligentemente, sino con negligencia, en cuyo caso el objeto se torna peligroso.

Si al elemento de peligro, se añade el conocimiento que el producto será usado sin ulteriores controles por personas distintas que el adquirente, entonces, independientemente de la existencia de un contrato, existe la *obligación de producirlo con diligencia*.

Debe, pues, existir el conocimiento, la previsión, de un peligro, no meramente posible, *sino probable*. De hecho, si un objeto es defectuoso, es probable que su uso normal sea peligroso. El argumento de Cardozo es perfectamente claro: debe existir conocimiento consciente del hecho de que en situaciones ordinarias de su uso por parte del adquirente o respecto de otras personas, el objeto es peligroso.

Pero es posible que el *conocimiento* del peligro del uso de parte del adquirente o de terceros no sea suficiente. La **proximidad** o la relación causal de los hechos es también un factor que debe tenerse en cuenta.

Es notorio el rigor con que procede Cardozo en su razonamiento. Podemos decir que no tiene fracturas, además de valerse de un examen que bien podría calificarse con la expresión “*derivación razonada*”, sin perjuicio de las sutilezas de que se vale.

De todas estas reflexiones vertidas con motivo de los precedentes mencionados –dice Cardozo– emerge una *definición de la obligación que pesa sobre el fabricante (o productor)*, definición que valora su responsabilidad. Nadie puede dudar que la naturaleza de un automóvil fabricado defectuosamente es tal, que puede derivarse de ello un peligro. El

automóvil –agrega Cardozo- en el caso contemplado ha sido proyectado para viajar a cincuenta millas por hora. La producción de un daño por accidente podía darse casi por seguro si las ruedas no eran sólidas y fuertes. El automóvil constituía una fuente de peligro como lo podía constituir una locomotora defectuosa en un ferrocarril.

El constructor o fabricante *debía saber forzosamente* – y *debía ser consciente de ello*- que el vehículo sería utilizado por otras personas distintas que el adquirente. Resultaba claro, además, que el automóvil era apto para llevar tres personas. Resultaba claro también el hecho de que el adquirente era un comerciante que compraba vehículos para revender. El automóvil había sido puesto en el mercado por el fabricante para uso de los clientes del revendedor, de igual manera que el andamio había sido puesto en el mercado por el constructor, en el caso *Devlin v. Smith*, para uso de los dependientes del comprador.

Y, como agregado algo irónico, Cardozo razona de esta manera: “En verdad podía darse por cierto que el revendedor sería la única persona que no usaría el vehículo; y, si sólo respecto de éste se debe reconocer la existencia de una obligación de diligencia, la conclusión es incongruente”.

Y, como si fuera la puntada final, concluye Cardozo: “Precedentes dados en los tiempos en que se viajaba en carroza no se adaptan a las condiciones de los viajes actuales. El principio de que el peligro de daño debe ser inminente no cambia, pero los objetos a los cuales el principio se refiere, sí cambia. Y son las exigencias de la vida en sociedad en constante evolución las que deciden paso a paso cuáles deben ser estos objetos y a ellos ese principio debe adecuarse”.

Pero Cardozo no se conforma con esa afirmación. Así, vuelve sobre el razonamiento y hace notar que en el caso *Cadillac M.C. Co. V. Johnson* (1915), se afirmó que un automóvil no entraba en el principio formulado en el caso *Thomas v. Winchester*. Debe hacerse notar que en aquel caso hubo un fuerte disenso. Y, de inmediato, nos expresa que se llegó a un resultado opuesto en la Corte de Apelación de Kentucky. Las decisiones más importantes fueron retomadas por el juez Sanborn en el caso *Huset v. J.J.- Case Threshing Machine Co.* Algunas de ellas, a primera vista son incompatibles; se pueden conciliar con nuestra conclusión sobre la base del hecho de que el nexo causal era demasiado remoto o que se había dado otra causa productora del daño. Pero aun cuando no se puedan conciliar, la diferencia estaba dada más bien en la aplicación del principio que en el principio mismo. A diferencia del juez Sanborn, Cardozo opina que el daño a los terceros es previsible no sólo como evento posible sino como consecuencia casi inevitable.

No conforme con la jurisprudencia norteamericana, Cardozo cruza mentalmente el Atlántico y sostiene que los límites de la regla todavía se controvierten. El caso *Winterbottom v. Wright*, es a menudo citado. Y hace referencia a otros casos, que creemos resulta inoficioso analizar.

Lo cierto es que el propio Cardozo tiene verdadera conciencia de la complejidad de la cuestión y la multitud de causas semejantes. Y confiesa que es difícil encontrar coherencia en las citas que pueden hacerse. Las cortes inglesas concuerdan con las norteamericanas en el aspecto en que el que vende a revendedores y éste a terceros, tiene la *obligación de ejercer una razonable diligencia en la fabricación del producto*. En el fondo se trata del principio sostenido en el caso *Devlin v. Smith*. El fabricante de andamios debe tener presente que serán los operarios del adquirente quienes lo usarán. No es el comprador propietario sino sus dependientes. De igual manera el fabricante que vende automóviles al revendedor, *sabe* que está invitando a los clientes a utilizarlos. En esos casos el principio que inspira las resoluciones es idéntico.

Para coronar su razonamiento Cardozo insiste todavía. En su concepción de la responsabilidad del productor, nada hay incompatible con los principios de la responsabilidad en base a los cuales el presente caso ha estado fallado en las instancias precedentes. Es verdad que la Corte ha instruido la litis en el sentido de que “un automóvil no es un vehículo peligroso por su naturaleza y no es inherentemente peligroso”. No es peligroso en sí mismo, si ha sido bien construido. Pero si hubiera sido construido de manera negligente, sería “inminentemente peligroso”. Las distinciones entre lo inminentemente peligroso y lo inherentemente peligroso pueden ser sutiles, pero la decisión del caso “no depende de estas sutilezas verbales”, remata Cardozo. “Si se debe esperar el peligro como racionalmente cierto, es menester que haya una *obligación de vigilancia* y esto se da y es así, sea que se lo llame inherentemente peligroso o inminentemente peligroso”. El párrafo es lapidario.

Si el fabricante compró la parte (el repuesto, la rueda) tenía una *obligación de inspección por el hecho de que había adquirido la rueda a un autopartista acreditado*. Y el productor demandado no es simple revendedor, sino el verdadero *fabricante* del vehículo. *Es fabricante del producto terminado*. En manera alguna podía lanzar al mercado un producto sin haber sometido a las partes a controles ordinarios de seguridad.

La obligación de inspección varía según la naturaleza del objeto que debe someterse a control. Cuando más probable es el peligro del daño, tanto mayor es la necesidad de cuidado. Así concluye Benjamín Cardozo su célebre voto.

Pero he aquí que la sentencia, cuya decisión debía prevalecer con la opinión de Cardozo, tuvo una importante disidencia, que, finalmente, no prevaleció en la jurisprudencia norteamericana.

5. Voto disidente de Willard Bartlett. Si bien el voto de Benjamín Cardozo impone su criterio, el criterio que impone la sentencia no lo fue por unanimidad. Dice así la disidencia: “Advierto que la Corte *a quo* sostiene los principios que extienden la responsabilidad del productor o fabricante-vendedor más allá de cuanto se ha decidido en similares casos en esta jurisdicción. En este Estado hasta ahora se ha sostenido que la responsabilidad del vendedor por daños derivados de productos defectuosamente contruidos y puestos en el comercio, no se extiende a terceros dañados a causa de tales vicios, sino que se ha limitado respecto del *inmediato adquirente*. Las excepciones a este principio, que han sido reconocidas en el Estado de Nueva York, se refieren a artículos que eran de naturaleza peligrosa en el uso ordinario y presuponían un peligro para la vida y la salud; en otras palabras, se aplicaba el principio cuando el artículo vendido era “por su naturaleza peligroso”.

El precedente inglés que abonaba este principio, en todos los casos sucesivos, referidos todos ellos al mismo objeto, se había dado en el caso *Winterbottom v. Wright*. Ese principio, ahí afirmado, fue reconocido como derecho en este Estado de Nueva York, en el *leading case* “*Thomas v. Winchester*”, que, por otra parte, implicaba una excepción a la regla general admitida.

El caso (se refiere a la cita de Cardozo) de *Devlin v. Smith*, es citado como precedente en conflicto con la doctrina según la cual la responsabilidad del fabricante y vendedor *se extiende a los terceros sólo cuando el objeto es por su naturaleza peligroso*. En aquel caso el fabricante de un andamio de noventa pies de altura, construido a los fines de soportar a los pintores de blanquear una pared, fue considerado como responsable respecto del administrador de los bienes de un pintor fallecido, caído del andamio, que era dependiente de la persona para la cual el andamio fue construido. Se dijo, en su virtud, que el andamio, si bien construido de una manera apropiada, no era por su naturaleza peligroso, y que aun esta decisión reconoce la existencia una responsabilidad en el caso en el cual un artículo no es peligroso en sí mismo, aunque sea tal por causa de una fabricación negligente. Cualquiera sea el costado lógico de esta opinión, –dice el juez W.Bartlett- me parece claro, según las palabras del juez Rapallo, que ha emitido la opinión de la Corte (en aquel caso) que el andamio fue considerado una estructura por su naturaleza peligrosa, y que el caso fue decidido de esa manera porque la Corte sostenía esa opinión.

Y continúa de esta forma: “No veo cómo pueda confirmarse la decisión de la sesión de apelación en el caso presente sin divergir de todo lo que se ha afirmado en esta Corte o de otras autoridades judiciales, acerca de la ausencia de responsabilidad por culpa del vendedor de un automóvil respecto de sujetos distintos del inmediato adquirente. La ausencia de tal responsabilidad era exactamente la cuestión litigiosa determinada en el caso inglés *Winterbottom v. Wright*. En el caso que tenemos a la vista tenemos una rueda defectuosa de un vehículo que viajaba a sólo ocho millas por hora, lo cual nos constituía para los pasajeros un peligro mayor del representado por un carro tirado por un caballo a la misma velocidad. Y, más todavía, a menos que las cortes hasta ahora no hayan caído en un error sobre tal cuestión, en el caso del carro no habría sido reconocida ninguna responsabilidad respecto de terceros con relación al contrato originario de compraventa”. “Según mi opinión, el principio de derecho del cual depende la decisión del caso, y las relativas excepciones, han sido discutidas por el juez del circuito Sanbornm, de la Corte Federal de apelación del octavo circuito, en el caso *Huset v. J.I. Thershing Machine Co.*, en una opinión que recorre todas las decisiones americanas e inglesas principales acerca del tema en cuestión, en el cual el caso fue decidido (1903)”.

Insiste el mismo juez que “las Cortes federales todavía se atienen al principio general en los términos por mí enunciados, aparece claro de la decisión de la Corte de Apelación del segundo circuito dictada en marzo de 1915, en el caso *Cadillac Motor Co. V. Johnson*. En aquel caso como en éste, se trataba de una acción por daños promovida por un subaquirente contra un fabricante de automotores por no haber observado que una rueda era defectuosa; la corte rechazó la pretensión del actor. Y es verdad que en aquel caso hubo una opinión disidente, pero ella se fundaba principalmente, en la aserción que sostenía que las reglas aplicables a las carrozas resultaban arcaicas cuando eran aplicadas a los automóviles, y que si el derecho no contempla ningún remedio para los sujetos extraños al contrato, debería ser cambiado. Pero el cambio, en tal circunstancia, debería ser introducido por la Legislatura, y no por las Cortes”.

6. Véase, entonces, después de este extenso debate cómo, en el *common law*, se puede dar una disparidad de opiniones divergentes no sólo entre diversos tribunales, sino también, dentro de un mismo tribunal, en el caso que nos ocupa; vemos, pues, que las resoluciones se dan aquí por mayoría y no por unanimidad. No se nos escapa que todo ello, tornaba grave –y de hecho así sucedió- una inseguridad jurídica, que no tenía salida, y ésta sólo se dio con la luminosa respuesta del juez Cardozo, como resultó en el futuro. Lo que parece más grave es la

advertencia formulada por W. Bartlett, en el sentido de que el cambio de principio, debía generarse en una Legislatura y no en los tribunales. La tesis contraria que hizo fortuna nos muestra hasta qué punto el *common law* fue, es y será el medio idóneo para generar cambios en el sentido de las decisiones judiciales, en los países de habla inglesa. Eso sólo fue posible con la autoridad de un juez con el prestigio de Benjamín Cardozo.

Cabe destacar también que los jueces, al estudiar los precedentes, siempre indagan cuál es el **principio** que se halla implícito en él. Es cierto, que el principio es muy diverso de la norma, pero no deja de ser una fórmula general. Así, los jueces nos hablan de un “principio de derecho” o de un “principio general”. Es, precisamente, el juez Cardozo, quien utiliza la expresión “principio general”, cuando nos habla del principio que se encuentra inserto en el caso *Thomas v. Winchester*. Una interpretación restrictiva, establecía que la responsabilidad por daños resarcibles, se daba únicamente en la relación entre las personas contratantes. Con una interpretación amplia no se aplica únicamente a los venenos, a los explosivos, a las armas letales, sino también a los automóviles que tienen deficiencias de fabricación en sus ruedas y que los tornan, en su función normal, que los tornan peligrosos y/o capaces de producir daños o destrucciones. Y, de esa manera, el punto de atención se traslada del objeto a la obligación de fabricar los productos con **diligencia**, con lo cual la responsabilidad alcanza a los casos en que el producto haya sido adquirido a un revendedor, en cuya situación no hay relación contractual entre el fabricante y la víctima del daño.

Dicho de otra forma, en el caso, el principio que está implicado en el núcleo conceptual “daño resarcible”, se hace *lógicamente más extenso* por cuanto abarca cada vez más casos que en la primitiva interpretación restringida.

Para ser más explícito, la mutación en el caso de la responsabilidad por daños va progresando en función de una interpretación del “principio general” que se va dando, según los casos y a medida que se extiende a otros no involucrados hasta el momento.

Se podría formular de esta forma un principio general en los casos analizados: “Hay responsabilidad cuando la negligencia del fabricante pone en peligro la vida humana”. Esta responsabilidad se extiende y protege a todos los que de una u otra manera utilizan el objeto fabricado o producido.

Y, cuando Cardozo dice que el principio de que el peligro ha de ser inminente, se refiere a que no cambia su formulación, pero sí cambian las “cosas u objetos” a los que se aplica, según lo exigen las necesidades de la vida. Esto es, se aplica a más “cosas”, con lo cual el principio gana en extensión por aplicación a más “cosas” y, con ello, a más “casos”.

Cardozo, con una gran generosidad explicativa, se pregunta a sí mismo: “¿Qué hago cuando resuelve un caso?” Y textualmente responde: “La fuerza directriz de un principio puede desplegarse mediante un proceso de interpretación lógica, que yo llamo norma analógica o método sistemático, o bien mediante la interpretación histórica o método evolutivo; o bien mediante la interpretación de los usos de la comunidad, que denomino método tradicional, o siguiendo los principios de la justicia, de la ética, y al bienestar social, es decir las *mores* vigentes, al par que lo denomino método sociológico”. Y remata con otra guía de interpretación: “El último fin del derecho es el bienestar de la sociedad”..

Finalmente, nos da una pauta de cómo debe entenderse un *principio*, para diferenciarlo de una norma: “*Las leyes no deben considerarse aisladas o in vacuo*”. Es decir, la ley o norma es algo abstracto (no se refiere a nada en concreto); mientras que el principio debe considerarse siempre *en relación a un caso concreto*. Esta comparación no nos parece correcta. Creemos que se puede escribir toda una obra o un tratado doctrinario con respecto a una norma, a una ley, a un sistema de leyes o a un código, pero –siempre, siempre, tanto el juez como el abogado, la deben considerar con respecto al caso concreto que tienen bajo su atención.

Se sigue con Cardozo la orientación que ya había señalado Holmes en la obra que hemos citado (*Common law and other writings*). Cuando Holmes escribe que “la vida del derecho no ha sido la lógica sino la experiencia”, ha definido una concepción del derecho, porque a continuación afirma que “el derecho abarca la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos y no se lo puede tratar como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas”.

En otros términos, el “derecho progresa tomando todos los elementos de la vida y considera lo que es conveniente para la comunidad”. Cada caso es un paso más en esa dirección, ya que evoluciona según la vida social.

Como se ha visto, pues, tanto Holmes como Cardozo van apuntando hacia una consideración más profunda del contenido sociológico del derecho.

7. No es de extrañar, entonces, que apareciera en el horizonte jurídico norteamericano, en la generación que sigue a Holmes, un jurista como Roscoe Pound (1870-1964), que ya se encuentra más cercano a los tiempos actuales.

Fue un intelectual, que conocía profundamente el derecho de su país, y ejerció durante veinte años el Decanato de la Escuela de Derecho de Harvard a partir de 1916.

Era consciente de la problemática que pesaba sobre los jueces para administrar justicia, lo que le indujo a escribir dos obras capitales, muy próximas una de otra. En 1907 publicó *The Need of a Sociological Jurisprudence* y *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* en 1911. Como es dable inferirlo por los títulos, estudió el derecho y su aplicación, desde el punto de vista de un enfoque sociológico. Su esquema no fue teórico, pues también dio cultivó ese sesgo en la enseñanza del derecho y más aun en cuanto estudió a la magistratura judicial especialmente como una función. El derecho en cuanto derecho en sí tenía poco atractivo en la idiosincrasia de Pound; sí lo tenía cuando decía a estudiantes y a jueces que la “vida del derecho reside en su *aplicación y en su ejecución*”. Los preceptos legales y los principios de los precedentes, si bien importantes, cobraban su real sentido cuando ejercía sus efectos *en acción*.

En ningún momento dejó de tener presente que era menester tener siempre en la mente que el fin del derecho era el de resolver los intereses conflictivos de la vida en sociedad. De esa manera esbozó y estudió en profundidad su teoría de los *intereses sociales*, en los que distinguió diversas clases, todo extraído de la experiencia de la vida social y de las necesidades que surgían de ella. En definitiva, la justicia y la equidad, ésta altamente valorizada, debían ser contempladas como una adaptación práctica para lograr la sentencia justa. Seguía, naturalmente, la línea de pensamiento que ya Holmes había anunciado.

Y, para ser bien explícito, señalaba que la evolución del derecho en el siglo veinte no era sino “el paso de la actividad científica a la funcional”. Entendía a la sociedad como sociedad dinámica en la que el principio de derecho, no tenía una existencia meramente formal y abstracta, sino que debía ser contemplado a la luz de su valor social, justificado por la experiencia y las necesidades de la vida. Por eso, se complacía en subrayar que el derecho está comprometido en una *ingeniería social*. En síntesis, el derecho era para él una *herramienta* que debía ser adaptada al fin que perseguido por una sociedad dada y concreta.

Saltó a la fama en virtud de una disertación pronunciada en el año 1906, en la que recogió el descontento popular por la administración de justicia y dijo que, si bien es cierto que “es normal ese descontento”, pues es tan viejo como el derecho mismo, en los momentos que se vivían en aquel entonces ese descontento era “mayor que el normal”, y toda su prédica se dirigió a eliminar los defectos que la aplicación del derecho generaba.

Luchó por desterrar la simple aplicación mecánica de principios y reglas anticuados en diversas disciplinas jurídicas, tanto en lo que atañe al derecho de fondo –reglas constitucionales, por ejemplo- como al derecho adjetivo (normas de procedimiento).

Su visión del derecho como control social le indujo a considerar la situación de los contratos colectivos y desbrozó el camino de nuevas rutas, como es el caso de la indemnización de trabajadores. En este punto, las viejas concepciones del *common law* favorecían a los patrones, ya que se continuaba con la práctica de imputar la negligencia a los accidentados. Pound valoró la estricta responsabilidad por accidente de los trabajadores y logró soluciones equitativas.

En otro orden, se comenzaron a tener en cuenta los intereses públicos y sociales por sobre los simples intereses individuales. Tal es así que se consideró que el Estado debe estar subordinado a los intereses sociales, que privan sobre aquél.

En virtud de todo esto, se ha dicho que la teoría de Pound sepultó el individualismo del siglo XIX. La socialización del derecho hizo que se concibiera el derecho como uno de los medios de control social. Sostenía que en todos los casos dudosos se deben consultar siempre las necesidades y aspiraciones sociales.

En la mentalidad de los juristas norteamericanos, en general, se podría decir que “la ley se desleída en los principios”. Éstos, en una sociedad, aun tienen cierta rigidez, que debe ser flexibilizada en los casos concretos.

Diríamos, como resumen, que la tarea de Pound significó un gran impulso en la tarea jurídica de la aplicación del derecho a lo largo de todo el siglo veinte –y quizá más- precisamente por ese aspecto sociológico que él había contribuido a valorar.

8. No es exagerado decir que la influencia del pensamiento de Pound se proyecta hasta el año 2000, si se analiza el fallo en el caso “*Ciraolo v. City of New York, Police Department of the City of York* (decisión de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito). En el mes de enero de 1997, Debra Ciraolo tenía una disputa legal con su vecino y, a raíz de una denuncia, fue arrestada por acoso de segundo grado, un delito menor. Fue llevada a la seccional de policía y después a la Central de Booking, donde se la desnudó y se la sometió a una prolija inspección de sus cavidades corporales, por cierto, por dos empleadas del Departamento Correccional. Más aun: además, de la desnudez, se le ordenó que se agachara y tosiera mientras que se la inspeccionaba visualmente. Por último, pasó la noche en prisión y luego se la liberó bajo fianza.

Cumplidos los trámites legales se desecharon los cargos contra ella. La señora Ciraolo sufrió un trauma por todo lo ocurrido, tuvo un tratamiento terapéutico y se le recetaron antidepresivos.

Luego del juicio que la señora inició, que se realizó por jurados, se condenó a la demandada (la ciudad de Nueva York) a pagar a la actora la suma de dólares 19.645, como indemnización por daños y perjuicios, y 5.000.000 de igual moneda por daños punitivos, entre otras razones, por haber sido desnudada ilegalmente al ser registrada.

La demandada, es decir, la ciudad de Nueva York apeló la causa, agraviándose por los daños punitivos.

El señor Juez de Jurisdicción, Calabresi, revocó la sentencia en lo referente a los *daños punitivos*.

Trataremos, aquí, de mencionar sus argumentos fundamentales, para mostrar cómo razona en la actualidad un juez de los Estados Unidos..

Lo primero que hace notar el juez, es el hecho muy conocido en la Ciudad de Nueva York, en el sentido de que la política policial fijada, había establecido que se debían desnudar todas las personas arrestadas para inspeccionarlas, aun en el caso de delitos menores, aun cuando no hubiese razones para suponer de que estas personas poseyeran mercaderías de contrabando. .

La señora Ciraolo había iniciado el juicio fundada su pretensión en el parágrafo 1983, contra la ciudad de Nueva York, el departamento de policía y cada uno de los oficiales de policía involucrados en su arresto e inspección, argumentando también que se la había arrestado falsamente, que la policía había empleado fuerza excesiva durante su arresto y que desnudarla violaba la Cuarta Enmienda. Por otra parte, alegó que se había cometido agresión contra ella, lo que violaba la ley estatal.

El Tribunal del distrito había llegado a la conclusión de que la política de la ciudad de inspeccionar desnudas a todas las personas detenidas, sin importar la existencia de sospechas fundamentadas, violaba la Cuarta Enmienda. Por el hecho de que las partes habían estipulado la existencia de la política de la Ciudad de inspeccionar a los detenidos desnudos, y debido a que no había evidencia de que Ciraolo estuviera escondiendo material de contrabando, la Corte había informado al jurado que la ciudad era responsable por cualquier agravio que el jurado considerara que se hubiera producido durante la inspección.

La Corte había considerado que, en este caso, existían daños *punitivos contra la ciudad* porque al desnudar e inspeccionar a la persona detenida se hallaba conforme a una política oficial de la ciudad que era contraria a la ley establecida en la jurisdicción. Por consiguiente, sobre la objeción de la Ciudad, la Corte hizo saber al jurado que se podían adjudicar daños punitivos contra la ciudad si se resolvía que la ciudad había actuado maliciosamente y sin motivo.

Al hacer esto, la Corte pidió al jurado que considerara si la indemnización sería adecuada para castigar a la Ciudad y para impedir futuras conductas ilícitas.

El jurado falló a favor de los demandados en lo que respecta a los reclamos de Ciraolo de arresto ilícito, fuerza excesiva y agresión. Concluyó, sin embargo, que la Ciudad había pasado por alto injustificadamente los derechos de Ciraolo cuando se la inspeccionó desnuda y le adjudicó u\$s 5.000.000 por *daños punitivos*, además de u\$s 19.645 por indemnización por *daños y perjuicios*.

La Ciudad apeló la sentencia exclusivamente en lo que atañe a los *daños punitivos* y la consintió por el resto. El argumento de la Ciudad sostiene que los *daños punitivos* habían sido rechazados en el caso contra *Facts Concerts, Inc*, pues no fueron concedidos por decisión de la Corte Suprema en Ciudad de Newport, en el año 1981, en cuya decisión se afirmó que las municipalidades son inmunes a los daños punitivos bajo el parágrafo 1983.

Ciraolo, a su turno, argumentó que en el caso Newport, en una nota pie de página (número 29), se autorizaba la condena contra las municipalidades, cuando existía la responsabilidad de “perpetuar un abuso atroz de los derechos constitucionales”, cual era su caso.

El Juez que resuelve la causa Ciraolo no acepta su tesis. Y rebate su argumento. Así expresa: “El hecho de que la nota 29 cree una excepción a la regla general de Newport contra daños punitivos no es una excepción para abusos particularmente excesivos como Ciraolo argumenta, sino que es una excepción a los abusos excesivos de los que los contribuyentes son directamente responsables”.

En verdad, el Juez hace una distinción entre la responsabilidad directa de los contribuyentes y la responsabilidad de los funcionarios municipales que “han adoptado una política inconstitucional sin una clara aprobación del electorado”. Y, a renglón seguido agrega: “En estas circunstancias, mientras deploramos enfáticamente la conducta de la Ciudad de adoptar una política que esta Jurisdicción había antes considerado inconstitucional, no se puede considerar culpables de la política a los contribuyentes mismos bajo el razonamiento de Newport”.

Como consecuencia, se revoca la condena de pagos por *daños punitivos* contra la Ciudad y se devuelve el caso a la corte de distrito para que sea juzgado de acuerdo a esta opinión.

Pero el Juez quiere ser más explícito aun. En sus aclaraciones, sostiene que el propósito del parágrafo 1983 es el de “no sólo proveer una compensación a las víctimas de abusos pasados, sino también servir como método de disuasión contra privaciones constitucionales futuras”.

La Corte de Newport, en verdad, había reconocido que los daños punitivos sirven al doble propósito de disuasión y retribución, pero observó que la razón de ser de la disuasión del parágrafo 1983 no justifica hacer pagar daños punitivos a las municipalidades, por las siguientes razones: a) no resulta claro que los funcionarios municipales queden disuadidos por la expectativa de daños pagados por los contribuyentes; b) los votantes pueden todavía eliminar por medio del voto a los funcionarios que han provocado un mal aun ante la ausencia de daños punitivos, tanto por haber provocado un mal como por la posibilidad de una indemnización por daños y perjuicios; c) los daños punitivos aplicados directamente sobre los funcionarios que obran mal constituirían un medio de disuasión más efectivo; y d) los daños punitivos podrían ser un riesgo a la integridad financiera de la Ciudad.

Estos argumentos, según el juzgador de la causa Ciraolo, descuidan un aspecto de la función disuasiva de los daños punitivos. Luego de extensas disquisiciones, se pronuncia por daños *socialmente compensatorios*, que están diseñados para hacer que la sociedad quede indemne al buscar que todos los costos de los actos dañinos se adjudiquen al actor responsable. Y concluye: “De hecho, para lograr el objetivo de la compensación social, además del objetivo de la disuasión óptima, sería preferible que tales daños se pagaran a un fondo que pudiera después aplicarse a remediar algún daño social no compensando que derive de la conducta del demandado.

9. Todo lo que va dicho y las consideraciones que se deslizan en los fallos citados más arriba, nos permiten formular algunas reflexiones.

Quizá antes habría que aclarar que a lo largo del siglo XX se ha producido, como fenómeno mundial, una más refinada y asidua significación del derecho por parte de la persona en la vida en sociedad. La tendencia se inclina a invocar los derechos genuinamente humanos y, llegado el caso, a plantear ante los tribunales las peticiones que puedan corresponder.

Este fenómeno se ha dado, probablemente, en mayor escala en las naciones más civilizadas del planeta y, demás está decirlo, en el pueblo norteamericano.

El empirismo inglés no fue abandonado por los pobladores del territorio de los Estados Unidos, y, a ese empirismo, se ha adosado una buena dosis de pragmatismo y flexibilidad jurídica para atender a los cambios cada vez más rápidos y profundos en la vida social. El método, primordialmente inductivo, en el sistema del *common law*, permitió que los jueces de dicho sistema estuvieran más atentos a los casos concretos y fueron realmente muy sensibles a las mutaciones sociales.

Ocioso resulta subrayar que en el sistema del *common law*, cuyos fallos fueron tenidos en cuenta por los propios ingleses, se adaptó flexiblemente a los cambios sociales permanentes, en los que la inducción permitió acoger las innovaciones. Se ha dicho que la innovación es una propiedad connatural del sistema, que, de tal manera, acompaña paralelamente los diversos modos de existencia social.

Como ejemplo de ese proceso, podemos citar el caso de los contratos, donde el sistema, libre de las fijeza legal, que, a veces, operan como trabas, se ha movido con soltura. De esa manera, como lo señala B. Audit, se han acogido tipos de contratos, en el orden jurídico, que fueron elaborados para atender a la recepción de nuevos bienes fabricados o servicios nuevos con fines sociales. Se trata de los llamados *contratos en "ing"*: *leasing, franchising, merchandising, factoring*, etc. Más aun: en el sistema del *common law* los contratos son *interpretados* a la luz de principios y *no regidos por leyes*, cosa que los flexibiliza al máximo. Por otra parte, el estilo de las decisiones judiciales del sistema, permite a los jueces explayarse hasta casi el infinito, como se ha podido vislumbrar en el caso Ciruolo. Planteadas las dificultades para resolver un caso, se acude a un precedente; pero si no lo hay adecuado, se formula otra solución lo más afín posible, explicando largamente las razones que conducen a ella, tratando de justificar la novedad de la decisión. Ahí nacerá una nueva regla, siempre estrecha y concreta, huyendo de fórmulas generales y abstractas, que ya habían sido cuestionadas desde los tiempos de Holmes.

En el estilo de las decisiones judiciales todo parece más laxo. Las decisiones se denominan "*opinión*" y, como se ha dicho, son muy extensas. Se analizan todas las situaciones que se hallan implicadas en toda la jurisprudencia que pueda relacionarse con el caso. La aplicación del derecho no es de ninguna manera mecánica, y, por el contrario, toda cuestión se abre en un abanico de posibilidades, desde los fines que persigue el derecho hasta el por qué de cada decisión. Además, la sentencia generalmente es **consecuencial**, esto es, se anticipa, a los fines prácticos, a la o las consecuencias que esa jurisprudencia podrá acarrear en el futuro.

Un jurista norteamericano, M. De S.-O. L' Lasser, profesor de la Universidad de UTA, analiza estos aspectos en un artículo publicado en los *Archives de Philosophie du droit* (t.45, p. 140/1. año 2001)) y centraliza su atención en una decisión de la Corte Suprema del Estado de Florida en la que pasa revista a diversos argumentos; así, por ejemplo, se estudia el problema desde el punto de vista del orden público, el sentido común o el buen sentido, la equidad, los riesgos económicos, las necesidades prácticas e institucionales, la moralidad, etc. De esa manera, desfilan razones económicas, sociales, políticas, jurídicas, éticas, etc., a la luz

de precedentes, principios, reglas e interpretaciones. Nos muestra los puntos de vista de la hermenéutica seguida, así como las perspectivas teleológicas de la decisión del caso concreto. El estilo es coloquial y la primera persona utilizada por el juez produce un acercamiento entre él y las partes, que torna familiar e íntima la atmósfera que traduce. Por último, no vacila en plantearse hipótesis, analogías e incursiones jurisprudenciales que la historia del derecho pone de relieve.

En el mismo volumen citado anteriormente, el profesor de la Universidad de París II, Bernard Audit (págs. 7/11), señala que en el *common law*, cuando no se encuentra un precedente que cuadre de manera clara al caso que se juzga, se buscará “otra solución explicando extensamente lo que justifica esta distinción y de esa forma se dará nacimiento a otra regla, también muy estrecha”, todo de tal forma que, aplicando la instrucción, “según una fórmula célebre del juez americano Holmes, que reafirma un precepto implícito: “las proposiciones generales no deciden casos concretos””. El mismo autor subraya –lo que es evidente- que el sistema del *common law* se adapta mucho mejor a “un contexto de cambios sociales permanentes”, y ello se debe a la “aproximación inductiva evocada a cada instante”. Más todavía: añade que “*la innovación es cierta manera natural al common law y la adaptación permanente es su modo de existencia*”. Creemos que no se pueden encontrar palabras más expresivas que éstas para caracterizar al sistema de una manera general.

A su vez, el profesor John Anthony Jolowicz del Trinity College (Cambridge) señala en un trabajo publicado igualmente en los *Archives de Philosophie du Droit* (t. 30, págs. 105/115), año 1985), citando al jurista norteamericano Gray, que el “derecho consiste, y consiste exclusivamente, en las reglas impuestas por los tribunales –no el legislador- para la determinación de los derechos y obligaciones de los ciudadanos”.

Exagerado pareciera el juicio, que es precisado por René David en su *Les grands systèmes de droit contemporains*, cuando dice: “Lo esencial es que la ley, en la concepción tradicional inglesa, no es contemplada como un modo de expresión *normal* del derecho. Ella es una *pieza extranjera* en el sistema del derecho inglés. Los jueces, ciertamente, la aplicarán, pero la regla que contiene la ley no será definitivamente admitida, no será plenamente incorporada al derecho inglés, más que cuando habrá sido aplicada e interpretada por las Cortes y en la forma y la medida en que será producida esta aplicación e interpretación.

Se ha hecho notar, asimismo, que hay una cuestión de lenguaje. Sabemos que, en los problemas filosóficos, el idioma inglés no es un lenguaje metafísico, sino empirista. Lo mismo ocurre con el derecho, fruto de esa actitud tradicional de los pueblos de habla inglesa.

No existe en inglés sino el término “*law*”; nosotros, como los franceses, tenemos dos: “*derecho*” y “*ley*”. Cuando se habla de ley en inglés se entiende referirse a una mezcla entre ley y jurisprudencia. Nuestro autor Jolowicz, por ello, concluye que “el derecho inglés reconoce la existencia de dos fuentes formales de derecho –la ley y la jurisprudencia- dos fuentes que no operan sino en forma conjunta y combinada”.

Como resumen final podemos concluir –reforzando lo ya dicho- que, en el sistema del *common law*, el derecho se encuentra más bien en las decisiones de los tribunales que en los cuerpos legislativos.

10. En los Estados Unidos existen decisiones fundamentales que no fueron obra del legislador –como se ha visto- sino de los jueces. Vayamos a otros casos concretos. Uno de ellos es el de *Brown v. Junta de educación*, fallado el 17 de mayo de 1954 por la Suprema Corte, Tribunal máximo del país, mencionado y comentado en la publicación de *Temas de la democracia* (pág. 22 y sgts.) de abril de 2005. El abogado –letrado de la actora- Jack Greenberg expresa que su meta era “persuadir al Tribunal Superior que anulara un fallo de 1896 (caso *Plessy*), que aprobaba la segregación racial siempre y cuando las instalaciones provistas a los negros fuesen iguales a las que se daba a los blancos, la llamada doctrina de “separados pero iguales”. Los temas para alegar, sigue narrando Greenberg, eran dos: a) Las “escuelas raramente o jamás, eran iguales”. Hasta tanto “las escuelas fueran iguales y se las mantuviera así, los negros y los blancos tendrían que asistir a las mismas escuelas”, pero “ningún tribunal había ordenado que las escuelas se integraran sobre esta base”. b) Por otra parte, el “segundo argumento fue que *la segregación de por sí era inconstitucional aun cuando las escuelas separadas fueran realmente iguales*”. Debe hacerse notar que “los tribunales de Delaware habían resuelto que las escuelas de los negros allí eran inferiores y ordenaron su *integración* inmediata. Sin embargo, en vista del fallo del caso *Plessy*, rehusaron dictaminar que el fallo inconstitucional”. Los abogados insistieron en que el hecho de que los conceptos constitucionales se *desarrollan*, es decir evolucionan y se producen *desplazamientos semánticos*, de tal forma que “algo que se juzgaba *igual en 1865, podría no ser considerado así en 1952*”.

El Tribunal, por unanimidad, consideró que la segregación era inconstitucional. Recalcó que los efectos de la segregación eran perniciosos y manifestó: “La separación de los niños blancos y de color de las escuelas públicas tiene un efecto perjudicial en los niños de color. El impacto es mayor cuando es sancionado por la ley, puesto que la política de separación de las

razas es interpretada generalmente como que denota la inferioridad del grupo negro. El sentido de inferioridad afecta la motivación que un niño tiene que aprender. La segregación sancionada por la ley, por lo tanto, tiende a retardar el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarles de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado”.

Pero hacía falta un paso más. El Tribunal programó la forma de abolir la segregación en el año 1955, en una *opinión* llamada *Brown II*, con una frase que se hizo célebre y que, al reconocer las dificultades del procedimiento, dictaminó que la integración debía continuar con “toda rapidez premeditada”.

Y todo esto fue posible porque en el caso *Marbury v. Madison*, calificado como el caso más importante resuelto por el Tribunal Supremo, se “estableció el principio de revisión judicial y el poder del Tribunal de entender acerca de la *constitucionalidad de las medidas (leyes, normas, etc.) legislativas y ejecutivas*”. Sin este fallo de 1803, el caso *Brown* y otros semejantes que le siguieron no habrían sido posibles. Dice Ricardo Haro en su artículo “*Marbury v. Madison: el sentido constituyente y fundacional de su sentencia*” (<http://www.acader.unc.edu.ar/artmarbuyr.pdf>) que, con ello, se “confirma y corrobora el principio supuesto como esencial a todas las constituciones escritas, *de que una ley repugnante a la Constitución es inválida, y que los Tribunales, como los demás Departamentos, están obligados por aquel instrumento*”. En su virtud, desde entonces, se declaró “la potestad de los Jueces y de la Suprema Corte de *declarar la inconstitucionalidad* no sólo de las leyes federales, sino que a partir de 1810, declaró inconstitucionales a leyes estatales (casos “*Fletcher v. Peck*”; “*Mac Culloch v. Maryland*”), sosteniendo los poderes implícitos del Gobierno Federal.”.