

El common law en Canadá

H. PATRICK GLENN²

SUMARIO: Introducción. I. El common law. II. Stare decisis e imperio. III. La decadencia de la jerarquía. IV. Instituciones canadienses y el common law. V. La sociedad canadiense y el common law. A. El common law y el derecho aborigen. B. El common law y el derecho civil. C. El common law y la Constitución. VI. Modelos de autoridad común. VII. Reciclando el common law.

INTRODUCCIÓN

¿Hay un *common law* que existe dentro y fuera de Canadá? O mejor dicho, ¿hay varios *common laws* en cada provincia? ¿O debe uno hablar de un *common law* canadiense? Las respuestas a estas preguntas pudieron ser claras en un tiempo; actualmente son menos claras. Las respuestas apropiadas para el próximo siglo son aún menos claras. Es importante, sin embargo, responder estas preguntas. Ellas son amplias pero intensamente prácticas. Las respuestas que se den influirán grandemente en la elección de las instituciones y los jueces, de la jurisdicción de los tribunales; en la elección de las fuentes de derecho; en las relaciones jurídicas con los pueblos aborígenes y con otros estados (asumiendo que continúen existiendo estados) y en las relaciones entre las partes componentes de Canadá (asumiendo que continúe existiendo Canadá).

¹ Este artículo se publica con la autorización del autor. Traducción del original inglés por Gabriela SÁNCHEZ LUNA.

² H. Patrick GLENN, titular de la cátedra "Peter M. Laing" en la Facultad de Derecho y director del Instituto de Derecho Comparado, McGill University, Montreal, Quebec. El autor está agradecido con Sholto HEBENTON y A. J. McCLEAN por sus sugerencias iniciales y su consejo, y a Mahmud JAMAL, Ed VANDENBERG y Chris NAUDI por su ayuda invaluable.

I. EL COMMON LAW

Es útil comenzar con el *common law* mismo, como ha sido entendido hasta ahora. La historia del *common law* se extiende a cerca de mil años, aproximadamente el espacio de vida del derecho romano.³ Así como el derecho romano terminó con una multitud de reformas, que incluían la codificación de Justiniano y el fin del procedimiento formulario, así también han desaparecido la mayoría de las características distintivas del *common law* en los últimos 150 años. Las formas de la acción están muertas, y sus tumbas descuidadas. El jurado no es lo que había sido, ni lo son los jueces. Ellos han llegado a ser, desde una perspectiva histórica, innumerables. La superioridad inherente de los tribunales de primera instancia está siendo absorbida cada vez más por las estructuras de los tribunales jerárquicos; el volumen de litigios que llega ante ellos es como una marea ascendente. Hay tribunales de apelación, lo que es un injerto continental. Hay derecho sustantivo. En la mayor parte del mundo el abogado ya no es libre de lealtades estructurales; el Consejo de la Reina [*Queen's Counsel*] de poca consecuencia. Los hombres del *common law* están dando camino, sin prisa, a las mujeres. Sus hombres y mujeres son cada vez más de diferentes colores.

Muchas de las definiciones del *common law* se han vuelto así irrelevantes. Ya no es más el derecho de los tribunales de la Corona, como tribunales distintos, modernos y racionales en relación con la costumbre y jueces locales. Sus alguaciles [*bailiffs*] ya no compiten con aquéllos de los tribunales de equidad; su conciencia no más con la de la autoridad eclesiástica. Ya no más fluye desde Londres sobre un Imperio sometido y ocasionalmente bienvenido. Ha habido incluso —aunque la palabra viene de la astronomía y de la política y no del derecho— revoluciones.

Sin embargo, tal como sucedió con el derecho romano, las enseñanzas fundamentales del *common law* permanecen con nosotros. El *common law* que permanece vivo hoy, recientemente descrito como “la base subyacente de la doctrina”, la “raíz” o lo “universal”, sería un “hábito de pensamiento jurídico”, como algo opuesto a un conjunto de instituciones y reglas particulares.⁴ Aún aquí hay ambigüedad. ¿El *common law* como simple costumbre? ¿O pensamiento jurídico en sí mismo?

El *common law*, tradicionalmente, se ha definido a sí mismo a través de casos, aunque los casos han sido tratados de diferente manera a través del tiempo. El derecho jurisprudencial [*case law*] es, de cualquier manera, un derecho problemático, y esto ha sido reconocido tanto dentro como fuera de la tradición. Un prominente académico norteamericano preguntaba recientemente⁵ ¿Es derecho el *common*

³ Véase PRINGSHEIM, F. “The Inner Relationship Between English and Roman Law” (1935) 5 *Camb. L.J.* 347.

⁴ AYLMEYER, Oliver of, “Requiem for the Common Law?” (1993) 67 *Aust. L.J.* 675, en p. 686.

⁵ SCHAUER, F. “Is the Common Law Law?” (1989) 77 *Cal. L. Rev.* 435 (el *common law* “permanece siendo muy desconcertante”; se permite a sí mismo ser rehecho en el proceso de aplicación, infundiendo valores variables morales, económicos, sociales y políticos; las reglas del *common law* parecen ser no más que “reglas prácticas” [*rules of thumb*]).

law?, mientras que el decano de los abogados franceses, de cara con el renacimiento continental de la *jurisprudence*, ha concluido que los casos no pueden ser una fuente de derecho autónoma, sino más bien sólo la “transparencia” de la costumbre o la legislación.⁶ En la mayor parte de su historia, además, los jueces del *common law* han mantenido puntos de vista parecidos, los cuales, por las razones que luego se verán, deben ser tomados en serio una vez más.

¿Cómo han visto los jueces del *common law*, tradicionalmente, al *common law*? Historiadores y filósofos del derecho, estimulados por un sentido de necesidad contemporánea, se han ocupado en un proceso de reconstrucción. Al no haber una jerarquía de tribunales, los jueces del *common law* se ocuparon en un ejercicio común, compartido. Ellos no mandaban uno sobre otro, ni en el presente ni en el futuro. Sus decisiones entonces no podían obligar, y esta realidad histórica predominó bien entrado el siglo diecinueve. Los casos tenían autoridad, cualquiera que ésta fuera, porque eran parte de un cuerpo de experiencia común.⁷ Ellos no eran reglas para ser seguidas, sino más bien ejemplos de un tipo de razonamiento que había prevalecido ampliamente.⁸ Como tales, los casos no impedían un nuevo razonamiento o argumento, sino que lo sugerían, y ningún caso podía ser visto como idéntico a otro, que de algún modo fuera resuelto por el primero en tiempo. Para tal concepción, la recopilación de decisiones era, de cualquier modo, algo demasiado aleatorio como para prevalecer. En tanto que los casos sólo ejemplificaban argumentos, no había un número cerrado de fuentes y si una voluntad abierta para considerar una amplia gama de autoridades posibles.⁹

Este “método” de resolución judicial [*adjudication*] del *common law*¹⁰ se encargó en gran manera y, sobre todo, de la posibilidad de formularlas en ausencia de un derecho formalmente designado como tal. El jurado fue el principal medio

⁶ CARBONNIER, J. *Correspondence* (1992) Rev. trim. dr. civ. 342. La crítica civilista del *case law* se ha centrado en una noción de precedente que es traducida frecuentemente como “préjugé” o “Präjudiz”. Tomar un caso como decidido por otro anterior es evitar la búsqueda de la justicia, particularmente tal como está representado por las fuentes legislativas. Ausente la presencia vaga de los códigos, el mismo argumento ha preocupado a los jueces del *common law*. Véase la discusión en el texto, *infra*.

⁷ POSTEMA, G. J., “Roots of our Notion of Precedent” en Goldstein, L., ed., *Precedent in Law* (Oxford: Clarendon Press, 1987) en p. 22.

⁸ Véase generalmente, con referencias, LOBBAN, M. *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850* (Oxford, New York: Oxford Univ. Press, Clarendon Press, 1991); LIEBFERMAN, D. *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain* (Cambridge, New York: Cambridge Univ. Press, 1989).

⁹ LOBBAN, *ibid.*, en pp. 87-88 (“toda clase de fuentes fueron usadas para llegar a una conclusión”). Mientras que el aprendizaje de las formas de acción era altamente técnica y aparentemente autónoma en carácter, los primeros abogados de la etapa formativa del *common law* estaban muy abiertos al derecho civil y “no del todo ajenos” con él. PREST, W. R. *The Rise of the Barristers: A Social History of the English Bar 1590-1640* (Oxford, New York: Clarendon Press, Oxford Univ. Press, 1986) en p. 191. Esta familiaridad con otras formas de argumentación jurídica podría haber sido aumentada con la multiplicidad de tribunales en Inglaterra, algunos de los cuales (equidad, tribunales eclesiásticos, almirantazgo) fueron depositarios del aprendizaje civil.

¹⁰ Para un esfuerzo estadounidense para enraizar el *common law* en las estructuras profundas de juzgar, véase EISENBERG, M. *The Nature of the Common Law* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1988).

de realizar esto, pero las decisiones de los jueces también requirieron de legitimación. Esto parece haber derivado de una combinación de circunstancias e instituciones: el rol limitado de la judicatura, la naturaleza contextual de los decretos judiciales [*writs*] (fieles reflejos de la sociedad feudal), la imparcialidad del proceso y las fuentes, el talento de los jueces y sus propios esfuerzos justificativos. Si había derecho fuera de los jueces, se encontraba en gran parte en la sociedad misma. Si los jueces no lo podían encontrar, ellos no podrían decidir.¹¹ Es importante que no se presumía que el derecho existía, para todos los casos, fuera de los jueces. Ellos procedían sobre la base del derecho que sentían poder articular de manera razonable, a través de una “cuidadosa elaboración de opiniones compartidas de prácticas comunes”.¹² De otra manera, ellos no procedían.

Este derecho, que gradualmente se convirtió en común, fue así un derecho provisional en su método y también en gran parte opcional para los litigantes. No desplazó repentinamente las formas de resolución de controversias locales y especializadas, ni las formas de derecho local y consuetudinario. Era tolerante del derecho y de las particularidades sociales ajenas a sí mismo. Mas aún, su principal instrumento de juzgamiento [*adjudicative instrument*], el jurado, eligió las formas locales de conocimiento de lo bueno y lo malo. Los resultados no importaban. Cada caso era diferente y la uniformidad no se imponía. La cualidad de común derivaba del cuadro judicial [*adjudicative cadre*] y del método de razonamiento (provisional) que lo apoyaba. El método del *common law* suponía así que no había un derecho comprensivo, completo fuera de los jueces; sus estructuras veían a la sociedad misma para los medios y la justificación de la resolución de controversias.

II. *STARE DECISIS* [ESTAR A LO DECIDIDO] E IMPERIO

Stare decisis e Imperio están relacionados uno con el otro. Ambos son fenómenos esencialmente del siglo diecinueve. Ambos son emanaciones del Estado. Ambos fueron precedidos por afirmaciones importantes sobre el predominio de la racionalidad humana en el derecho y la política

La evolución del *common law* hacia un concepto de *stare decisis* fue un movimiento gradual. Blackstone fue una figura clave en el proceso, aunque fue precedido por la influencia racionalizadora de los gremios de abogados [*Inns of Court*] en el siglo deiciséis.¹³ Blackstone estuvo muy influenciado por la racionalidad

¹¹ Para la negativa judicial a decidir en caso de ausencia del derecho discernible, véase BAKER, J. H. “English Law and the Renaissance” (1985) 44 Camb. L. J.46, en p. 58 (“Si, después de todo, ellos todavía tienen dudas, ellos no hacen nada. La inactividad judicial no era vista como abandono del deber, como podría ser ahora, porque esto ayudaba a las partes para solucionar sus diferencias cuando las razones se equilibraban”).

¹² POSTEMA, *supra*, nota 7, p. 31.

¹³ Véase BAKER, *supra* nota 11, en p. 61 (de manera notable los desarrollos entre los años 1490 y 1540, que “pueden haber [tenido] algo que ver con el humanismo del Renacimiento”).

dad del derecho romano y buscó establecer una racionalidad paralela del *common law*.¹⁴ En el debate en curso acerca de la naturaleza del *common law*, él aparece en una posición clave de transición. Su concepto de derecho estructurado, racional y nacional representó un rompimiento con el pasado, aunque mantuvo elementos claves de la tradición. El derecho común del futuro sería justificado racionalmente, aun cuando los jueces todavía no hacían el derecho. Blackstone parece ser la fuente principal de la teoría declarativa del derecho. Los jueces no hacían el derecho, simplemente lo declaraban. Había entonces, de cualquier manera, muchísimo derecho por declarar, y se encontraría no sólo en las colinas y valles del campo inglés, sino además en un nivel superior de la racionalidad humana.¹⁵

Las ambiciones racionalistas de Blackstone lo dejaron expuesto al ataque fulminante durante los dos siglos siguientes. Nadie en el pasado se hubo distanciado tanto del calor de la costumbre. Y si el derecho existiere fuera de la costumbre, ¿cómo podía establecerse? Si no había otra prueba más que el razonamiento de los jueces, ¿no era su razonamiento el derecho mismo? La judicatura modesta y moderada de Blackstone ahora se encontraba en el pleno deslumbramiento de la iluminación del renacimiento. El *stare decisis* se hizo posible y, a lo largo del siglo XIX y el principio del siglo XX, su construcción positiva estuvo acompañada por un bombardeo incesante de la “la omnipresencia inquietante por el futuro” [“*brooding omnipresence*”] del derecho eterno de Blackstone.¹⁶

En el siglo XIX se transforman rápidamente las instituciones del *common law*: se crea el derecho de acción, queda abolida la necesidad de escoger su propio *writ*, se establece el tribunal de apelación y se hace “oficial” la recopilación de sentencias [*case reporting*]. El derecho ahora puede encontrarse escrito en páginas. Los juicios se alargaron.¹⁷ Los jueces responden, en parte por lo menos, a nuevas expectativas. Hay algunos indicios de dificultades conceptuales con la idea del *stare*

¹⁴ Véase CAIRNS, J. W. “Blackstone, an English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State” (1984) 4 Oxf. J. Leg. Stud. 318.

¹⁵ LOBBAN, *supra*, nota 8 en pp. 12-13 (El punto de vista blackstoniano del derecho “fuera del punto de vista del *common law*” asumiendo un “código holístico ideal”). Blackstone nunca fue completamente claro, sin embargo, en cuanto a lo que era que había sido declarado. Él escribió: “está declarado, que esa sentencia no era un *derecho malo* sino que *no era derecho*: esto es, que no es la costumbre establecida del reino...” y “las leyes humanas son solamente declarativas de, y actúan en subordinación a. [el derecho divino y al derecho natural].” Jones, G., ed., *The Sovereignty of the Law: Selections from Blackstone’s Commentaries on the Laws of England* (Toronto: Univ. of Toronto Press, 1973) en pp. 31 y 51. La última afirmación, más moderna al admitir el potencial de un derecho natural humanista, vino a ser tomada generalmente como su posición.

¹⁶ La frase es aquella de Holmes, quien bombardeó valientemente desde puntos de vista afirmados por Austin y Bentham. Véase *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, en p. 222 (1917). Por los años de 1860 la frase de Bentham “el juez hace el derecho” se utilizó muy frecuentemente. EVANS, J. “Change in the Doctrine of Precedent during the nineteenth Century” en GOLDSTEIN, *supra*, nota 7, 35, en p. 68.

¹⁷ Para el aumento en la extensión de la sentencia desde el siglo dieciocho (los casos llegaron a tener una extensión de una página completa) al siglo veinte, véase GOUTAL, J. L. “Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A” (1976) 24 Am. J. Comp. L. 43, en pp. 58, 61-65.

decisis,¹⁸ pero son despejados rápidamente. Los jueces deben ser el equivalente a los nuevos legisladores continentales. A finales del siglo XIX, la Casa de los Lores [*House of Lords*], ahora el más alto tribunal de apelación, queda obligado por sus propias decisiones.¹⁹

Estos desarrollos eran ingleses, enraizados en el surgimiento del Estado británico contemporáneo. Era un Estado con mucho éxito, como eran entonces los estados, y a finales del siglo XIX había adquirido un Imperio considerable. La noción de imperio parece derivarse del latín *imperium*, como un verdadero dominio o autoridad. El *imperium* no estaba en el corazón del derecho romano, pero se convirtió en la idea esencial subyacente tanto del imperio británico como de la magistratura inglesa en el siglo diecinueve. El imperio fue adquirido a través de la exploración, el trueque, la compra y, cuando era necesario, por la fuerza. Los abogados no tenían mucho que hacer con esto. No obstante, se volvieron imprescindibles para su administración. Surgieron entonces cuestiones interesantes, como la naturaleza del *common law* en tanto instrumento del Imperio.

La expansión territorial del *common law* hizo resurgir las ideas de Blackstone y la tradición del *common law*. Blackstone se vendió bien en el extranjero, en varias ediciones, y su concepto del *common law* se convirtió en vital para el *common law* del Imperio y subsecuentemente para la *Commonwealth*. Si Blackstone pudo haber enseñado la existencia de un derecho eterno, “monolítico”, su idea era desestabilizadora. Había derecho fuera de los tribunales, y el nuevo concepto de *stare decisis* no podía eliminar la libertad de un juez para intentar declarar este *common law* eterno. En el Imperio y en la *Commonwealth* esto tuvo tres efectos principales: i) se presentó como irrelevante cualquier fecha de recepción del *common law* y permitió a los tribunales coloniales continuar guiándose por los casos ingleses;²⁰ ii) permitió superar las jerarquías judiciales nacionales, una vez que fueron establecidas, en los casos donde la autoridad externa del *common law* era más persuasiva; y iii) y permitió la particularidad local (la doctrina “no apropiada” [*the “unsuitability” doctrine*]), en vista de que la racionalidad universal del *common law*, como se mostró en otra parte, podría encontrarse en versiones locales, todas ellas enteramente racionales en las circunstancias locales.

¹⁸ Véase LOBBAN, *supra* nota 8, en pp. 211-215, 258 acerca de la imposibilidad de reglas que derivaran de un veredicto general y la necesidad de mantener un alegato especial para producir reglas claras. Este punto de vista fue claramente influenciado por el rol jugado entonces por el jurado en los casos civiles. El predominio del hecho en las sentencias del tribunal de primera instancia ha contribuido hoy en día, sin embargo, de manera significativa a la decadencia en el valor del precedente de esas decisiones.

¹⁹ Véase *London Tramways v. L.C.C.* [1898] A.C. 375; y para las etapas de desarrollo del *stare decisis* a través del siglo diecinueve véase EVANS, *supra* nota 16. El lenguaje de “obligatorio” comienza a ser utilizado con alguna frecuencia de 1800 a 1834. *Ibid.*, en pp. 45-54. Más generalmente véase CROSS, R. & HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, 4th. ed. (Oxford: Clarendon Press, 1991) en p. 24, 25 (ejemplos de precedente no siendo seguido hasta de fines de 1869); FLOWERS, R. “Stare Decisis in Courts of Co-ordinate Jurisdiction” (1985) 5 *Advocates’ Q.* 464, en pp. 469, 470.

²⁰ MATSON, J. N. “The Common Law Abroad: English and Indigenous Laws in the British Commonwealth” (1993) 42 *I.C.L.Q.* 753, en p. 754, generalmente para el *Commonwealth*; HOGG, P. *Constitutional Law of Canada*, 3^o ed. (Toronto: Carswell, 1992) en p. 30, para Canadá.

Había por supuesto mucha insistencia en la necesidad de uniformidad del *common law* en todo el Imperio. Se hizo un esfuerzo importante para construir líneas de *stare decisis* extendiéndolas del Consejo de la Reina [*Privy Council*]. El Imperio estaba, sin embargo, demasiado lejos de lanzarse hacia tan débiles líneas de autoridad. Se necesitaba más derecho que el que era formalmente transmitido; había demasiada atracción de las sentencias de los tribunales que no eran superiores jerárquicamente [*non-binding courts*] (principalmente ingleses); y demasiada particularidad local. Exportado fuera del único Estado de origen, el *common law* tenía que hacerse menos riguroso. La teoría declarativa se convirtió en la palabra clave de este proceso. No se necesitaba, de hecho, que fuera un *common law* demostrable, eterno y monolítico; la teoría declarativa podía, sin embargo, ser argumentada en ayuda de la limitación judicial, para recurrir a una serie de fuentes útiles, y para el reconocimiento de la particularidad local.²¹ Esto hizo revivir las principales características de la tradición original del *common law*. El *common law* comenzaba a “hablar con acentos apropiados al país en el cual se aplicaba”.²² Se estaba padeciendo un gran cambio en Inglaterra; la uniformidad era improbable afuera.

El trabajo de una nueva escuela de historiadores jurídicos canadienses está descartando la idea, promovida ardentemente por un número de abogados canadienses de mitades de este siglo,²³ de que la recepción del *common law* en Canadá ha sido un proceso estático, mecánico y derivativo.²⁴ Ha sido un proceso informal

²¹ Para el apoyo judicial explícito australiano de la teoría durante la segunda mitad del siglo XX, véase LÜCKE, H. K. “The Common Law: Judicial Impartiality and Judge-Made Law” (1928) 98 L.Q. Rev. 29, en p. 45; WESLEY-SMITH, P. “Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis*” in GOLDSTEIN, *supra* nota 7, 73, en p. 75.

²² BARTHOLOMEW, G. W. “English Law in Partibus Orientalium”, en A. J. Harding, Ed., *The Common Law in Singapore and Malaysia* (Singapore Butterworths, 1985) en p. 39, citado en MATSON, *supra*, nota 20 en p. 779.

²³ Véase por ejemplo KENNEDY, G. “Stare Decisis—Five Recent Judicial Comments” (1951) 29 *Can. Bar Rev.* 92, señaladamente en p. 93 (“How long will this thing continue?”); READ, H. “The Judicial Process in Common Law Canada” (1959) 37 *Can. Bar Rev.* 265, señaladamente en p. 266 (aplicación “excesivamente mecánica” de los casos ingleses —sin explicación de cómo es “mecánica” o “excesivamente mecánica”).

²⁴ Véase por ejemplo *Essays in the History of Canadian Law* (Toronto: University of Toronto Press) (D. Flaherty, ed., vol. 1, 1981, vol. 2, 1983, Girard, P. & Phillips, J., eds., vol. 3, 1990, Wilton, C., ed. vol. 4, 1990); BACKHOUSE, C. *Petticoats and Prejudice: Women and Law in Nineteenth Century Canada* (Toronto: Published for the Osgoode Society by Women’s Press, 1991); Knafla, L., ed., *Law and Justice in a New Land: Essays in Western Canadian Legal History* (Toronto: Carswell, 1986); BAKER, B. “The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late-Victorian Empire” (1985) 3 *Law & Hist. Rev.* 219; BAKER, B. “‘So Elegant a Web’: Providential Order and the Rule of Secular Law in Early Nineteenth-Century Upper Canada” (1988) 38 *U.T.L.J.* 184; BELL, D. “The Reception Question and the Constitutional Crisis of the 1790’s in New Brunswick” (1980) 29 *U.N.B.L.J.* 157; CAHILL, B. “How Far English Laws Are in Force Here”: Nova Scotia’s First Century of Reception Law Jurisprudence” (1993) 42 *U.N.B.L.J.* 113; FOSTER, H. “English Law, British Columbia: Establishing Legal Institutions West of the Rockies” en *University of Manitoba Canadian Legal History Project Working Paper Series* 92-93; GIRARD, P. “Themes and Variations in Early Canadian Legal Culture: Beamish Murdoch and his *Epitome of the Laws of Nova Scotia*” (1993) 11 *Law & Hist. Rev.* 101; HIBBITS, B. J. “Progress and Principle: The Legal Thought of Sir John Beverly Robinson” (1989) 34 *McGILL, L. J.* 454; RISK, R. “A.H.F. Lefroy: Common Law Thought in Late Nineteenth-Century Canada: On Burying One’s Grandfather” (1991) 41 *U.T.L.J.* 307; SMANDYCH,

y no instrumental, en contraste con el de los Estados Unidos,²⁵ pero en el nivel del método de resolución judicial [*adjudication*] ha sido característico, imaginativo y sensible a la circunstancia local. Mezclando diestramente la teoría declarativa del derecho con conceptos formales del *stare decisis*, los jueces canadienses conservaron abiertos sus contactos con el resto del mundo, desarrollaron un derecho local, y se mantuvieron sin llamar mucho la atención. Blackstone permaneció, y permanece, siendo una autoridad citada.²⁶ A finales del siglo veinte había razones evidentes para mantener abiertas dichas opciones.

R. "Upper Canadian Considerations about Rejecting the English Poor Law, 1817-1837: A comparative Study of the Reception of Law" en *University of Manitoba Canadian Legal History Project Working Paper Series* 91-94. Escritos judiciales antiguos han indicado ocasionalmente la combinación característica de las variantes locales y distantes del *common law*. Véase HODGINS, J. A., "The Authority of English Decisions" (1923) 1 *Can. Bar Rev.* 470, en p. 483 ("adopción considerada" de las decisiones inglesas "hasta donde éstas se aplican"); y más recientemente MORROW, W. "An Historical Examination of Alberta's Legal System-the First Seventy-Five Years" (1981) 19 *Alta. L. Rev.* 148, señaladamente en p. 156 (el jurado de Alberta reducido a seis por las necesidades dadas). Para aseveraciones generales del proceso de recepción, véase COTE, J. E. "The Reception of English Law" (1977) 15 *Alta. L. Rev.* 29; GLENN, H. P. "Persuasive Authority" (1987) 32 *McGILL, L. J.* 261; JACKETT, W. R. "Foundations of Canadian Law in History and Theory" en Lang, O. E., ed., *Contemporary Problems of Public Law in Canada: Essays in Honour of Dean F.C. Cronkite* (Toronto: Univ. of Toronto Press, 1968) en p. 3.

²⁵ La recepción en los Estados Unidos difiere de la que ocurrió en Canadá en varios aspectos. Desde que las colonias del sur fueron tomadas para ser pobladas, el derecho inglés tuvo que ser introducido formalmente y la doctrina "adecuada" [*suitability doctrine*] se convirtió en una razón para adoptar el derecho inglés más que excluirlo. La formalidad del proceso de recepción fue acompañado así por la adopción de objetivos instrumentalistas. Véase en forma general BROWN, E. *British Statutes in American Law 1776-1836* (Ann Arbor, Mich.: Univ. of Michigan Law School, 1964). Los estatutos estatales, de esta manera, prohíben, a menudo, la citación de decisiones inglesas posteriores a 1776. LANGBEIN, J. "Chancellor Kent and the History of Legal Literature" (1993) 93 *Col. L. Rev.* 547, en p. 568, con notas de referencia. La noción de un *common law* estatal surgió temprano y naturalmente de este proceso como un medio de "adaptación del *common law* en un sistema que emergía de soberanía popular". HORWITZ, M. *The Transformation of American Law, 1880-1960* (New York: Oxford Univ. Press, 1992) citando en la p. 20, el ensayo de 1798 de ROOT, J. "On the Common Law of Connecticut". Ejemplares de los Estados Unidos de las Institutas europeas surgieron entonces, tales como Kent y Story, y las recopilaciones de decisiones estatales se desarrollaron rápidamente para proveer de fuentes del derecho estatal que se suponía existían. Véase LANGBEIN, *supra* en p. 571, para la importancia del surgimiento de las recopilaciones de decisiones estatales. Una vez que esta demostración inicial del poder de la voluntad política sobre las fuentes jurídicas fue realizada, el camino estaba abierto para formas posteriores de instrumentalismo. Véase HORWITZ, *supra*; NELSON, W. E. *Americanization of the Common Law: The Impact of Legal Change on Massachusetts Society, 1760-1830* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1975). Pero este proceso es fácil de exagerar, y rastros de la noción de un "derecho anglo-americano" persisten hoy en día. Véase *infra*, el texto que acompaña la nota 125. Mientras Kent hizo mucho para nacionalizar el *common law*, él a pesar de eso enseñó que "Los principios elementales del *common law* son los mismos en cada estado, e igualmente iluminan y fortalecen cada parte de nuestro país". KENT, J. *Commentaries on American Law* (New York: O. Halsted, 1832) en p. 445, citado en STYCHIN, C. "The Commentaries of Chancellor James Kent and the Development of an American Common Law" (1993) 37 *Am. J. Leg. Hist.* 440, en p. 456.

²⁶ Véase, por ejemplo, *Salituro v. R.*, [1991] 3 S.C.R. 654, en p. 665, Iacobucci J. (afirmación de un punto de vista blackstoniano de los jueces descubriendo el *common law* y no cambiándolo, a pesar de que el "modelo estático [de Blackstone] del *common law* ha sido suplantado gradualmente por un punto de vista más dinámico"); *Edwards v. Edwards* [1987] 5 W.W.R. 289 (Sask. C.A.) en p. 297,

III. LA DECADENCIA DE LA JERARQUÍA

Stare decisis emergió en un momento único en la historia de la tradición del *common law*. La abolición de las formas de la acción y la decadencia del jurado significó que los jueces del *common law* habían comenzado a juzgar el fondo de los casos y de acuerdo con un derecho sustantivo. El contenido del *common law* nuevo y sustantivo tenía que ser descubierto, o creado. En Inglaterra y en los Estados Unidos esto fue hecho a través de una fuerte dependencia en Pothier y en otros escritores continentales,²⁷ así como mediante una conversión milagrosa de antiguas reglas de peticiones [*pleading rules*] en prescripciones sustantivas.²⁸ En el Imperio y en la *Commonwealth* ocurrió el mismo proceso, filtrado a través de la jurisprudencia [*case law*] inglesa. El *stare decisis* fue el almidón que dio consistencia al proceso. Lo solidificó rápidamente. El *stare decisis* fue exitoso, como un medio transicional, por dos razones institucionales subyacentes. Primero, la transición hacia el derecho sustantivo hizo obviamente irrelevante mucho volumen del derecho previo. Seguía estando disponible para ser citado como autoridad cuando fuera necesario, pero la abolición de los *writs* significó que el nuevo pensamiento podía desarrollarse libre de la carga de los casos pasados. Segundo, la magistratura permaneció siendo, por varias décadas, lo que tradicionalmente había sido: un pequeño cuerpo de juzgadores localizados centralmente, ambulatorios con un nivel excepcional de compromiso y de comprensión compartidos. Ahora estaban decidiendo casos, pero pocos relativamente, y las decisiones podían ser vistas cada una como normativa, merecedora de reproducción oficial.

Los cambios institucionales que llevaron a la articulación de una doctrina de *stare decisis* no eran compatibles, sin embargo, con su sobrevivencia a largo plazo. La abolición del sistema del *writ* puso en acción al proceso de resolución judicial del *common law*; sus reglas se volvieron comprensibles, o por lo menos, comprensibles potencialmente, para los ciudadanos; sus jueces se enfrentaron con la perspectiva de juzgar, ellos mismos, “todo” el caso. Gradualmente, de manera inevitable, debía haber más jueces. Asimismo, aumentó la presión sobre ellos para convertirse en jueces residenciales. Ahora este proceso está en gran parte concluido en Canadá y en Estados Unidos. Si hay tantos casos y tantos jueces residenciales, el próximo paso es asignarles a ellos la responsabilidad de la dirección eficiente de los casos. Este proceso se lleva al cabo en Canadá y en los Estados Unidos, y la

Bayda C.J.S. (citación de Blackstone rechazando el concepto de denegación esperada [*prospective overruling*] y declarando la retrospectividad del *common law* como “parte de la teoría declarativa del derecho”).

²⁷ Véase el comentario de BEST, J., en 1822 acerca de que la autoridad de Pothier en *Obligaciones* era “la más alta que podía ser tenida, cercana a una decisión de una sala de justicia en este país”. *Cox v. Troy* (1822), 5 B. & All., 474, 106 E.R. 1264.

²⁸ Si un *writ* permitió el acceso al jurado, era por lo menos posible decir que esto contenía obligaciones implícitas y aun, más radicalmente, derechos implícitos.

magistratura norteamericana se parece cada vez más a aquélla del continente. El tribunal superior [*high court*], tribunal de primera instancia de la Corona, oráculo del *common law*, se ha ido transformando lentamente en un juzgador y administrador de asuntos locales, sujeto por lo menos a una revisión por apelación, como en Canadá, o si no a un amplio grupo de recursos por error, apelación o prerrogativas, como en los Estados Unidos.²⁹ También hay disciplina judicial.

En este nuevo orden judicial no todas las decisiones pueden permanecer. La mayoría son olvidadas. El volumen de casos se extiende necesariamente a los tribunales de apelación, desde que las decisiones de primera instancia se han convertido sólo en... decisiones de primera instancia. Los tribunales de apelación se han inundado. La fuerza normativa de sus decisiones se va a su vez desgastando lentamente. La cantidad de decisiones que tienen que tomar en todas las áreas de la vida los hace vulnerables a las múltiples formas de apreciación. Los pronunciamientos judiciales se desmantelan; sus decisiones se someten al análisis económico u otras formas de análisis externo.

En el mundo del *common law*, el *stare decisis* fue acogido más fervientemente en Inglaterra y los Estados Unidos.³⁰ El ritmo del cambio había sido diferente en cada país, pero en ambos la decadencia del *stare decisis* es evidente. En Inglaterra, un cuarto de siglo después que la Casa de los Lores se liberó a sí misma de sus errores previos,³¹ se dice que el proceso del *common law* se ha movido de su principio, enraizado en el *stare decisis*, hacia el pragmatismo —a la resolución discrecional de disputas con un nivel bajo de predictibilidad—.³² La magistratura ha decaído en influencia mientras que ha aumentado en tamaño;³³ el *stare decisis* se considera autodestructivo, puesto que si todas las decisiones son correctas, las malas deben ser reunidas con las buenas en el proceso de conseguir declaraciones de derecho armoniosas.³⁴

Resultados más radicales se han alcanzado en los Estados Unidos. Existe la “anulación anticipada” [*anticipatory over-ruling*], un ejemplo es la negativa a seguir un precedente que de otra manera es obligatorio, si el juez encargado cree que el precedente puede eventualmente ser anulado por un tribunal superior.³⁵

²⁹ Véase JAMAL, M. & GLENN, H. P. “Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal” (1994) 73 *Can. Bar Rev.* 142.

³⁰ Para el concepto estadounidense originalmente más estricto de *stare decisis*, basado en la simple “opinión del tribunal”, véase GILMORE, G. *The Ages of American Law* (New Haven: Yale Univ. Press, 1977) en pp. 10, 115.

³¹ *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234.

³² ATIYAH, P. *From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law* (Oxford: Clarendon Press, 1978).

³³ Véase MARSH, N. “Comparative Law and Law Reform” (1977) 41 *Rechts Zeitschrift* 649 en la nota 13, comentando sobre la judicatura del Reino Unido (“la decadencia en el prestigio y la autoridad de la judicatura lo que hace menos fácil para ellos producir cambios económicos y sociales importantes”).

³⁴ JOLOWICZ, J. A. “Les décisions de la Chambre des Lords” (1979) *Rev. Int. Dr. Comp.* 521 (el derecho así encontrado no en decisiones únicas sino en varias).

³⁵ ATIYAH, P. S. & SUMMERS, R. S. *Form and Substance in Anglo-American Law* (Oxford: Clarendon Press, 1987) en pp. 121-122 (preguntando “¿qué queda del *stare decisis*?); y para la defensa anterior del fenómeno con respecto a las decisiones “obsoletas” de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos véase GILMORE, *supra*, nota 30, p. 98.

También hay un debate importante sobre el proceso de no publicar deliberadamente las decisiones, como un mecanismo para acelerar la resolución final.³⁶ La administración federal de los Estados Unidos acepta regularmente sólo la fuerza de *res judicata* de las decisiones del tribunal federal (la doctrina de *intra-circuit nonacquiescence*).³⁷ La cita de casos singulares ha sido reemplazada ampliamente por métodos de búsqueda y de cita que agrupan un gran número de casos, como indicativos de la tendencia del derecho jurisprudencial [*decisional law*].³⁸

Al respecto, observadores norteamericanos han comentado que parece permanecer un concepto de *stare decisis individual*, por el que un juez intentará adherirse a sus decisiones anteriores,³⁹ mientras que el debate académico se centra sobre si hay alguna justificación para las decisiones por los precedentes.⁴⁰

Un defensor estadounidense del *common law* ha escrito que el *common law* consiste en:

las reglas que podrían ser generadas en el momento presente por la aplicación de los principios institucionales de resolución judicial [y que] la regla anunciada de un precedente debería ser aplicada y extendida a los casos nuevos si la regla satisface sustancialmente el *estándar de congruencia social*...⁴¹

En Canadá y en cualquiera otra parte de la *Commonwealth*, las actitudes hacia el *stare decisis* han sido ambivalentes. La lealtad hacia la predominante y contem-

³⁶ Véase REYNOLDS, W. & RICHMAN, W. "The Non-Precedential Precedent - Limited Publication and No-Citation Rules in the United States Courts of Appeals" (1978) 78 *Colo. L. Rev.* 1167; ROBEL, L. "The Myth of Disposable Opinion: Unpublished Opinions and Government Litigants in the United States Courts of Appeals" (1989) 87 *Mich. L. Rev.* 940; y para abuso alegado del proceso (el ganador acordando, para consideración, solicitar por mandato judicial "anulando" la decisión), en ambos tribunales estatal y federal, véase KOIATA, G. "When Court Decisions Vanish from the Record" *The New York Times* (18 de junio de 1993) D 17.

³⁷ ESTREICHER, S. & REVESZ, R. "Nonacquiescence by Federal Administrative Agencies" (1989) 98 *Yale L. J.* 679, con una respuesta resultante (by M. Diller & N. Morawetz) y contestación en (1990) 99 *Yale L. J.* 801 y (1990) 99 *Yale L. J.*, 83; R. PEAR "U. S. Flouts Courts in Determination of Benefit Claims" *The New York Times* (13 de mayo de 1984) 1. LAVELLE, M. "Sometimes the U. S. Just Says 'No'" [1989] *Nat. L. J.* 1.

³⁸ GOUTAL, *supra*, nota 17, en pp. 51-55, señaladamente en la p. 52 ("nada normativo en este proceso, no hay apelación a la jerarquía o a la autoridad formal... sin alguna insinuación de algo obligatorio"); ATIYAH & SUMMERS, *supra*, nota 35, p. 129 ("posible citar a una considerable cantidad de autoridades en ambos lados de cualquier línea que pueda ser trazada").

³⁹ Otros ven esto como una señal de arrogancia judicial y una decadencia de la colegialidad y la lealtad institucional, agravado por el abandono de la redacción de la resolución en manos de los secretarios [*clerks*, generalmente jóvenes pasantes en derecho], cuyas "características estilísticas reflejan la combinación de la arrogancia y la desconfianza en sí mismos que es la marca de la cultura de los secretarios." KRONMAN, A. *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1993) en pp. 345, 347.

⁴⁰ SCHAUER, F. "Precedent" (1987) 39 *Stan. L. Rev.* 571; KORNHAUSER, L. "An Economic Perspective on Stare Decisis" (1989) 65 *Chicago-Kent L. R.* 63.

⁴¹ EISENBERG, *supra*, nota 10, p. 154, 75 (énfasis agregado).

poránea teoría del *common law* y, por consiguiente, al *stare decisis*,⁴² ha sido moderada por la lealtad hacia la definición actual de su contenido, por los tribunales más influyentes dentro y fuera de Canadá. La teoría declarativa continúa siendo invocada⁴³ y continúa desestabilizando el recurso exclusivo a la autoridad obligatoria, nacional y jerárquica. Las recopilaciones de decisiones judiciales provinciales han sido establecidas, abandonadas y restablecidas.⁴⁴ Han sido consideradas benéficas para los abogados locales, aunque no como depósitos exclusivos de sentencias. La Corte Suprema y la mayoría de los tribunales de apelación locales se han liberado ellos mismos de cualquier vínculo que les fuera impuesto por sus decisiones previas.⁴⁵ Muy recientemente, académicos canadienses y comentaristas judiciales han cuestionado más abiertamente la importancia actual del concepto de autoridad obligatoria [*binding authority*].⁴⁶ Si el *stare decisis* ha perdido su importancia, ¿dónde puede encontrarse el *common law*?

IV. LAS INSTITUCIONES CANADIENSES Y EL *COMMON LAW*

La decadencia del concepto de *stare decisis* hace más difícil definir el *common law* en términos de normas judiciales obligatorias, únicas para las estructuras judiciales nacionales o provinciales. Hay además otras dificultades, con la idea de los *common laws* puramente provinciales. Ellos se relacionan, generalmente, con las instituciones judiciales canadienses y con el concepto implícito de derecho reflejado en estas instituciones.

Hay una relación entre los tribunales y el derecho que aplican. Los tribunales de Canadá, además, están organizados de manera diferente a la mayoría de los otros países del mundo. Las estructuras del tribunal canadiense son múltiples, repitiéndose en cada provincia, diferentes de las del Reino Unido. De manera más

⁴² Para una lealtad temprana e intensa a un concepto científico, jerárquico de producción del derecho por los jueces, de un abogado canadiense prominente, véase RISK, *supra* nota 24, en LEFROY, A. H. F. Generalmente, demostrando tanto las adhesiones como las desviaciones, véase CURTIS, G. "Stare Decisis at Common Law in Canada" (1978) 12 U.B.C.L. Rev. 1, señaladamente en p. 8 (conceptos "relajados" y "flexibles" de precedente y *stare decisis*); G. BALE, "Casting Off the Mooring Ropes of Binding Precedent" (1980) 58 *Can. Bar Rev.* 255; FRIEDMANN, W. "Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Québec" (1953) 31 *Can. Bar Rev.* 723; JOANES, A. "Stare Decisis in the Supreme Court of Canada" (1958) 36 *Can. Bar Rev.* 175; MACGUGAN, M. "Precedent and Policy in the Supreme Court" (1967) 45 *Can. Bar Rev.*, p. 627.

⁴³ Véase *Edwards vs. Edwards*, *supra*, nota 26.

⁴⁴ GETZ, L. "The State of Law Reporting in Canada" (1979) 37 *Advocate* 243.

⁴⁵ *Supra*, nota 42.

⁴⁶ MACKENZIE, J. de la Corte Suprema de Columbia Británica escribió recientemente que "está claro que la autoridad del precedente está decayendo... La atracción del precedente está languideciendo en el Canadá del *common law* probablemente más rápido que en Inglaterra". MACKENZIE, K. "Back to the Future: The Common Law and the *Charter*" (1993) 51 *Advocate* 927, en p. 929, 930. Véase también A.W.M., "Editorial-The Rules of Evidence" (1994) 36 *Crim. L. Q.* 130 ("Stare decisis consiste más en lo que los tribunales hacen que en lo que ellos dicen").

significativa, la estructura básica del tribunal de cada provincia es unitaria, y por lo tanto se rechaza tanto la división continental entre tribunales de derecho privado y de derecho público, como el modelo federal, especialmente el de los Estados Unidos, en que las estructuras judiciales se dividen según los ramos de la competencia legislativa, con estructuras judiciales separadas para asuntos federales y estatales.⁴⁷ Los tribunales superiores provinciales canadienses son competentes tanto en asuntos de derecho público y de derecho privado, así como en asuntos de derecho federal y provincial. Sin embargo, puesto que hay niveles de gobierno federal y provincial, cada uno debe colaborar en la administración de la estructura básica del tribunal. Cada provincia por consiguiente administra sus tribunales (y en el pasado, las apelaciones del tribunal provincial de apelación se presentan directamente al *Privy Council*, mientras que el gobierno federal nombra y remunera a los jueces del tribunal superior y provee una Corte Suprema de Canadá [*Supreme Court of Canada*], que ahora actúa como última corte de apelación para cada provincia. El Tribunal Federal de Canadá [*Federal Court of Canada*] que remplazó al antiguo Tribunal de Hacienda [*Exchequer Court*] de Canadá, es competente solamente con respecto a las “leyes de Canadá” que han sido confiadas, por medio de leyes, bajo su jurisdicción⁴⁸ y, a menos que el otorgamiento legislativo de jurisdicción sea exclusivo, su jurisdicción no excluye la de los tribunales provinciales superiores.

¿Cuál es el significado de estas estructuras para la definición del *common law*?

Subyaciendo la conservación de una estructura judicial unitaria en un Estado que es confederado o federal en carácter, está la tesis de que ni el ejecutivo ni la legislatura merece una autoridad judicial correspondiente. No hay tribunales administrativos separados ni tribunales separados y de competencia exclusivamente a nivel provincial o federal. La posibilidad de hacer o ejecutar la ley no se considera que tenga alguna relación con la autoridad judicial, la cual puede eventualmente aplicar el derecho o revisar su aplicación. Diciéndolo de modo afirmativo, el *common law* y sus jueces anteceden a la autoridad legislativa y retienen la autoridad última sobre su división en confederación o federación. La posibilidad (y no es más que eso) del cambio legislativo del *common law* no implica su dependencia de la autoridad legislativa ni su división de acuerdo con la competencia legislativa. Las consideraciones políticas que llevan a establecer competencias legislativas separadas no prevalece, por tanto, respecto de los tribunales. Esto también puede considerarse respecto al nombramiento —como opuesto a la elección— de los jueces, pero también puede contemplarse que el derecho judicial —el *common law*— no puede en principio decirse que es federal o provincial debido al carácter federal o provincial de los tribunales y jueces. Los tribunales y jueces en Canadá son en principio federales y provinciales. No hay un proceso para “hacer un caso federal de eso”.

⁴⁷ Las estructuras de los tribunales en los Estados Unidos reflejan de este modo la imagen del *common law* que prevaleció en el proceso de recepción en los Estados Unidos. Véase la discusión *supra*, nota 25.

⁴⁸ *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, s. 101. En la definición restrictiva del concepto de las “leyes de Canadá” que ha sido adoptado por la Corte Suprema de Canadá, véase *infra*, el texto acompañando las notas 71 y 72.

Las estructuras judiciales canadienses fueron y permanecen sujetas particularmente a consideraciones políticas canadienses, especialmente a la naturaleza descentralizada de las estructuras confederadas canadienses de 1867 y a la dificultad de imponer una estructura de tribunal federal sobre los tribunales coloniales que previamente se vieron ellos mismos como libres dentro del Imperio. La estructura que emergió era, sin embargo, singularmente consistente con la teoría declarativa del *common law* —tal como era practicada en la *Commonwealth*— y aun con la tradición original del *common law*. La naturaleza de lo común y de lo particular coexisten dentro de un marco único, general y colaborativo. Los jueces no hacen el derecho pero lo buscan en las fuentes que mejor evidencian el *common law*. La circunstancia local es un aspecto esencial en la búsqueda para la mejor solución a este problema, en este lugar, en este tiempo. Así, no hay necesidad para dividir el *common law* y la magistratura según los ramos federales o confederales.⁴⁹ Rechazando así el otorgarlo de manera separada a las judicaturas federales y provinciales, no se crea ninguna “última palabra” en ninguna esfera. No se puede “elaborar” un *common law* de cada provincia por medio de una autoridad última del *common law* de cada provincia.

En la cúspide de las estructuras de los tribunales canadienses está la Corte Suprema de Canadá, un tribunal administrado por la autoridad federal y cuyos jueces son nombrados por el gobierno federal. Como se ha señalado, la Corte Suprema actúa como el tribunal final de apelación para cada provincia. Es también un tribunal general, como corresponde a un tribunal final de apelación de una estructura judicial unitaria, y cumple la revisión judicial [*judicial review*] por encargo de la *Charter of Rights and Freedoms* canadiense. La jurisdicción de la Corte Suprema de Canadá es así más amplia que la de los tribunales últimos del Reino Unido, Francia o los Estados Unidos, ya que en cada caso la jurisdicción de estos tribunales está limitada, sea por la ausencia de revisión judicial, por la distinción del derecho público/derecho privado, o por la estructura judicial federal.

¿Cuál es la relación entre la estructura y la jurisdicción de la Corte Suprema de Canadá y la naturaleza del *common law*? Debe responder, como lo hicieron los primeros tribunales del *common law*, a reclamaciones de particularidades o de generalidades. Esta tarea se ha vuelto más difícil, debido a que el acceso al tribunal

⁴⁹ Las sugerencias para este efecto han estado ausentes, de manera notable, del debate institucional en Canadá. El profesor Abel una vez hizo un argumento, no obstante, como un medio de acomodar las “diferentes necesidades y los sentimientos de las provincias” y vencer la opinión de que el *common law* es “un cuerpo de preceptos uniformes”. ABEL, A. “The Role of the Supreme Court in Private Law Cases” (1965) 4 Alta. L. Rev. 39. El *common law* podría ser así necesariamente ya sea un cuerpo universal y uniforme de derecho sustantivo (la ambición blackstoniana) o el producto positivo de las jurisdicciones locales. El rechazo de esta opinión implica el rechazo de ambos conceptos del *common law*. Ha habido más debate en Canadá de que si las estructuras de los tribunales deberían ser más federales mediante un aumento en la jurisdicción del Tribunal Federal, sin eliminar necesariamente la naturaleza residual de la jurisdicción del tribunal provincial. Propósitos iguales de esta naturaleza han encontrado resistencia. Véase la discusión del Tribunal Federal y la noción de un *common law* Federal, *infra*, el texto acompañando las notas 71 a 78.

se ha hecho más restringido y que sus casos se considera sean necesariamente de importancia nacional. Como se verá, la respuesta del tribunal a esta dificultad se halla aparentemente en su amplia variedad de opción de fuentes de derecho.⁵⁰ Pero sean cuales fueren las fuentes preferidas por la Corte, la pregunta permanece en cuanto a la importancia de sus decisiones para el *common law*, o los *common laws*. El punto de vista más radical del *stare decisis*, y el más consistente con la existencia de *common laws* provinciales, vería la Corte dividida conceptualmente en diez tribunales de apelación provinciales, cuyas decisiones obligan en asuntos provinciales y sólo a los tribunales provinciales del *common law* donde surgió el caso. La Corte contribuiría a los *common laws* provinciales, y su facultad de apartarse de sus propias decisiones previas podría permitirle el particularizar el *common law* de cada provincia. Parece, sin embargo, que no hay apoyo o propuestas en favor de esa visión esquizofrénica de la Corte, aunque un punto de vista similar hubo encontrado antes apoyo judicial con respecto a las decisiones del *Privy Council*.⁵¹

El efecto de tender un puente de las decisiones de la Corte Suprema ha sido derivado de un concepto de *stare decisis* que une todas las decisiones de la Corte, sin importar el origen geográfico de los casos implicados.⁵² Esta perspectiva más amplia del *stare decisis* no es, sin embargo, inevitable, y está basada en una opinión subyacente de la inseparabilidad del *common law*, por lo menos dentro de Canadá. En los asuntos de *common law*, las decisiones de la Corte representan el *common law* en todas partes dentro de Canadá porque es aceptado como el mismo *common law*. Si hubiera diferentes *common laws*, la Corte podría ser vista como declarando (de manera diferente) sobre todos ellos. El efecto normativo de las decisiones de la Corte Suprema es así ahora el efecto directo de la teoría declarativa del *common law* —tal como fue aplicada en todas partes de la *Commonwealth*—. No hay un *common law* particular para cada provincia ya que no hubo una fecha particular para la recepción del *common law* en cada provincia.⁵³ Puesto que no hay un *common law* particular para cada provincia, la Corte Suprema se acepta como articuladora del *common law* de todas las provincias de *common law*, en todas sus sentencias.

Los desarrollos recientes al nivel de la Corte Suprema no parece que puedan cambiar esta perspectiva fundamental. Si bien ha habido una intensa disminución

⁵⁰ Véase la discusión, *infra*, texto acompañando las notas 113 a 117.

⁵¹ *Negro vs. Pietro's Bread Co.*, [1993] O.R. 112 (C.A.); LASKIN, B. *The British Tradition in Canadian Law* (London: Stevens, 1969) en p. 60. El mismo *Privy Council* llegó a aceptar esta posición. Véase CRAWFORD, J. *Australian Courts of Law* (Melbourne: Oxford Univ. Press, 1982) en p. 171 ("El *common law* ha llegado a ser no uno sino varios"); CRAWFORD, J. "The New Structure of Australian Courts" (1977-78) 6 *Adelaide L. Rev.* 201, en pp. 224-230; y de manera general, MARSHALL, H. "The Binding Effect of Decisions of the Judicial Committee of the Privy Council" (1968) 17 *L.C.L.Q.* 60.

⁵² Véase CURTIS, *supra*, nota 42, p. 13; FRIEDMAN, *supra*, nota 42, p. 726. La autoridad judicial citada en apoyo de esta proposición es, sin embargo, una que trata sobre la legislación federal y no el *common law*. Véase *Woods Manufacturing Co. v. R.*, [1951] S.C.R. 504.

⁵³ Véase *supra* nota 20.

en el número de casos de derecho privado vistos por la Corte,⁵⁴ ésta continúa viendo unos veinte a treinta por año⁵⁵ y puede escoger los casos que atenderá. Los tribunales provinciales de apelación, aunque menos frecuentemente, son objeto de revisión de la apelación, son sin embargo sujetos de revisiones potenciales en todos los casos. Esto en si mismo es un poderoso freno para la creación de un segundo nivel de tribunales de apelación provinciales, diseñado con base en el de los Estados Unidos, que podría ser visto como una fuente más poderosa de *common law* provincial.⁵⁶ Mientras que la Corte Suprema provee decisiones de igual valor para todas las provincias de *common law*, no se sigue de aquí que puede ser vista como una fuente de un *common law* claramente nacional, uniforme y exclusivo de Canadá. La fuerza declinante del *stare decisis* juega un papel en esto, así como la disminución en la frecuencia de los casos de derecho privado de la Corte Suprema. Más significativo, sin embargo, como se verá, es el concepto del *common law* que sirve de base a sus propias decisiones, como se patentiza por el modelo de autoridades [*pattern of authorities*] evidente en sus juicios.⁵⁷

La estructura de los tribunales canadienses está relacionada estrechamente con el nombramiento, duración y la jerarquía [*status*] de los jueces canadienses. Mientras que los jueces de tribunales superiores son nombrados y remunerados por el gobierno federal, ellos son elegidos de entre los miembros de las barras provinciales de la jurisdicción en la cual ellos actuarán. Por consiguiente son visiblemente provinciales o regionales en cuanto a su origen y función, y al mismo tiempo tienen obligaciones y lealtades de carácter federal.⁵⁸ Ellos no están identificados con un derecho en particular. Subyaciendo el carácter mixto de su nombramiento y funciones, está la importancia fundamental del proceso mismo de nombramiento y las garantías relativas a la independencia judicial. Los jueces canadienses no son electos ni sujetos a una destitución por votación popular, y las nociones de soberanía popular o consensual de unidades políticas particulares nunca han sido vistas como relevantes para el cargo judicial. Como en el Reino Unido, la consideración dominante ha sido la independencia y la calidad de la magistratura y no su capacidad de respuesta a las fuerzas políticas. Esto no es necesariamente para negar una dimensión política al proceso legal; sino más bien afirma una magistratura independiente

⁵⁴ McCORMICK, P. "The Supervisory Role of the Supreme Court of Canada: Analysis of Appeals from Provincial Courts of Appeal, 1949-1990" (1992) 3 Sup. Ct. L. Rev. (2^o) 1 en p. 7 (la decadencia en los casos de derecho privado de un 62.2% del total a mediados de siglo a 20.3% en la década de 1980).

⁵⁵ Por comparación, la Cámara de los Lores se encarga de 30 a 50 apelaciones por año, en todas las áreas del derecho.

⁵⁶ Para recomendaciones desafortunadas hasta ahora en favor de segundos tribunales provinciales de apelación, en Ontario y en Quebec, véase ZUBER, T. *Report of the Ontario Courts Inquiry* (Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1987) en pp. 119-123; Barreau du Québec, *Rapport sur le fonctionnement des tribunaux judiciaires* (Montréal: Barreau du Québec, 1990) (*Rapport Gilbert*).

⁵⁷ *Infra*, texto acompañando las notas 113-117.

⁵⁸ "[L]os Tribunales Superiores de las Provincias canadienses no son tribunales estatales" en *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. R.* (1975), 53 D.L.R. (3^o) 321 en p. 357, PIGEON, J. Los jueces nombrados por los gobiernos provinciales también juegan un rol importante en la aplicación de la legislación federal, notablemente en el derecho penal y familiar.

como un medio de protección contra los excesos potenciales de la vida política. Las mismas consideraciones sirven de fundamento en relación con la antipatía hacia cualquier proceso de audiencias públicas en los nombramientos de la Corte Suprema de Canadá.⁵⁹ La magistratura canadiense, como todas las magistraturas, debe ser ampliamente representativa de la población a la cual sirve, pero no es necesario abandonar el objetivo de la calidad y la independencia mientras que se garantiza la representatividad.⁶⁰

V. LA SOCIEDAD CANADIENSE Y EL *COMMON LAW*

La sociedad inglesa que dio lugar al *common law* fue una sociedad multicultural. Eran anglos, sajones y *jutes*; comerciantes extranjeros con tribunales itinerantes; una aristocracia y una magistratura francófona. El inglés antiguo era una combinación de lenguas germánicas (con declinaciones) y el dialecto de Wessex comenzó a dominar sólo en el siglo décimo. Lo que conocemos como inglés emergió como lengua general con la decadencia del anglo-normando a partir del siglo catorce. El *common law* brotó lentamente de todo esto. Era común, pero compatible con aquel derecho que no lo era. Las relaciones entre los abogados del *common law* y los de otros tribunales y otras tradiciones, en Inglaterra, estaban marcadas por un alto nivel de civilidad, colaboración y respeto mutuo.⁶¹ La costumbre local tenía un lugar preponderante.

Donde el derecho debe armonizar la diversidad lo hace muy fácilmente al nivel de las decisiones individuales, e inmediatamente después al nivel de textos individuales de derecho.⁶² Las nociones de diversidad, cambio, modernidad y eficiencia pueden ser todas armonizadas con relativa facilidad, hasta el punto de que todas tratan principalmente con lo inmediato. El poder duradero del *common law* provino

⁵⁹ Para un intento de explicación de las razones fundamentales, véase GLENN, H. P. "Parliamentary Hearings for Supreme Court Appointments?" en Charlton, M. y Barker, P., eds., *Contemporary Political Issues*, 2ª ed. (Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1994) en p. 219.

⁶⁰ Por esto el aumento de comisiones judiciales de nombramiento y comisiones judiciales disciplinarias con preferencia a formas más directas de control popular de la judicatura. Los jueces de diferentes grupos de la población son nombrados no para representar a aquellos grupos en el proceso de resolución judicial, y estar sujetos en consecuencia a una destitución por estos grupos, sino para mantener ellos mismos la ética de una judicatura independiente de calidad.

⁶¹ Véase JONES, W. R. "Relations of the Two Jurisdictions: Conflict and Cooperation in England during the Thirteenth and Fourteenth Centuries" (1970) 7 *Studies in Medieval & Renaissance History* (Old Ser.) 77.

⁶² *Cf.*, para la armonización de los textos incompatibles en la tradición talmúdica ("Éstas y éstas [ambas] son las palabras del Dios Vivo"), STONE, S. L. "In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory" (1993) 106 *Harv. L. Rev.* 813 en p. 828. La tradición jurídica talmúdica es descrita como anarquista y carente de jerarquía institucional, aun así duradera a través del tiempo a pesar de las interpretaciones radicalmente contradictorias y plurales del derecho.

de su carencia de interés con lo inmediato. No le decía a nadie que es lo que tenía que hacer, pero proveía un foro dentro del cual podían determinarse sus obligaciones, en una manera que imponía gran respeto y que era fiel a contextos múltiples. En la sociedad multicultural como lo es Canadá el *common law* debe armonizar la diversidad que es quizá mayor que aquella de la Inglaterra medieval, aunque las profesiones y los tribunales separados en Inglaterra han sido ahora integrados en un sistema único, secular. ¿Cómo puede funcionar un sistema de tribunal integrado en una sociedad no integrada, con un derecho que se dice ser común?

La respuesta a esta pregunta ya ha sido vista, en parte, en la estructura de un sistema de un tribunal unitario, múltiple, provisto de jueces representativos de lealtades múltiples y coincidentes. Sin embargo, los jueces con sus decisiones también contribuyen a la definición del *common law* y su relación con la sociedad canadiense. Ellos deben definir, especialmente, las relaciones que existen entre el *common law* y el derecho aborigen, entre el *common law* y el derecho civil y entre el *common law* y la *Carta de derechos y libertades*. Allí permanecen los modelos de autoridad dentro del *common law* mismo —la tolerancia a la diversidad propia de un *common law*.⁶³

A. El *common law* y el derecho aborigen

El derecho aborigen precedió la recepción del derecho civil y del *common law* en el territorio ahora conocido como Canadá. La adaptación era por lo tanto necesaria a la “mitad del terreno... el lugar intermedio: en medio de culturas, pueblos, y en medio de los imperios y del mundo sin estado de las aldeas... [donde] los diversos pueblos ajustan sus diferencias”.⁶⁴

El *common law* tradicionalmente podría no haber tenido dificultad con este proceso —ya que había reflejado muchas costumbres en su tiempo—. Pero a finales del siglo dieciocho, el *common law* se estaba volviendo menos flexible. El siglo de la recepción occidental del *common law* en Canadá fue el siglo de desarrollo del concepto de *stare decisis*. Una vez más, sin embargo, el *common law* tenía que hacerse menos riguroso en el proceso de la expansión territorial. Parece que no se reportaron casos de jueces de *common law* aplicando el *common law* a pueblos aborígenes en asuntos de derecho privado, ante un derecho aborigen contrario. Como lo hizo en el pasado, el *common law* ha reconocido así implícitamente un principio de personalidad de las leyes, un principio que precedió la territorialidad radical del Estado contemporáneo. La discusión contemporánea voltea hacia el artículo 88 de la Ley India (*Indian Act*)

⁶³ En este último tema, véase *infra*, parte VI.

⁶⁴ WHITE, R. *The Middle Ground: Indians, Empires, and Republics in the Great Lakes Region* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991) en p. X.

de carácter federal,⁶⁵ que declara a los pueblos aborígenes sujetos a “todas las leyes de aplicación general en cualquier momento vigentes en cualquier provincia...” Se ha afirmado judicialmente, en un lenguaje suficientemente amplio para incluir el *common law*, que estas “leyes de aplicación general”, incluyen las leyes recibidas de Inglaterra.⁶⁶ No obstante, el *common law* no se ha aplicado en contra del derecho aborígen en asuntos de derecho privado y, en varias instancias, la costumbre aborígen ha prevalecido sobre la legislación provincial.⁶⁷ Las leyes no son entonces de aplicación general por la generalidad de su lenguaje. En todos los casos está la cuestión de si se puede decir que una ley es de aplicación general dado el principio de la personalidad de las leyes que continúa siendo reconocido respecto de los pueblos aborígenes. La prueba adecuada del derecho aborígen desplazará generalmente la legislación en materia de derecho privado, según el punto de vista de los jueces del *common law* contemporáneos. El *common law* no requiere de soluciones idénticas en todo el territorio.

B. El *common law* y el derecho civil

El *common law* también coexiste dentro de Canadá con su interlocutor multiseccular, el derecho civil. En este aspecto la historia jurídica canadiense es paralela a la de Inglaterra, dentro de la cual el derecho civil vivió durante mucho tiempo, aunque en los campos especiales del tribunal de equidad, derecho marítimo y del derecho canónico. Es irónico quizá que con las grandes reformas del *common law* en el siglo diecinueve, se eliminaron los enclaves particulares del derecho civil en Inglaterra, mientras que al mismo tiempo el *common law* abandonaba sus instituciones más distintivas y llegaba a adaptarse considerablemente a los conceptos e instituciones del derecho civil.⁶⁸

⁶⁵ R.S.C. 1985, c. I-6.

⁶⁶ *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, en p. 281, MARTLAND, J.

⁶⁷ Véase, más recientemente, *Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia* (1993), 106 D.L.R. (4^o) 720 (B.C.C.A.) (La adopción indígena, consuetudinaria reconocida para propósitos de reclamación de prestaciones por muerte no culpable, revisión de casos anteriores); y *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4^o) 470, señaladamente en p. 730 (B.C.C.A.), LAMBERT, J. A. (“La introducción del derecho inglés en Columbia Británica fue sólo una introducción de dichas leyes que no fueran aplicables a las circunstancias locales. La existencia de un cuerpo de derecho consuetudinario de Gitksan y Wet’suwet’en, haría esperar que se hiciera inaplicable mucho del derecho inglés recién introducido inaplicable a los pueblos Gitksan y Wet’suwet’en, particularmente desde que ninguna de las instituciones del derecho inglés estaban disponibles para ellos en su territorio, de modo que sus circunstancias locales tuvieran el efecto de haber requerido la continuación de sus propias leyes”). La jurisprudencia [*case law*] relativa al título indígena es también para este efecto, pero es muy voluminosa para ser referida aquí. Sus orígenes contemporáneos se encuentran en *Calder v. British Columbia (A.G.)* [1973] S.C.R. 313.

⁶⁸ *Supra*, texto acompañando las notas 16-18 y 27.

El resultado de las reformas del siglo diecinueve fue una nueva commensurabilidad entre el derecho civil y el *common law*. No hay aquí posibilidad de distinguir las influencias recíprocas. El fenómeno importante es que las tradiciones del derecho civil y del *common law* comenzaron a preguntarse las mismas cuestiones, aunque las respuestas podían todavía diferir. El *common law* ha sido influyente en Quebec, aunque su influencia ha sido discutida.⁶⁹

Menos evidente, pero no por eso menos real, ha sido la influencia del derecho civil en el *common law* de Canadá. Esto ha ocurrido tanto a través de los filtros de la jurisprudencia [*case law*] inglesa y americana, la cual en el siglo diecinueve bebió intensamente de la fuente del derecho civil, como mediante la influencia de la Corte Suprema de Canadá, donde las dos tradiciones están empujándose constantemente una a la otra.⁷⁰ Esta permeabilidad de la tradición del *common law* ha sido mantenida a pesar de la influencia nacionalizadora del *stare decisis*. Los jueces del *common law* permanecieron —y permanecen— abiertos a los argumentos del exterior.

Las relaciones entre el *common law* y el derecho civil han sido objeto de discusión más formal al nivel del Tribunal Federal de Canadá. La jurisdicción del Tribunal Federal puede extenderse, con autorización legislativa apropiada, a todas las “leyes de Canadá”.⁷¹ A esta expresión se le ha dado un significado restringido por la Corte Suprema de Canadá, que ha sostenido consistentemente que sólo se refiere a la legislación actual del Parlamento Federal o, en casos excepcionales y definidos, al *common law* canadiense o federal.⁷² Al Tribunal Federal, por lo tanto, no le puede dar la jurisdicción sobre la serie completa de asuntos que caen dentro de la competencia legislativa federal. En principio, no hay un *common law* federal. El carácter esencialmente unitario del sistema judicial canadiense está así afirmado de nuevo. La posición de la Corte Suprema ha sido criticada pero es justificable completamente desde la perspectiva tanto del *common law* como del derecho civil.

Debe recordarse que la justificación principal del sistema de tribunal unitario de Canadá es el concepto de que una magistratura única debía de ser la responsable por la aplicación tanto, por un lado, de las leyes federales como, por el otro, de las leyes provinciales. La autoridad judicial y, en consecuencia, el derecho creado por el juez, no debería estar dividida por las líneas federal-provincial.⁷³ El punto de vista contrario se tomó en los Estados Unidos de Norteamérica, donde el concepto de *common law* estatal se desarrolló temprana-

⁶⁹ Véase, por ejemplo, AZARD, P. “Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec” (1966) 44 R. du B. can. 417; BAUDOUIN, J. L. “L’interprétation du Code civil québécois par la Cour Suprême du Canada” (1975) 53 R. du B. can. 715; CREPEAU, P. A. “Les lendemains de la réforme du Code civil” (1981) 59 R. du B. can. 625; GLENN, H. P. “Droit comparé et droit québécois” (1990) 24 R.J.T. 341.

⁷⁰ Véase la discusión de la Corte Suprema, *infra*, texto acompañando las notas 113-117.

⁷¹ *Constitution Act, 1867*, *supra*, nota 48, s. 101.

⁷² *Québec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054.

⁷³ *Supra*, texto acompañando las notas 47-49.

namente en el siglo dieciocho.⁷⁴ Puesto que el sistema de tribunal unitario de Canadá está basado en el punto de vista fundamental de la inseparabilidad, aunque no necesariamente la uniformidad, del *common law* —un punto de vista que también contribuye a la autoridad de las decisiones de la Corte Suprema en todas partes en el Canadá de *common law*—⁷⁵ es enteramente consistente mantener el carácter unitario del sistema y negar en principio la existencia de un *common law* federal.⁷⁶

Desde la perspectiva del derecho civil, la posición de la Corte Suprema ha sido bienvenida, ya que parece no haber criterios evidentes para escoger las fuentes del *common law*, en tanto opuestas a las del derecho civil, como constitutivas de un *common law* federal. Esto fue expresado claramente en 1894 por el ministro [Chief Justice] Strong de la Corte Suprema, quien declaró:

la circunstancia de que el derecho privado de una provincia, es decir la de Quebec, deriva de una fuente diferente, hace imposible decir que hay algún sistema de derecho, aparte de la ley [statute], predominante en forma general a lo largo de todo Canadá [Dominion].⁷⁷

El *common law* no ha tenido históricamente una agenda sustantiva y ha coexistido con otras tradiciones jurídicas. La perspectiva de la Corte Suprema

⁷⁴ La existencia de *common laws* estatales en los Estados Unidos sugiere un *common law* federal paralelo y hay menos antagonismo a esta idea en los Estados Unidos que en Canadá. Aún en los Estados Unidos; sin embargo, la Corte Suprema en la famosa decisión de *Erie v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 58 S.Ct. 817 (1938), decidió que no había *common law* federal que pudiera ser aplicado por jueces federales de los Estados Unidos que ejercen diversa jurisdicción. Antes de *Erie*, la existencia de un *common law* federal se tenía admitida en diversidad de casos desde la decisión de la Corte Suprema en *Swift v. Tyson*, 16 Pet. 1, 10 L.Ed. 865 (U.S. 1842). Además en casos de diversidad de opiniones, el *common law* federal puede existir hoy en día en los Estados Unidos, a pesar de que ha habido una considerable restricción ejercida en su desarrollo. Por su carácter excepcional, véase FIELD, M. A., "Sources of Law: The Scope of Federal Common Law" (1986) 99 Harv. L. Rev. 883, en pp. 885, 886, 962, 964, 977; ATIYAH & SUMMERS, *supra*, nota 35, pp. 60, 61.

⁷⁵ *Supra*, texto acompañando la nota 51.

⁷⁶ Véase también *Alda Enterprises Ltd. v. R.*, [1978] 2 F.C. 106 (T.D.) (no hay *common law* federal ni siquiera en el Yukon, donde la competencia legislativa federal es exclusiva). Esta posición parece también prevalecer en Australia, donde los tribunales estatales ejercen una jurisdicción general. Véase CRAWFORD, *supra*, nota 51, p. 32 ("La distinción aparentemente obvia —que decidiendo un asunto de derecho estatal es jurisdicción estatal, un asunto de derecho federal, es jurisdicción federal— no podía ser sostenida, por varias razones. Primero, la mejor opinión es que el *common law* es uno y el mismo en todo Australia, y no se puede decir tampoco que sea federal o estatal"). El profesor Hogg ha debatido firmemente en favor de un *common law* federal, con base en que el *common law* tiene un doble aspecto, provincial y federal, dependiendo de la autoridad legislativa para cambiarlo. Él también no obstante favorece el sistema de tribunal unitario. HOGG, *supra*, nota 20, pp. 174-182. Esta posición parece dar un peso insuficiente a las razones sosteniendo el sistema de tribunal unitario, y a las relaciones respectivas del *common law* y el derecho civil en Canadá. La Corte Suprema de Canadá también rechazó en *Québec North Shore*, *supra*, nota 72, la idea de que el derecho civil o el *common law* podían ser de algún modo incorporados conceptualmente en el *common law* federal, dependiendo de la provincia de origen. Al estar ausente un *common law* federal, el *common law* y el derecho civil acuden a su propia fuerza.

⁷⁷ *Québec (City of) v. R.* (1894), 24 S.C.R. 420 en p. 428.

hacia la noción del *common law* federal es enteramente consistente con esta actitud histórica.⁷⁸

C. El *common law* y la Constitución

La relación del *common law* con la Carta de los derechos y las libertades está condicionada también con el punto de vista que se tenga acerca de la naturaleza del *common law*. El ejemplo de los Estados Unidos es ilustrativo en este aspecto. Ahí los jueces han sido aceptados como creadores de derecho a través de un proceso de *stare decisis*; la noción de un *common law* de cada estado fue aceptada ampliamente en las etapas formativas del derecho de los Estados Unidos; la competencia judicial está por eso dividida por las líneas de la competencia legislativa federal y estatal; y la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido apropiadamente que las órdenes de los jueces estatales representan una forma de acto estatal y están sujetas al *Bill of Rights*.⁷⁹ La decisión está apoyada también por el carácter electoral del cargo judicial en varios estados (aunque el proceso electoral está pasando por una revisión importante). El derecho privado estatal puede ser así "constitucionalizado" y esto ha ocurrido en gran medida.⁸⁰

Pero en Canadá, ninguna de estas circunstancias esenciales está presente. El *stare decisis* no ha prevalecido sobre una variedad amplia de fuentes de la *Commonwealth*; el *common law* nunca ha sido dividido ni distribuido territorialmente; la magistratura, en consecuencia, ha seguido siendo una magistratura unitaria asociada tanto con los gobiernos provinciales como con el federal; y la Corte

⁷⁸ La Corte Suprema, sin embargo, ha aceptado la existencia del *common law* federal o canadiense en los campos del derecho de la Corona (incluyendo las obligaciones de la Corona hacia los pueblos aborígenes) y del derecho marítimo. El derecho de la Corona siendo mayormente derecho público, esta solución parece aceptable generalmente. La existencia de un derecho marítimo canadiense, enraizado en fuentes inglesas, ha sido debatido amargamente en Quebec. Véase BRAËN, A. "L'arrêt ITO-International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. ou comment écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec" (1987) 32 McGill L. J. 386. Una vez más, la idea de una división del *common law* entre jurisdicciones es discutible y no compatible con el *common law* mismo. El derecho marítimo inglés no era *common law* sino mayormente derecho civil, como se practicaba en el Tribunal de Marina, y los principios civiles eran raramente remplazados por reglas del *common law*. A través de la historia del derecho inglés, la influencia fue más bien del derecho civil de almirantazgo con respecto al *common law*. Para discusión, véase GLENN, H. P. *Case Comment* (1987) 66 Can. Bar Rev. 360. En cuanto a eso debería existir, por lo tanto, una presunción en favor de la aplicación del derecho civil en los casos marítimos, al ser la ley aplicada en Inglaterra en tales casos. Esto impediría el renacimiento de las defensas del *common law*, abolidas por el estatuto provincial, que nunca fueron aplicadas por el tribunal de almirantazgo inglés y en consecuencia nunca desplazaron al derecho civil. Cf. W. SPICER & W. LAURENCE, "Not Fade Away: The Reemergence of Common Law Defences in Canadian Maritime Law" (1992) 71 Can. Bar Rev. 700. El Tribunal Federal ha sido también conciliatorio hacia la tradición de derecho civil al rehusar adherirse a la noción de *stare decisis*. Véase *Murray v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1979] 1 F.C. 518 en pp. 519-20, (C.A.); *Armstrong Cork Ltd. v. Domco Industries Ltd.* [1981] 2 F.C. 510, (C.A.).

⁷⁹ *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

⁸⁰ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

Suprema ha concluido ahora de manera apropiada que la actividad judicial no es un acto estatal que deba estar sujeto a la Carta, al menos cuando resuelve controversias entre partes privadas de acuerdo con el *common law*.⁸¹ Como juzgadores independientes, no electos, en busca del *common law*, los jueces canadienses no son el tipo de peligro político contra los cuales la Carta se propuso proveer de protección. Ellos son más bien las fuentes de la protección.

Las relaciones de derecho privado sujetas al *common law* están entonces libres de lo que se ha llamado el “proceso nacionalizador” de la Carta.⁸² Ellas están sujetas a un *common law* indiviso, pero tanto en el pasado como en el presente el *common law* que ha sido aplicado en Canadá ha sido tolerante de la diversidad, como lo ha sido la tradición completa del *common law* a través de la mayor parte de su historia. El *common law* evolucionará claramente en una manera que es consistente ampliamente con la Carta,⁸³ pero no requiere de una uniformidad provincial cerrada. La solución general también permite alguna medida de tolerancia de la particularidad del derecho de Quebec. En su forma codificada éste aparece de manera obvia con carácter legislativo y por lo tanto representando un acto estatal, sujeto a la Carta. En tanto que el *Código Civil* es el “*common law*” de la provincia, pero aplicable a las relaciones jurídicas privadas por medio de jueces miembros de la misma estructura de tribunal múltiple, unitario, aplicable en todo Canadá, no está claro que únicamente el derecho de Quebec debiera ser objeto de un proceso constitucionalizador.⁸⁴ Dos razones sugieren que el derecho de Quebec debiera estar sujeto a la misma libertad constitucional que la que tiene el *common law* de otras provincias. En primer lugar, el Código Civil, con frecuencia, no hace más que declarar el derecho civil. Este fue el principal objetivo de la codificación del “Código Civil del Bajo Canadá” [*Civil Code of Lower Canada*] en 1866. Para hacer la revisión constitucional sería, por tanto, necesario mostrar que la disposición impugnada del Código representa efectivamente un cambio en lo que de otra manera sería el

⁸¹ *Retail, Wholesale and Department Store Union v. Dolphin Delivery* [1986] 2 S.C.R. 573 [de aquí en adelante *Dolphin Delivery*]. La decisión evade también lo que podría ser visto como la consecuencia peculiar de considerar a una judicatura responsable de sí misma. En el contexto de los Estados Unidos, sin embargo, significa mucho decir que los poderes judiciales estatales son responsables hacia el poder judicial federal y su interpretación del *Bill of Rights*.

⁸² RUSSELL, P. “The political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1983) 61 *Can. Bar Rev.* 30 en p. 41. Véase también CAIRNS, A. “The Past and Future of the Canadian Administrative State” (1990) 40 *U.T.L.J.* 319 en pp. 333-334 (*Charter* vista como “un instrumento para combatir las presiones centrífugas del provincialismo” y como un “dispositivo para limitar la creación de las diversidades provinciales por el ejercicio del poder jurisdiccional provincial”). WEBBER, J. “Tales of the Unexpected: Intended and Unintended Consequences of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1993) 5 *Canterbury L.R.* 207 en p. 230 (“los propósitos nacionalistas de la Carta de Derechos... el nuevo vehículo para el impulso del nacionalismo hacia la uniformidad...”).

⁸³ Esto es contemplado explícitamente por la decisión de la Corte Suprema en *Dolphin Delivery*, *supra*, nota 81, p. 603. McINTYRE, J. Véase subsecuentemente *Salituro v. R.*, *supra* nota 26 (el *common law* cambió a fin de que los esposos que están separados de manera irreconciliable sean testigos competentes para el enjuiciamiento de acuerdo con los valores de la *Charter*).

⁸⁴ Véase BRIERLEY, J. E. C. “Québec’s ‘Common Laws’ (Droits communs): How many are there?” en *Mélanges Louis-Philippe Pigeon* (Montreal: Wilson & Lafleur, 1989) en p. 109.

derecho civil, de la misma manera que las leyes en las jurisdicciones del *common law* representan un cambio en el *common law*. En segundo lugar, Quebec tiene su propia *Charter of Rights and Freedoms*, cuya aplicación se extiende a las relaciones jurídicas privadas y que es aplicada por jueces del tribunal superior de la estructura judicial unitaria canadiense. Aun cuando toda la legislación de Quebec fuera acto estatal, incluyendo sus códigos, la limitación constitucional apropiada está ya en su lugar a nivel provincial.⁸⁵ La libertad judicial es posible en todas las provincias. La estructura judicial y el concepto implícito de derecho constituyen una suspensión respecto del alcance potencial de la constitución.

La *Charter* es de importancia, no sólo por su contenido sustantivo sino por los recursos que pueden estar disponibles para el caso de su violación. El artículo 24 de la Carta establece que los tribunales pueden proporcionar el recurso que se “considere apropiado y preciso en las circunstancias”. Los recursos han sido la fuerza tradicional del *common law* y surge la pregunta de si los recursos disponibles bajo la Carta, contra la Corona, son o deberían ser distintos de los recursos disponibles en el *common law*. El modelo para este tipo de recurso característico contra el Estado lo proporciona Francia, donde en el sistema separado de los tribunales administrativos se ha creado un conjunto preciso de reglas de responsabilidad para el Estado francés.⁸⁶

Ha habido un coqueteo con dicha idea en los Estados Unidos, donde la noción de “daños constitucionales” ha recibido alguna aceptación a pesar de una gran medida de inmunidad gubernamental mantenida por el derecho de daños. Parece que hay pocas razones convincentes para el desarrollo de recursos autónomos o reglas de derecho sustantivo bajo el artículo 24 de la Carta. En la medida que dichas reglas se apartaran del *common law* podrían colocar a la magistratura en la posición de crear y aplicar reglas limitadas a un determinado demandado. Ellas podrían, por supuesto, hacerlo, pero la historia de la responsabilidad de la Corona es la de ir igualando gradualmente a la Corona con las personas de plena edad y capacidad y de ir sujetando a la responsabilidad del *common law*, la cual mira, como criterio de responsabilidad, a los tipos de actividad. No debería darse el caso de que se desarrollaran reglas particulares para considerar a la Corona más rigurosamente que los demandados normales.

El ejemplo francés demuestra que la responsabilidad del Estado da origen a una serie similar de criterios de responsabilidad como ha sucedido en el derecho privado, y la responsabilidad estricta no es apropiada en varios casos de la actividad estatal. En algunos casos puede serlo, pero estos son casos en los cuales el *common law* es capaz totalmente de alcanzar resultados similares. La confianza continuada en el derecho privado existente evita, además, el problema persistente de los roles respectivos de los derechos civil y común [*common law*] en la formulación de la

⁸⁵ Véase *Daigle v. Tremblay* [1989] 2 S.C.R. 530, en p. 571, para la inaplicabilidad de la *Charter* canadiense a una “acción civil entre dos partes privadas” en Quebec.

⁸⁶ *Blanco, Tribunal des conflicts*, 8 de febrero de 1873, Sirey 1873 III. 153.

jurisprudencia federal o canadiense.⁸⁷ El derecho existente de responsabilidad de la Corona incorpora por referencia el derecho provincial de daños y delitos. Hay mucha flexibilidad y elasticidad en este derecho. Éste puede ser utilizado conforme al artículo 24; puede producir los resultados más apropiados; su utilización no da lugar a quejas por causa de *imperium*.

VI. MODELOS DE AUTORIDAD COMÚN

El *common law* ha estado abierto a las particularidades de la sociedad que lo rodea; abierto a fuentes a menudo lejanas y tolerante de la diversidad. Nunca ha habido un *common law* “monolítico”, excepto posiblemente en las ambiciones de Blackstone o como objeto de ataques de los nacionalistas adheridos al *stare decisis* y a las estructuras del tribunal federal.

En la actualidad, el *common law* debería continuar, lógicamente, exhibiendo las mismas características. Dejar de hacerlo sería abandonar la tradición del *common law* —abandonar una identidad— e, igualmente importante, dejar de responder a la circunstancia contemporánea. ¿Qué tan tolerante de la diversidad es el *common law* contemporáneo, dentro de sí mismo? ¿Qué tan abierto está a la variedad de fuentes del derecho?

Hay una relación entre la diversidad de los resultados y la diversidad de las fuentes. Los resultados uniformes pueden ser causados únicamente por la uniformidad de las fuentes. La instrumentalización del derecho requiere una limitación de las fuentes. Pero a medida que, de cualquier modo, las fuentes permanecen libremente disponibles, especialmente por encima de las fronteras del Estado, hay menos predictibilidad del resultado, más probabilidad de una variedad de lo que es común y de lo diverso. El orden puede ser solamente la estructura más amplia de estructuras caóticas. Si el *common law* permanece ahora fiel a su tradición debería exhibir así tanto lo que es común como la diversidad y el recurso actual a una amplia variedad de fuentes.

El elemento común del *common law* es demostrable en la actualidad en varios aspectos, y a lo largo de todo el mundo del *common law*. El aspecto más característico del *common law* es ahora su forma controversial del procedimiento civil, y existen variantes de ello en todas las jurisdicciones del *common law*. Hay ideas comunes, no reflejadas al presente en otras tradiciones jurídicas, en el derecho de daños (daños múltiples, previsibilidad, conceptos de pura pérdida económica y representación negligente), de contratos (teoría de la consideración), de propiedad (conceptos feudales de propiedad, fideicomisos) y facultades judiciales (desacato,

⁸⁷ Compárese las diferentes perspectivas de TREMBLAY, G., “L’article 24 (1) de la Charte des droits et libertés: point de vue d’un civiliste” en BEAUDOIN, G., ed., *As the Charter Evolves/ Ainsi évolue la Charte* (Cowansville: Yvon Blais, 1990) en p. 111; M. Pilkington, “Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1984) 62 *Can. Bar Rev.* 517.

decreto judicial [*injunctions*]). Lo común aquí, sobre la extensión entera de las jurisdicciones del *common law*, está en un nivel abstracto pero también puede ser demostrado que existe en el nivel de resultados concretos. Los escritos jurídicos canadienses demuestran un alto nivel de participación en lo común del resultado en las decisiones judiciales, de provincia a provincia dentro de Canadá y entre las jurisdicciones de la *Commonwealth*. La forma normal de las proposiciones de derecho en los escritos jurídicos canadienses es la de una regla o principio general, con citas de decisiones judiciales de apoyo tomadas de varias de las jurisdicciones de las provincias o de la *Commonwealth*.⁸⁸ Parece que no hay una tendencia para identificar las jurisdicciones particulares que siguen reglas distintas, como es frecuente que suceda en los Estados Unidos. En consecuencia, una forma común de título —y que se toma prestada del título de este artículo— es “El Derecho de... en...”; es una fórmula que indica que el *common law* existe en una jurisdicción particular y potencialmente más allá de ella.⁸⁹

El nivel de participación en lo común significa que los conflictos de derecho se limitan generalmente a conflictos de leyes [*statute law*]. El derecho internacional privado es visto en sí mismo como común a las jurisdicciones del *common law*;⁹⁰

⁸⁸ Véase los trabajos citados *infra*, nota 89. Un recurso frecuente es la indicación “*but compare*” o “*but see*”, dentro de la misma nota a pie de página apoyando la proposición general de derecho en el texto.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, BROWN, C. & MENEZES, J. *Insurance Law in Canada*, 2ª ed. (Toronto: Carswell, 1991); CUMMING, P. & MICKENBERG, N. *Native Rights in Canada*, 2ª ed. (Toronto: General Pub., 1972); DUNLOP, C. R. B. *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2ª ed. (Scarborough, Ont.: Carswell 1994); FRIDMAN, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 2ª ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1986); MEEHAN, E. & VAARTNOU, P. *Creditors' Remedies in Alberta* (Toronto: Carswell, 1987); MEWETT, A. W. *An Introduction to the Criminal Process in Canada*, 2ª ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992); TODD, E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2ª ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992); WALDRON, M. A. *The Law of Interest in Canada*, (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992); WATERS, D. *The Law of Trusts in Canada*, 2ª ed. (Toronto: Carswell, 1984); WELLING, B. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2ª ed. (Toronto: Butterworths, 1991). Varios tratados contemporáneos evaden también cualquier identidad jurisdiccional en su título, mientras que tratan extensamente sobre las autoridades canadienses, de la *Commonwealth* y estadounidenses. Véase, por ejemplo, MADDAUGH, P. & McCAMUS, J. *The Law of Restitution* (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990); WADDAMS, S. M. *The Law of Contracts*, 3ª ed. (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993); WADDAMS, S. M. *The Law of Damages*, 2ª ed. (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991); SHARPE, R. J. *Injunctions and Specific Performance* (Toronto: Canada Law Book, 1983). *Cf.*, diseño en varias ocasiones, sin embargo, el resultado en el derecho de la *Commonwealth* y de los Estados Unidos, BILSON, B. *The Canadian Law of Nuisance* (Toronto: Butterworths, 1991); ROBINSON, L. R. *British Columbia Debtor-Creditor Law and Precedents* (Toronto: Butterworths, 1993); STUART, D. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2ª ed. (Toronto: Carswell, 1987).

⁹⁰ Por lo tanto no hay un derecho internacional privado federal, dado el poder judicial nombrado federalmente y una estructura federal de tribunal unitario, ni un proceso de “constitucionalización” de derecho internacional privado de *common law*. La constitución ha sido invocada raramente aun como un medio de control de conflictos de leyes interprovinciales. Véase, sin embargo, *Interprovincial Co-operatives, supra*, nota 58; *R v. Thomas Equipment Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 529, *Hunt v. T. & N. plc.* [1993] 4 S.C.R. 289.

además, sus reglas para la prueba del derecho extranjero, permiten a las partes proceder con base en el derecho del foro y evitar posibles conflictos.⁹¹

Sin embargo, no hay un instrumento institucional en el mundo de los jueces de *common law* independientes, que asegure resultados uniformes en la elaboración de las decisiones. La diversidad contemporánea del *common law* en Canadá se manifiesta en tres modos diferentes. Los tribunales canadienses, de manera más notable la Corte Suprema de Canadá, pueden escoger no seguir la autoridad inglesa o la de la *Commonwealth*. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en relación con la recuperación de pérdida económica por una acción de daño,⁹² restitución,⁹³ el ejercicio del poder *parens patriae* para fines de esterilización,⁹⁴ fama pública,⁹⁵ legitimación,⁹⁶ y confidencialidad.⁹⁷ Los tribunales canadienses de primera instancia y de apelación pueden escoger también alinearse con la autoridad más reciente de la *Commonwealth* y abandonar las decisiones anteriores de la Corte Suprema de Canadá.⁹⁸ Finalmente, los tribunales de primera instancia y de apelación dentro de Canadá pueden escoger no seguir la jurisprudencia de otras provincias, aunque al hacerlo frecuentemente usarán el lenguaje de la teoría declarativa y con eso niegan de manera explícita la impresión de crear un *common law* provincial particular.⁹⁹

⁹¹ Para la regla básica de que el derecho extranjero es en realidad el que debe ser específicamente alegado, véase J. G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, 3ª ed., (Toronto: Butterworths, 1994) en p. 147. El derecho de varias jurisdicciones europeas exagera los conflictos formales de derecho al requerir la aplicación judicial obligatoria de las reglas de elección del derecho y por tanto de derecho extranjero. Véase en forma general, H. P. GLENN, "Harmonization of Law, Foreign Law and Private International Law" (1993) 1 *Eur. Rev. Private L.* 47.

⁹² Véase *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, [más adelante *Norsk*], señaladamente McLACHLIN, J. en p. 1148, usando el lenguaje de diferencias compartidas ("Las decisiones de la Cámara de los Lorens en *Murphy* y de este tribunal en *Kamloops* ilustran dos acercamientos diferentes al problema de definir los parámetros legales de las reglas del *common law*").

⁹³ Véase de manera general MADDAUGH & McCAMUS, *supra*, nota 89, señaladamente los capítulos 1 y 2 sobre la tendencia del *case law* canadiense para alinearse con los Estados Unidos como contrario a la autoridad de la *Commonwealth*.

⁹⁴ Compárese *Re B (A Minor)*, [1987] 2 W.L.R. 1213 (H.L.), y *Re Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388.

⁹⁵ Véase *R. v. Smith* [1992] 2 S.C.R. 590 (la prueba por referencia [*hearsay evidence*] confiable no necesita ser excluida simplemente porque no puede ser examinada en examen cruzado); CARTER, P. B. "Hearsay: Whether and Whither?" (1993) 109 L.Q.R. 573; y véase para una más amplia divergencia entre el *case law* inglés, australiano y neozelandés, AYLMEFRTON, *supra*, nota 4, en pp. 683-685.

⁹⁶ Véase *Bighety v. Saskatchewan Power Corp.* (1994); 111 D.L.R. (4ª) 83, en p. 89 (Man. C.A.) (un enfoque de legitimación "más liberal en Canadá que en el Reino Unido").

⁹⁷ Véase *The Royal Bank of Canada v. Lee and Fishman* (1992), 9 C.P.C. (3ª) 199 (Man. C.A.), señaladamente en p. 204 ("privilegio y confidencialidad se han unido en algunas áreas de Canadá pero aparecen distintos en Inglaterra"), discutido por PERELL (1993) 72 *Can. Bar Rev.* 72.

⁹⁸ Véase señaladamente *Batavia Times Publishing Co. v. Davis* (1978), 20 O.R. (2ª) 437 (H.C.J.); *Salzburger Sparkasse v. Total Plastics Service Inc.*, [1988] 6 W.W.R. 408 (B.C.S.C.); *Holub v. Holub* (1976), 71 D.L.R. (3ª) 698 (Man. C.A.); y véase WADDAMS, S. M. *Introduction to the Study of Law*, 4ª ed. (Toronto: Carswell, 1992) en p. 86 (donde el *case law* inglés adoptado por la Corte Suprema de Canadá es más tarde derogado en Inglaterra, y los tribunales inferiores en Canadá libres de seguir la decisión inglesa anterior o posterior).

⁹⁹ Véase, por ejemplo, *Spooner v. Ridley Terminals* (1991), 62 B.C.L.R. (2ª) p. 132 (S.C.), señaladamente en p. 140, MACDONALD, J. ("Yo no percibo que eso sea el derecho en Columbia Británica"); *Alex Duff Realty Ltd. v. Eagle Crest Holdings Ltd.*, [1983] 5 W.W.R. 61, señaladamente en p. 75 (W.W.R.). (Alta. C.A.) Kerans J.A. ("Yo no haría efectiva esta propuesta").

El *common law* también puede ser diversificado por la intervención legislativa,¹⁰⁰ pero la interacción entre la ley y el *common law* es compleja. La codificación del procedimiento civil efectuada por las reglas del procedimiento civil provinciales ha llevado hacia lo que se ha llamado la “provincialización del derecho adjetivo”,¹⁰¹ sin embargo el derecho jurisprudencial [*decisional law*] continúa siendo citado de provincia en provincia y la enseñanza del procedimiento civil en varias escuelas de derecho se imparte sin limitación a una sola provincia.¹⁰² La autonomía del derecho estatutario provincial está además atenuada por el antecedente común del *common law* y la aplicabilidad continua del derecho estatutario extraprovincial al interpretar disposiciones legislativas similares. La legislación provincial está sujeta también a la impugnación con fundamento en la Carta [*Charter challenge*]. El *common law* puede así proveer de un puente entre las islas de la legislación provincial. Por otra parte, no necesita hacerlo, y en el campo legislativo uniforme del derecho penal federal la existencia de reglas formales, interprovinciales de *stare decisis* ha sido rechazada explícitamente por la Corte Suprema de Canadá.¹⁰³

Se debe reconocer también la aparición —o más precisamente reaparición— del *common law* en francés. Estimulado por la existencia de comunidades francófonas que viven fuera de Quebec, y reflejado por la existencia histórica del derecho civil en inglés en Quebec,¹⁰⁴ el *common law* está desarroilando ahora su expresión legislativa, judicial y doctrinal en lenguaje francés. Las raíces lingüísticas de gran parte del *common law* (“torts”, *torts*; “trespass”, *trépasser*; “mortgage”, *gage mort*; “fee simple”, *fief simple*) han vuelto a salir a la superficie, reflejando así la diversidad lingüística de Canadá. Los *franci* y los *anglici* estaban ahí en los

¹⁰⁰ El proceso de la diversificación estatutaria no ha sido vencido por el trabajo de la *Uniform Law Conference*. Véase, en forma general, Cuming, R. C. C., ed., *Perspectives on the Harmonization of Law in Canada* (Toronto: Univ. of Toronto Press, 1985) señaladamente en p. 2 (“Aun en el remoto caso de que todas las jurisdicciones pusieran en ejecución una ley uniforme como se publicó, la uniformidad sería rápidamente destruida por reformas hechas después de que la legislación estuvo en vigor. En efecto, la Conferencia de Derecho Uniforme reforma sus propias leyes, produciendo así disimilaridad entre las jurisdicciones que conservan la forma no reformada de una ley y aquellas que adoptan la ley en su forma reformada”).

¹⁰¹ WHITE, R. B. *The Art of Discovery* (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990) en p. 1, y véase BLACK, A. J. “Pretrial Discovery in Scotland, England and Canada” (1992) 39 *Netherlands Int. L. Rev.* 267, en p. 283, señalando la ausencia de algún trabajo completo y aplicable en forma general sobre alegatos o procedimiento en Canadá.

¹⁰² Véase WATSON, G. *et al.*, *Civil Litigation: Cases and Materials*, 4^a ed. (Toronto: Emond Publications, 1991), abordando las jurisdicciones del *common law* canadiense. En la Facultad de Derecho de la Universidad de McGill el procedimiento civil de las provincias de *common law* y de Quebec se enseña en un solo curso.

¹⁰³ Véase *Wolf v. R.*, [1975] 2 S.C.R. 107; y la discusión de FLOWERS, *supra*, nota 19, en p. 486-490. Para perspectivas provinciales diferentes sobre derecho penal federal, influenciadas en parte por las tradiciones jurídicas de *common law* y derecho civil, véase L. ARBOUR, “Comparative Judicial Styles: The Developments of the Law of Murder in the Quebec and Ontario Courts of Appeal” (1980) 11 R.D.U.S. 197; KAISER, N. “The Annotated Criminal Code en version québécoise: Signs of Territoriality in Canadian Criminal Law” (1990) 13 Dal. L.J. 520.

¹⁰⁴ Véase BRIERLEY, J. E. C., MACDONALD, R. A. *et al.*, *Québec Civil Law* (Toronto: Emond Montgomery Publications, 1993).

orígenes del *common law*; ellos están ahí todavía un milenio después. El *common law* está unido de modo inextricable a ambos.

Los modelos de cita contemporánea en el *common law* de Canadá indican una diversidad continua de fuentes en el proceso de resoluciones judiciales. Un examen de los modelos de citación en el primer volumen de las Compilaciones de Decisiones Judiciales de Canadá [*Dominion Law Reports*] de los últimos diez años, indica que se acude ampliamente a la autoridad extraprovincial.¹⁰⁵ Los tribunales provinciales (los tribunales superiores y los tribunales de apelación) remiten a la jurisprudencia de su propia provincia en una proporción que varía de un 4% a un 40% del total de sus citas, con citas de las decisiones de la Corte Suprema, representando un derecho que se supone común y no meramente de carácter provincial,¹⁰⁶ representando 18% a 28%. Las variaciones provinciales son así:

	<i>Propia</i>	<i>Corte Suprema de Canadá</i>	<i>Otra de Canadá</i>	<i>Extranjero</i>
Alberta	28.7	17.7	34.0	19.6
Columbia Británica	32.0	19.3	19.6	29.1
Manitoba	19.7	26.3	37.4	16.6
Nueva Brunswick	26.2	27.2	34.0	12.6
Terranova	4.3	28.3	43.5	23.9
Nueva Escocia	25.8	26.3	32.8	15.2
Ontario	40.4	21.7	15.2	22.7
Isla Príncipe Eduardo	15.3	23.5	45.9	15.3
Saskatchewan	25.7	26.9	32.3	15.0
Promedio (1)	24.2	24.1	32.7	18.9
Promedio (2)	31.9	22.1	24.2	21.8

¹⁰⁵ Los años examinados fueron los de 1984-1993 y los números del volumen de *Dominion Law Reports* fueron 150(3^o) y 11. 24, 30, 40, 51, 63, 73, 84 y 96 (4^o). El número total de casos buscados fue de 644 y el número total de citaciones fue de 4930, produciendo un número promedio de 7.66 citaciones por caso. Todas las citaciones de todos los casos referidos fueron agrupados en 13 categorías, incluyendo aquellos de jurisdicción específica y de campos legislativos, tales como impuestos. Las categorías empleadas y el número de casos por categoría fueron Familia (35), Administrativo (54), Propiedad (76), Trabajo (69), Procedimiento Civil (86), Impuestos (12), Penal (29), Seguro (40), Constitucional e Internacional (137), Corporaciones (15), Daños (33), Deudor-Acreedor (19) y Contratos (39). Para un análisis más detallado de resultados, por categoría, véase GLENN, H. P. "The Use of Comparative Law by Courts" en *Contemporary Law 1994 Droit contemporain* (Cowansville, Que.: Yvon Blais Inc., 1995) 85. Las estadísticas en el texto igualan de cerca con las producidas por el profesor McCORMICK en sus estudios de decisiones anuales de los tribunales de apelación de Saskatchewan y Manitoba. Véase McCORMICK, P. "Caseload and Output of the Saskatchewan Court of Appeal: An Analysis of 12 Months of Reported Cases" (1989) 53 Sask. L. Rev. 341, en p. 356; McCORMICK, P. "Caseload and Output of the Manitoba Court of Appeal, 1990" (1992) 21 Man. L. J. 24, en p. 42; y más en forma general McCORMICK, P. "The Evolution of Coordinate Precedential Authority in Canada: Interprovincial Citations of Judicial Authority, 1922-92" (1994) 32 Osgoode Hall L.J. 272.

¹⁰⁶ *Supra*, texto acompañando nota 51.

Promedio (1): El total de la columna dividido entre 9; este cálculo trata a cada provincia por igual sin importar cuántos casos fueron citados por esa provincia en particular.

Promedio (2): El total de casos citados en una columna divididos por el gran total de los casos citados; este cálculo da mayor peso a las provincias que citaron más casos.

Estos modelos son diferentes sustancialmente de aquellos que existen en los Estados Unidos, donde los modelos de citación se ven afectados por la falta de jurisdicción de la Corte Suprema en asuntos de derecho privado, lo cual es en sí mismo un resultado de un concepto dividido del *common law*. En los Estados Unidos, las citas extralocales representaron el 57% de todas las citaciones en el periodo 1870-1900; el 43% en el periodo 1905-1935; y solamente el 33% en el periodo 1940 a 1970. En algunos estados las citaciones extralocales constituyeron menos del 20% de las citaciones de 1940 a 1970.¹⁰⁷ Estos datos, transpuestos a la gráfica anterior, mostrarían una primera columna vertical (“Propia”) que en promedio daría un 67% y estaría arriba de un 80% en algunos casos. En 1950, 1960 y 1970 la Corte Suprema de California se citó a sí misma y a los tribunales de apelación de California aproximadamente dos terceras partes de todas las veces; de un 10% a un 20% de las citaciones fueron de tribunales federales; solamente un 10% de las citaciones fueron de otro estado o de tribunales ingleses.¹⁰⁸

Los modelos de citación canadiense evidencian un concepto implícito del *common law*, el cual domina de este modo las estructuras judiciales,¹⁰⁹ el efecto de precedente de las decisiones de la Corte Suprema¹¹⁰ y las fuentes del *common law*. Actualmente, el *common law* en Canadá no está limitado a las autoridades canadienses, inglesas y de la *Commonwealth*; el derecho estadounidense influye frecuentemente en áreas del derecho en desarrollo.¹¹¹ Con la llegada de la investigación computacional en el derecho jurisprudencial [*decisional law*] no parece probable que cambien estos modelos; mientras que las búsquedas pueden ser dirigidas solamente a fuentes provinciales, la velocidad de la computadora permite búsquedas a través de todas las jurisdicciones potencialmente relevantes con un aumento relativamente pequeño en el tiempo. Un

¹⁰⁷ FRIEDMANN, L. M. *et al.*, “State Supreme Courts: A Century of Style and Citation” (1981) 33 *Stan. L. Rev.* 773, en pp. 801-802.

¹⁰⁸ MERRYMAN, J. H. “Toward a Theory of Citations: An Empirical Study of the Citation Practice of the California Supreme Court in 1950, 1960, and 1970” (1977) 50 *Cal. L. Rev.* 381, en p. 394-400. Las citas a las autoridades inglesas representan menos que una mitad del uno por ciento de las citaciones; el resto del mundo está ausente.

¹⁰⁹ *Supra*, texto acompañando la nota 49.

¹¹⁰ *Supra*, texto acompañando la nota 51.

¹¹¹ Véase, por ejemplo, *Caratun v. Caratun* (1987), 9 R.F.L. (3^o) 337 (Ont. H.C.J.) (la propiedad conyugal incluye bienes profesionales [*career assets*] de los esposos); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 61 O.R. (2^o) 233 (H.C.J.) (Fiduciario bancario del dinero derivado del agente de viajes que vende boletos de líneas aéreas conforme al acuerdo fiduciario en favor de la compañía de aviación); *Suncor Inc. v. Canada Wire and Cable Ltd.*, [1993] 3 W.W.R. 630 (Alta. Q.B.) (responsabilidad por daño del sucesor de una corporación).

comentarista contemporáneo ha observado de esta manera que “la inspiración para el *common law* ahora viene de varias fuentes”.¹¹²

La utilización de las fuentes por la Corte Suprema de Canadá es completamente consistente con este punto de vista abierto del *common law*, y la decadencia de las nociones nacionales del *stare decisis* ha aumentado el uso de la autoridad transnacional por la Corte. Sus referencias al derecho extranjero se duplicaron en el periodo que abarca de la década de 1950 a la de 1970;¹¹³ y una tercera parte de sus citaciones son ahora de autoridades extranjeras, convincentes.¹¹⁴ De manera más significativa, su uso de autoridades extranjeras se extiende ahora completamente al derecho constitucional y a la aplicación de la “Carta de los Derechos y Libertades”¹¹⁵ y ha acudido más y más al derecho civil en su búsqueda actual del *common law*.¹¹⁶ Pero también ha aumentado grandemente la atención que pone al escrito doctrinal canadiense indígena, mientras que su uso de reglas amplias, generales (“conexión

¹¹² GOLDIE, D. M. M. “The Supreme Court of Canada and the Common Law—A Future Consideration” en Beaudoin, G. A., ed., *La Cour suprême du Canada/The Supreme Court of Canada* (Cowansville: Y. Blais, 1986) 115, en p. 121.

¹¹³ CASSWELL, D. “Doctrine and Foreign Law in the Supreme Court of Canada: A Quantitative Analysis” (1981) 2 Sup. Ct. L. Rev. 435, en p. 441 (de 43 referencias al derecho extranjero por sentencia a finales de la década de 1950 a 1.15 referencias al derecho extranjero por sentencia a finales de la década de 1970). Al respecto la Corte está regresando a un modelo anterior, en el cual la autoridad estadounidense y la extranjera fue utilizada más frecuentemente que en el periodo 1900-1950. Véase MACINTYRE, J. M. “The Use of American Cases in Canadian Courts” (1966) 2 U.B.C.L. Rev. 478.

¹¹⁴ Esta cifra deriva del análisis descrito en la nota 105 —más arriba. Las citaciones de la Corte Suprema se dividen casi por igual en tres partes: sus propias decisiones; otros tribunales canadienses; y autoridades de la *Commonwealth* y extranjeras.

¹¹⁵ HARVIE, R. & FOSTER, H. “Ties that Bind? The Supreme Court of Canada, American Jurisprudence, and the Revision of Canadian Criminal Law under the *Charter*” (1990) 28 Osgoode Hall L. J. 729, en pp. 738-739 (aproximadamente la mitad de los casos de la Carta incluyen por lo menos una referencia al derecho de los Estados Unidos); MANFREDI, C. “The Use of United States Decisions by the Supreme Court of Canada Under the Charter of Rights and Freedoms” (1990) 23 Can. J. Pol. Sc. 499, en p. 503 (cuadruplicando el porcentaje de referencia al derecho de los Estados Unidos de la década de 1950 a la de 1980 -1.8% del total de las citaciones en el periodo de 1949 a 1953, 7.9% en el periodo de 1984-1988) Casos recientes también indican un aumento en la apertura al derecho internacional de los derechos humanos. Véase *Staight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, en pp. 1056-1057; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, en p. 753.

¹¹⁶ Véase *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38, en p. 43, *constructive trust* y enriquecimiento injusto); *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, en pp. 203-204 (demandas alternativas en daños y contratos; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.* [1993] 1 W.W.R. 1, en p. 35 (confidencialidad del contrato); *Norsk*, *supra*, nota 92. La decisión *Norsk* es particularmente instructiva, con todos los tres fallos de la Corte debatiendo el significado de la autoridad civil. La autoridad civil citada no está limitada al derecho de Quebec y a la jurisprudencia de Quebec de la propia Corte Suprema, sino también al derecho francés y belga. El derecho civil, como el *common law*, no está restringido por las fronteras nacionales. La opinión extensiva de la Corte Suprema sobre la autoridad del derecho civil ha contribuido en gran medida en los años recientes a la recepción que sus decisiones han recibido en Quebec. Véase GLENN, H. P. “Le droit comparé et la Cour suprême du Canada” en *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, *supra*, nota 84, en p. 197; y para la progresiva calidad de miembro del derecho de Quebec en una familia de derecho civil más grande, que tanto ha influenciado así como sido influenciada por el *common law*, véase GLENN, H. P. *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie concordance* (Cowansville, Quebec: Y. Blais, 1993).

real y sustancial”),¹¹⁷ permite a los tribunales provinciales una libertad amplia al formular sus decisiones.

VII. RECICLANDO EL *COMMON LAW*

En los últimos dos siglos, el derecho ha estado marcado fuertemente por los objetivos políticos y nacionales. La teoría del derecho en el mundo occidental ha estado cautiva casi por completo por la idea de los sistemas jurídicos nacionales. Sin embargo, el modelo de sistemas jurídicos nacionales exclusivos, se considera ahora que se ha terminado. Los órdenes políticos nacionales están tanto fragmentándose como integrándose en formas de organización regionales más amplias y más libres. Esto puede traer consigo una cierta medida de armonización jurídica formal (como en Europa) o no (como en Norteamérica). En ambos casos, no obstante, las mismas nuevas estructuras borran los conceptos nacionales del derecho y facilitan el flujo de las ideas jurídicas y las sentencias, a través de las fronteras políticas.¹¹⁸

Al mismo tiempo, la tecnología contemporánea de comunicaciones facilita que grupos informales de personas estén unidos más por intereses, objetivos de trabajo o profesionales, que por la identidad nacional. Estas son las nuevas “comunidades epistémicas”, cuyas fronteras siguen no la geografía sino la fibra óptica. En el derecho, la manifestación más inmediata de los nuevos vínculos políticos y la tecnología moderna es el despacho de abogados interjurisdiccional, que representa un desarrollo jurídico importante. Por primera vez en la historia del derecho existen entidades de ejercicio profesional del derecho, cuya estructura organizacional se extiende más allá de la jurisdicción política inmediata y dentro del cual el derecho puede ser pensado en términos interjurisdiccionales.¹¹⁹ Desde entonces tuvo que establecerse un principio ético para la práctica interjurisdiccional.¹²⁰

¹¹⁷ Véase *De Savoye v. Morguard Investment Ltd.*, [1990] 3 S.C.R. 1077 (criterio para el reconocimiento de la jurisdicción de un tribunal extranjero para propósitos de reconocimiento de su sentencia).

¹¹⁸ Para la influencia inmediata de estos conceptos en el *case law* de la Corte Suprema de Canadá, véase *De Savoye v. Morguard Investments Ltd.*, *ibid.* (liberalización de los criterios para el reconocimiento de las sentencias extranjeras); *Anchem Products Inc. v. British Columbia (Worker's Compensation Board)* [1993] 1 S.C.R. p. 897 (limitaciones en las restricciones preceptivas [*injunctive restraint*] de acciones extranjeras).

¹¹⁹ Para discusión, véase GLENN, H. P. “Private International Law and the New International Legal Professions” en *Mélanges von Overbeck* (Fribourg, Switzerland: Press Universitaires Fribourg, 1990) 31.

¹²⁰ En Canadá véase la “Federation of Law Societies of Canada Draft Protocol of the Inter-Jurisdictional Practice Implementation Committee”, y en Europa el Código de Conducta para Abogados en la Comunidad Europea, en “Conseil des barreaux de la Communauté européenne”, *Cross Border Practice Compendium* (Deventer: Kluwer, 1991) en c. 4-15.

El derecho en el próximo siglo continuará enfrentando varios de los antiguos retos, pero ahora estamos conscientes de la complejidad y los límites de la regulación jurídica de la tecnología, las relaciones raciales, las corrientes migratorias, la protección al ambiente y la igualdad de género. No es probable que las soluciones definitivas se presenten inmediatamente en estos campos. Hay poca creencia de que existan soluciones eternas, omnipresentemente inquietantes por el futuro [*brooding omnipresently*], que sólo falta descubrir. Hay, por lo tanto, más razones que en los últimos dos siglos para la modestia jurídica y judicial. Hay más razones para permanecer abierto a otras voces y a otras soluciones.

Asimismo, hay más motivos, de cara a la reordenación mundial [*universal hardware*], la "cultura global" y los mercados internacionales, para estar conscientes de la particularidad social. Hoy en día los sistemas deben ser pensados, por lo tanto, en términos de flexibilidad; la noción de "derecho nebuloso" [*fuzzy law*] ha surgido en la discusión del nuevo derecho de Europa.¹²¹

Estas son las circunstancias en donde los métodos del *common law* han demostrado su importancia. Además, estos métodos no han sido olvidados en el mundo del *common law*, aunque ha habido diversos niveles de supresión.

Reciclar no implica aquí la revivificación.¹²² En la *Commonwealth* contemporánea, el *common law* transcurre libremente¹²³ y las experiencias tanto de la Corte Suprema de Canadá así como del Reino Unido actual son indicativas de la nueva commensurabilidad entre el *common law* y el derecho civil.¹²⁴

¹²¹ Véase DELMAS-MARTY, M. *Le flou du droit* (Paris: Presses Universitaires de France, 1986); y sobre el modelo implícito matemático, véase KOSKO, B. *Fuzzy Thinking: The New Science of Fuzzy Logic* (New York: Hyperion, 1993). En el mundo del *common law* Sir Thomas Holland ya había hablado del "caos con un índice completo" ["*chaos with a full index*"]. Citado por MARSILIN, Review (1981) 30 I.C.L.Q. 486, en p. 488. Savigny también enseñó que la resolución judicial es compatible totalmente con una multiplicidad de fuentes: son más bien los objetivos políticos o instrumentales los que imponen una reducción de las fuentes.

¹²² La noción de reciclaje [*recycling*] no ha sido inventada por los abogados contemporáneos ambientalistas. La tradición jurídica aborigen, viva en Canadá, enseña que no es el tiempo el que pasa, sino el mundo, que está constantemente renaciendo. GOLDSMITH, E. *The Way: An Ecological World View* (Boston: Random House, 1992) en p. 108. Se entiende así que "el comportamiento de las generaciones sucesivas... es decisivo para la continuidad cósmica y la prevención de una reversión al caos original".

¹²³ Véase, por ejemplo, MATSON, J. *supra* nota 20 (refiriéndose en gran parte a África y al Lejano Oriente); PEIRIS, G. L. "Patent Error of Law and the Borders of Jurisdiction: The Commonwealth Experience Assessed" (1984) 4 Leg. Studies, 271; HOGG, K. M. "Negligence and Economic Loss in England, Australia, Canada and New Zealand" (1994) 43 I.C.L.Q. 116, señaladamente en p. 117 ("divergencia en el *common law*": énfasis agregado); WATSON, A. "The Future of the Common Law Tradition" (1984) 9 Dal. L.J. 67, en p. 84 ("varias de las reglas tienen un origen común que influye todavía en la comprensión de ellas, aún si ellas han venido a diferir una de otra en las distintas jurisdicciones").

¹²⁴ Para el Reino Unido, véase AYLMERTON, *supra*, nota 4, en pp. 679-683, señaladamente en p. 680 ("un cambio revolucionario en el derecho y en el sistema jurídico"); LEVITSKY, J. "The Europeanization of the British Legal Style" (1994) 42 Am. J. Comp. L. 347 y de manera general B. Markesinis, ed., *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century* (New York: Oxford Univ. Press, 1994). Al mismo tiempo la *Practice Statement* de 1966 ha permitido a la Cámara de los Lores ser más abierta a otras jurisdicciones y hay

A pesar de la vivisección del *common law* que se practicó dentro de los Estados Unidos, continúa la noción de una tradición jurídica angloamericana.¹²⁵ Se dijo recientemente que Australia y Nueva Zelandia están “con algún avance” respecto del Reino Unido en cuanto a aceptar una mayor diversidad de fuentes.¹²⁶

Los historiadores, los lingüistas y los internacionalistas enseñan la necesidad de la distancia como un recurso del conocimiento. La distancia favorece, aunque nunca puede garantizar, la objetividad. Al distanciarse de las fuentes inmediatas, por la apertura a otras distantes, los jueces del *common law* se distancian ellos mismos de los objetivos locales, instrumentales. Se convierten en más que meros ejecutores. Al abrir el debate hacia las soluciones diferentes debe haber inevitablemente reconciliación de las diferencias. Esto significa que las diferentes tradiciones se mantienen, pero coexisten. En estas circunstancias no es lo común de las respuestas lo que importa, sino lo común de las preguntas. Si un número suficiente de personas pueden formular las preguntas correctas, quizá pueda haber acuerdo en las respuestas correctas. El *common law* ha enseñado por largo tiempo, y continúa enseñando, cómo empezar a hacerlo. Esto es un método del pensamiento jurídico encontrado dentro y fuera de Canadá. Donde se practique esto ahí también hay *common law*.

un aumento, de manera general, en la citación en el Reino Unido de material extranjero (no continental). Véase MUNDAY, R. J. C. “New Dimensions of Precedent” (1978) 14 S.P.T.L. 201, en pp. 203-207.

¹²⁵ Véase COSGROVE, R. A. *Our Lady the Common Law: An Anglo-American Legal Community, 1870-1930* (New York: New York Univ. Press, 1987) (periodo de acercamiento del Reino Unido-Estados Unidos de 1870-1930, aunque declinación posteriormente bajo las perspectivas políticas y sociales de Maitland, Pound, Frankfurter, Laski; título tomado de los cursos en 1911 de Sir Frederick Pollock en la Universidad de Columbia); cf. reseña por BAKER, P. V. (1988) 104 L.Q. Rev. 153, en p. 155 (la comunidad jurídica anglo-americana tan vigorosa como antes; “los informes de su defunción son exagerados”); LANGBEIN, J. H. “Chancellor Kent and the History of Legal Literature” (1993) 93 Col. L. Rev. 547, en p. 567 (“nosotros aún pensamos por varios propósitos de los sistemas jurídicos inglés y americano como comprendiendo una entidad inseparable llamada derecho anglo-americano”); ATIYAH y SUMMER, *supra* nota 35 (commensurabilidad del derecho inglés y americano a pesar de las profundas diferencias).

¹²⁶ AYLERTON, *supra*, nota 4, en p. 686.