

LA FALACIA DE LA CATEGORÍA TRASPLANTADA*

Moffatt HANCOCK**

“Trata de hacer este otro cálculo de substracción. Resta un hueso a un perro; ¿qué queda?”

Alicia pensó: “Seguramente no quedaría el hueso, si lo restara —y tampoco quedaría el perro; él vendría a morderme— y de seguro que yo tampoco quedaría.”

“¿Entonces tú crees que no quedaría nada?” preguntó la Reina Roja.

“Yo creo que esa es la solución.”

“Mal, como siempre”, dijo la Reina Roja. “Quedaría la paciencia del perro.”

“Pero no veo cómo”

“¡Bueno, mira!”, exclamó la Reina Roja. “El perro perdería la paciencia, ¿no es cierto?”

“Probablemente la perdería”, respondió Alicia cautelosamente.

“Luego, si el perro se fuera, ¡su paciencia se quedaría!” exclamó triunfante la Reina.

L. Carroll, *A través del Espejo*

Una cierta fascinación rodea a los caprichos extravagantes del discurso jurídico, a las ficciones, a las falacias, a las engañosas metáforas que a menudo oscurecen la claridad del pensamiento y del raciocinio. Bien podríamos preguntarnos cómo los juristas del pasado, supuestamente hombres prácticos de pensamiento lúcido pudieron permitir que sus procesos de pensamiento quedaran enmarañados en concepciones tan confusas como la de que el edificio sea parte del terreno, o la de la misteriosa alquimia de la *equity* que convierte a los bienes inmuebles en bienes muebles o la de las incesantes fluctuaciones del *renvoi*.¹ Estas formas falaces de pensamiento tienen el perenne atributo de la mala hierba: sea como fuere que las expliquemos y exploremos, reaparecen continuamente para confundir a las nuevas generaciones de estudiantes y estudiosos del derecho.

En este artículo me propongo comentar uno de los errores de carác-

* Este artículo apareció bajo el título *Fallacy of the Transplanted Category* en “The Canadian Bar Review”, vol. XXXVII, núm. 4, diciembre 1959, pp. 534-575. Copyright © The Canadian Bar Review. Traducción permitida.

** Professor of Law at Stanford University.

¹ Para una discusión de la confusión de pensamientos engendrada por estas concepciones engañosas, véase Cook, *Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws* (1942), pp. 253 a 258, 301 a 307 (*equitable conversion*, es decir, transformación de muebles en inmuebles o viceversa en razón de los principios de la *equity*, y cosas que forman parte del terreno) y pp. 239 a 246 (*renvoi*).

ter verbal más comunes en el racionicio jurídico, que denominaré la falacia de la categoría trasplantada. Naturalmente, ya ha sido analizado antes en las diferentes ramas del derecho.² Reducido a sus términos más sencillos, resulta similar al viejo truco en la argumentación, que estriba en usar una palabra en dos sentidos distintos. Pero en el contexto de un problema jurídico algo más complejo sus espurias conclusiones pueden aparentar plausibilidad.

En el asunto *Oppenheimer v. Frazer y Wyatt*,³ que se resolvió en 1907, el Tribunal Inglés de Apelación afrontó el conocido problema que surge cuando un confiado propietario de bienes hace entrega de ellos a un estafador, el cual, en contra de las instrucciones del dueño, los vende a precios rebajados a un comprador de buena fe. Schwabacher, un deshonesto corredor de diamantes, persuadió a Oppenheimer (el propietario) de entregarle cinco lotes de diamantes bajo el pretexto de conocer a ciertas compañías de renombre en el mercado de diamantes que podrían interesarse en comprarlos. Oppenheimer dio instrucciones a Schwabacher de ofrecer en venta los diamantes únicamente a estas conocidas compañías y a determinados precios fijos. Schwabacher no ofreció los diamantes a los clientes designados; hizo entrega de ellos a otro corredor de diamantes, Broadhurst, para su venta en efectivo. Broadhurst entonces entró en tratos con la compañía de Frazer y Wyatt, en cuyos términos Broadhurst y ellos compraron a Schwabacher los diamantes a precios considerablemente más bajos de los que Oppenheimer había fijado. Con posterioridad, los diamantes fueron nuevamente vendidos por Frazer y Wyatt, con ganancia. Schwabacher desapareció sin dar cuenta a Oppenheimer de los diamantes o del dinero recibido y Oppenheimer demandó a Boardhurst y a Frazer y Wyatt por la apropiación ilícita de los diamantes.

Frazer y Wyatt y Broadhurst alegaron que todos ellos habían sido compradores de buena fe, ignorantes de la falta de legitimación de Schwabacher de modo que la venta de los diamantes por parte de éste quedaba convalidada por la sección 2(1) del *Factors Act* de 1889.⁴ El

² Véase Cook, *ibid*, capítulo 6, Substance and Procedure, p. 154, capítulo 7, "Domicile", p. 194; Arnold, "Criminal Attempts; The Rise and Fall of an Abstraction", (1930), 40 Yale L. J. 53; Shartel, *Meanings of Possession* (1932) 16 Minn. L. Rev. 611, en particular, p. 622 y ss.; Llewellyn, *Through Title to Contract and a Bit Beyond*, in "Law a Century of Progress" (1937), vol. 3, p. 80; Jones, *Vested and Contingent Remainders, a Suggestion Concerning Legal Method* (1943), 8 Maryland L. Rev. 1; Niles, *Rationale of the Law of Fixtures: English Cases* (1934) 11 N. Y. L. Q. Rev. 560; Horowitz, *California Law of Fixtures* (1952), 26 Southern Cal. L. Rev. 21; Puttmaker, *Consent in Criminal Assault* (1925), 19 Ill. L. Rev. 617.

³ [1907] 2.K.3. 50, 76 L.J.K.B. 806.

⁴2(1) "Cuando un agente de comercio con el consentimiento del propietario esté en posesión de bienes o de documentos que incorporen títulos sobre bienes, cualquier venta, pignoración u otra disposición de los bienes que él efectúe actuando con ese carácter, serán tan válidas en términos de las disposiciones de esta ley como si hubieran sido expresamente autorizadas por el propietario de los bienes, siempre

tribunal resolvió a favor del actor, para lo cual los tres jueces presentaron opiniones por separado pero concurrentes. Fletcher Moulton, L.J., basó su decisión en dos motivos: 1) que los demandados no eran adquirentes de buena fe;⁵ y 2) que Schwabacher (el 'agente comercial') no estaba 'en posesión' de los diamantes 'con el consentimiento del propietario' (Oppenheimer). Es el segundo motivo de la decisión, el que demuestra nuestra falacia. Los otros dos jueces también discutieron este segundo motivo en detalle, pero prefirieron considerarlo como *obiter dictum*.

¿Cuál fue la base para concluir que Oppenheimer no había consentido en que Schwabacher tuviera los diamantes? Había ciertas pruebas de que cuando Schwabacher obtuvo los diamantes de Oppenheimer intentaba contravenir a sus instrucciones y disponer de ellos en su propio beneficio. Las pruebas también indicaban que indujo a Oppenheimer a entregarle los diamantes mediante maquinaciones fraudulentas en cuanto a su relación con los clientes nombrados y su intención de venderlos los diamantes. Bajo estas circunstancias, se argumentó que no podía considerarse que Oppenheimer hubiera dado su consentimiento a la posesión de los diamantes. Este argumento suscitaba necesariamente una pregunta más general: ¿podía existir 'consentimiento del propietario' respecto de 'la posesión del agente comercial', cuando el propietario se hallaba en error acerca de algunos hechos significativos relativos a la operación? Naturalmente pueden concebirse una gran variedad de casos hipotéticos que impliquen algún elemento de error relevante por parte del propietario. Por ejemplo, el dueño podría entregar un lote de diamantes en la creencia de que fueran amatistas; o el agente podría hacerse pasar por el señor X, un reputado corredor de diamantes; o el agente podría engañar al propietario respecto a los alcances de su negocio o defraudarlo mediante un relato ficticio de 'un gran negocio' previo. Pero el tribunal no estaba condenado a recorrer, sin guía, la jungla de los casos hipotéticos que pudieran sugerir ideas de 'consentimiento' y 'equivocación'. El contexto legal, es decir, las restantes palabras de la sección, indican claramente que su propósito es proteger al comprador de buena fe, convalidando la venta que le hace un agente mercantil que está en posesión de los bienes vendidos con el 'consentimiento' del propietario y en el ejercicio habitual de su negocio. Estas palabras también indican claramente que el comprador de buena fe ha de ser protegido aun cuando el agente mercantil no tenga capacidad para efectuar

y cuando la persona adquirente por dicho acto de disposición actúe de buena fe y no tenga conocimiento al momento del acto de disposición de que la persona que lo realizó no tenía autorización para hacerlo."

⁵ El jurado determinó que Frazer y Wyatt habían comprado los diamantes de buena fe, pero que este no había sido el caso con Broadhurst, su coasociado en la operación. El tribunal resolvió que bajo estas circunstancias no podía decirse que "el adquirente en el acto de disposición, actúa de buena fe", en el sentido de la disposición contenida en la S. 2 (1) del *Factors Act*.

la venta; la venta será tan 'válida como si él hubiera sido expresamente autorizado por el propietario de los bienes para realizarla'. Ahora bien, los agentes mercantiles que venden los bienes en contravención de las instrucciones del propietario no son, por lo general, hombres honrados, y sería muy probable que en la mayoría de los casos en que esto sucede, el agente mercantil deshonesto ya hubiera formulado sus intenciones deshonestas y realizado maquinaciones fraudulentas a ese respecto (o respecto de algún otro asunto) al tiempo de obtener del propietario la 'posesión' de estos bienes. Si adujéramos que en todos estos casos no existe 'el consentimiento del propietario' debido al engaño de que fue víctima, privaríamos de protección al comprador de buena fe en la mayoría de los casos en que las restantes frases del *Factors Act* indican que la debe tener. Una interpretación tan estrecha de 'consentimiento' parece incongruente con las otras frases de la sección, ya que en sus términos el comprador de buena fe debe ser protegido contra un tipo de agente mercantil que muy probablemente trata de engañar al propietario para obtener la posesión de los bienes. Por tanto, parece que a la palabra 'consentimiento', considerada en su contexto verbal y en relación al problema fáctico, objeto de regulación de la ley, debería asignarse un sentido suficientemente amplio para incluir, por lo menos, el engaño hecho a Oppenheimer por Schwabacher en el caso específico.

El tribunal pudo asimismo haber encontrado una guía en el caso *Baines v. Swainson*,⁶ donde basándose en hechos similares, el tribunal sostuvo que el agente había sido "encargado de la posesión de los bienes," según el significado del *Factors Act* de 1842.⁷

Sin embargo, el Tribunal de Apelación no buscó guía en ninguna de las fuentes que hemos sugerido. Los jueces evadieron tanto el contexto de la ley como los casos anteriores y aparentaron encontrar un significado establecido de las palabras 'consentimiento del propietario' en el *common law* relativo al robo (*larceny*). La relevancia de la categoría del 'consentimiento del propietario' en caso de robo es explicada por Fletcher Moulton, L.J.: "Un agente mercantil es una persona capaz de robar como cualquier otra persona, y, si ha robado los bienes, no puede haber ninguna duda, en mi opinión, de que debe considerarse que los posee sin el consentimiento del propietario . . . La ley reconoce una forma de robo en que la aparente entrega de la posesión de los bienes por

⁶(1863), 4 B. and S. 270, 32 L.J.Q.B. 281. La causa que se decidió en Escocia entre *Vickers vs. Hertz* (1871), 2. L.R. Scotch App. 113 y *Sheppard vs. Union Bank of London* (1862), 7 H. and N. 661, 31 L.J. Ex. 154 (resuelto a través de una excepción) también se asemejan mucho al caso principal. En todos estos casos el agente obtuvo posesión de los bienes o título sobre ellos mediante la pretensión fraudulenta de tener un pedido al respecto de un cliente determinado y dispuso de los bienes en beneficio propio. Todos estos casos se resolvieron con base en el *Factors Act* de 1842.

⁷5 and 6 Vict., c. 39, s. 1. El *Factor Act* de 1889 se promulgó para "reformular y consolidar" todas las leyes anteriores, de manera que los casos cuyo fallo se basó en estas leyes obtuvieron considerable peso como precedentes.

el propietario de los mismos, obtenida mediante el engaño, *animo furandi*, no implica en derecho que el propietario consienta en dicha posesión, de manera que la persona que la haya obtenido puede ser imputada de haberlos tomado sin el consentimiento del propietario". Su Señoría se refirió entonces a la regla bien establecida en el *common law* de que, cuando una persona hace entrega de bienes a otra sin la intención de transmitir el título sobre ellos, pero el adquirente tiene en ese momento la intención de robarlos, quien los recibe es culpable de robo. Dado que esta cuestión surgió durante la audiencia sobre el fondo y que el jurado encontró a Schwabacher culpable de robo, su Señoría procedió a considerar si las pruebas podían apoyar su veredicto. Decidió que sí y concluyó: "suponiendo que éste [el veredicto] sea correcto, excluye la existencia de consentimiento por parte del actor respecto a la posesión de los bienes por parte de Schwabacher."⁸

En pocas palabras, el argumento de su Señoría puede resumirse de la manera siguiente: el robo se define como el acto de tomar los bienes de otra persona sin su consentimiento y en contra de su voluntad con la intención, de quien los toma, de apropiarse de ellos en su beneficio. Si Schwabacher, al momento de obtener los diamantes de Oppenheimer, intentaba apropiarse de ellos en beneficio propio, fue culpable en ese momento de 'tomar' sin el 'consentimiento del propietario' en el sentido en que se usan estas palabras en el derecho relativo al robo. Por lo tanto, el tribunal debió sostener que no obtuvo la posesión de los bienes con el 'consentimiento del propietario', en el sentido en que se usan estas palabras en el *Factors Act*. Esta línea de razonamiento tiene el efecto de incorporar al *Factors Act* una categoría de 'consentimiento' altamente atenuada,⁹ la cual está implicada en el proceso de extender el alcance del delito de robo.¹⁰

La teoría de la falta de consentimiento en el robo es resumida en un

⁸ *Supra*, nota 3, pp. 71, 72, 75.

⁹ La palabra 'categoría' se usa aquí con referencia a las decisiones y dictámenes ingleses acumulados, a que se puede hacer remisión como auxiliares al determinar el sentido de la palabra 'consentimiento', tal como es usado en materia de robo (*law of larceny*). Este uso de la palabra 'categoría', es desde luego metafórico e hipostático; su referencia son los casos. Véase las advertencias de Cook respecto al uso de estas palabras en *An Unpublished Chapter* (1943), 37 III. L. Rev. 418, p. 423.

¹⁰ El razonamiento de Fletcher Moulton L. J. y de los restantes jueces en el asunto *Oppenheimer* se basa en la opinión de Collins L. J. en *Cahn vs. Pockett's Bristol Channel Steam Packet Co.*, [1899] 1 Q.B. 643, 68 L.J.Q.B. 515. La causa fue resuelta por quienes emitieron opiniones concurrentes por separado en el sentido de que en aquel caso un comprador de bienes obtuvo la posesión de los documentos que conferían título sobre estos bienes con el consentimiento del vendedor, de acuerdo con el sentido de la s. 9 del *Factors Act* de 1889 (y de su duplicado idéntico s. 25 (2) contenido en el *Sale of Goods Act* de 1893, 56 y 57 Vict., c. 71), de modo que estaba facultado a transferir el título a un comprador de buena fe. Ninguno de los otros dos jueces mencionó la palabra 'robo' o discutió la cuestión relativa a si el comprador de los bienes era culpable de robo en su adquisición.

párrafo de Pollock y Wright *On Possession*, que fue citado ante el tribunal: "Si una persona obtiene la posesión de una cosa bajo la apariencia de un acto de transmisión de la posesión, pero que en realidad tiene la intención de apropiarse de ella (es decir, de robarla) el consentimiento nominal es nulo y la adquisición de la posesión es un acto de apropiación y (existiendo el *animus furandi*) un robo, por no existir un acuerdo *ad idem*".¹¹ Se considera generalmente que esta doctrina se originó en el famoso caso de *Rex v. Pear*¹² resuelto por once jueces en 1780. Pear había alquilado una yegua negra por un día, indicando a Finch, el propietario, que se dirigiría a Sutton y que regresaría esa misma noche, dándole una dirección falsa. Sin ir a Sutton, vendió la yegua y no regresó. El Juez Ashurst, quien conoció de la causa, señaló al jurado que si Pear hubiera tenido la intención de hacer el viaje cuando alquiló la yegua y después hubiera decidido venderla, debería ser absuelto; pero que si el viaje había sido sólo un pretexto y la alquiló con la intención de robarla, debería ser condenado. El jurado lo condenó y siete de los once jueces confirmaron el fallo de culpabilidad.

Los estudiosos de la historia del delito de robo están de acuerdo en que el caso Pear constituyó "una drástica desviación del precedente".¹³ Los *Pleas of the Crown* de Hale, publicados en 1736 señalaban que "Si A entrega un caballo a B para viajar a D y después regresar, pero si A escapa con *animus furandi* esto no es un delito (*felony*) como en el caso de otros bienes".¹⁴ Como lo indica la anterior cita de Pollock y Wright, el caso de *Pear* introdujo una nueva interpretación del requisito tradicional de 'tomar sin el consentimiento del propietario y contra su voluntad'. Estas palabras fueron interpretadas únicamente en el sentido de

¹¹ Pollock y Wright, *Possession in the Common Law* (1888), p. 218; también en las pp. 101, 132, 141, 204. Este influyente libro parece haber sido escrito en la suposición de que la categoría de la posesión es siempre la misma, sin importar qué consecuencias jurídicas estén involucradas. Una demostración en contrario se encuentra en Shartel, *op. cit.*, *supra*, nota 2, en pp. 622 a 633. Véase también *Rex Mitchell y McLean*. [1932] 1 W.W. 657; *People v. LaPella* (1936) 272 N.Y. 81.

¹² (1779), 2 East P.C. 685, 1 Leach 212. El informe en East P. C. es más completo.

¹³ Hall, *Theft Law and Society* (1935), p. 15, también pp. 11 a 19, 24 a 26, para un panorama de los desarrollos sociales y económicos en Inglaterra en el siglo XVIII que influyeron en los tribunales y el Parlamento cuando tuvieron lugar esta y otras reformas al derecho relativo al robo. "Dado que el resultado obtenido y todas las maquinaciones que lo acompañan son exactamente idénticos en el fraude y el robo, el buen sentido indujo de manera natural en la propensión a considerar como robo a la privación de la propiedad mediante el engaño. Esta propensión hizo que las autoridades se inclinaran a prestar oídos a un refinamiento en el razonamiento, lo que comprueba que la entrega de la propiedad no constituye *traditio*; y así lo establece (la definición de robo) como un acto de apropiación sin el consentimiento del propietario; doctrina que no coincide con la comprensión común de la humanidad y esta criatura del entendimiento es calificada con toda propiedad como una construcción jurídica." Hammond, *Introduction to Report of the Select Committee on the Criminal Law of England* (1824), p. 9, apud Hall, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴ Vol. 1, p. 504.

que no se requiere un contrato válido de garantía (*bailment*). Si el adquirente tenía la intención de robar los bienes no podía haber un 'acuerdo de voluntades', y por lo tanto no había contrato ni 'consentimiento'.¹⁵ El 'consentimiento' del propietario de los bienes, en consecuencia, se hizo depender de hechos internos (*state of mind*) del acusado. Como razonamiento alternativo podría decirse que el consenti-

¹⁵ La teoría en el asunto *Pear* de que la intención fraudulenta de la persona a quien son entregados los bienes le impide adquirir posesión con el consentimiento del dueño no era completamente nueva. Ella había aparecido en una nota sobre el caso *Raven* (1662), Keling 24, p. 81, y en el argumento a favor del procesado en *Rex v. Meeres* (1689), 1 Shower 50. En estos casos, el inquilino de un apartamento amueblado tomó los muebles y los vendió; el argumento fue elaborado de la siguiente manera: si el inquilino intentaba robarlos desde que le fueron entregados, no adquirió posesión sobre ellos con el consentimiento del arrendador, por lo que la apropiación ilícita posterior constituyó robo.

La doctrina del caso *Pear* y de otros asuntos resueltos poco después (véase en particular *Rex v. Semple* (1978), 2 East P.C. 691, 1 Leach 420) fue que el robo se cometió al momento en que el indicado se apropió ilícitamente del caballo al venderlo, ya que su intención fraudulenta o su error doloso al serle entregado el caballo, impidió la conclusión de un contrato válido y el propietario conservó su derecho (*legal right*) de posesión (*immediate possession*) sobre el caballo. Así se señaló (confundiendo los hechos y los efectos jurídicos), que el propietario conservó la "posesión" y se consideró que el acusado únicamente tenía el mero control físico del caballo, comparable al que tiene un sirviente encargado de los bienes de su patrón. Pero no era culpable de robo del caballo hasta que realmente cometió la apropiación ilícita y de esta manera lo tomó de la "posesión" del propietario. En una serie de casos en los que el acusado únicamente intentó vender el caballo alquilado, se argumentó que el intento constituyó una apropiación ilícita suficiente para configurar el robo. Tras de algunas vacilaciones, los jueces adoptaron una teoría diferente; el acusado era declarado culpable de robo al momento de adquirir control sobre el caballo, con la intención de hacer una apropiación ilícita. Véase el caso *Spence* (1829), 1 Lewin 197, *Reg. v. Brooks* (1838), 8 C. y P. 295, *Reg. v. Janson* (1849), 4 Cox C.C. 42, Pollock y Wright, *Possession in the Common Law* (1888), p. 219, se refieren a la modificación de la doctrina. Véase también Sourlock, *The Element of Trespass in Larceny* (1948), 22 Temple L.Q. 12, pp. 19 y ss.

La teoría posterior de que el robo se comete en el momento en que el acusado, con la intención de robarlos, obtiene el control sobre los bienes, es corroborada por muchos textos y resoluciones, pero obviamente hay algo inequívoco en ella. Suponemos que *Pear* tenía la intención de robar el caballo cuando lo alquiló, pero que después cambió de opinión: ¿hubiera sido condenado por robo? Claro que no; fue la subsecuente apropiación ilícita del caballo en su propio beneficio la que se consideró punible, no el acto de alquilarlo con una intención dolosa. Sin embargo, de acuerdo con la teoría oficial de los casos ingleses posteriores, *Pear* hubiera sido culpable de robo (en nuestro caso hipotético). Véase la forma en que el juez Channell instruyó al jurado en el asunto *Oppenheimer* 76 L.J.K.B. 806, p. 819: "Si el actor tiene razón, Schwabacher podría ser declarado culpable de haberlos robado (los diamantes) al salir del lugar y antes de haberlos llevado a Fraser y Wyatt. Si hubiera sido arrestado por un policía al salir de la oficina, se hubiera podido decir que los estaba robando, debido a su relación falsa respecto a Pinto Leite y las demás compañías." Aun cuando hubiera sabido de la relación falsa con las compañías compradoras de diamantes, se hubiera requerido de un policía muy valiente y preparado para que se hubiera atrevido a arrestarlo bajo el cargo de robo 'cuando salió de la oficina'.

miento del propietario se obtuvo fraudulentamente, ya que el acusado ocultó sus verdaderas intenciones.

Uno podrá lógicamente preguntar: ¿por qué debería una extensión drástica de la definición de robo, acuñada en 1780, determinar la interpretación de una ley mercantil decretada en 1889? Fletcher Moulton, L.J., trató de contestar a esta pregunta de la siguiente manera: “‘Consentimiento’, para los efectos de la sección debe ser lo que equivale a ‘consentimiento ante la ley’”. Pero ¿qué debemos entender por la frase ‘consentimiento ante la ley’? Seguramente no se sugirió que los jueces que resolvieron el caso *Pear* y otros casos de robo hubieran formulado conscientemente una definición de ‘consentimiento’ para usarla en todas las leyes posteriores. Quizás las personas que concibieron el *Factors Act* intentaron incorporar la definición de robo. Pero esto tampoco parece plausible. Aun suponiendo que hubieran considerado este aspecto, ¿qué motivo hubieran tenido para escoger una definición exageradamente estrecha de ‘consentimiento’ que privara al comprador de buena fe de la protección en todos los casos en que el agente mercantil tuviera la intención, al momento de obtener la posesión, de apropiarse de los bienes en beneficio propio? Parece más probable que su Señoría haya pensado en la máxima de que a un término técnico-jurídico en una ley se le debe dar su significado técnico-jurídico. Pero esta máxima siempre ha cedido a la más mínima sugerencia de una intención contraria;¹⁶ esto constituyó una justificación muy débil para trasplantar una categoría del derecho penal a una ley promulgada para modernizar el derecho de operaciones mercantiles.

La doctrina de Fletcher Moulton, L.J., sobre el ‘consentimiento en el derecho’ parece conducir a otra dificultad. El término ‘consentimiento’ se había usado por muchos años no solamente en relación con el hurto sino también en relación con la violación y al asalto (*assault*). La definición clásica de la violación estableció que la mujer fuera violada ‘sin su consentimiento y contra su voluntad’. Si hubiera una teoría uniforme del ‘consentimiento en el derecho’, podríamos esperar encontrar una categoría del consentimiento en el derecho sobre la violación, que fuera sustancialmente similar a la categoría del consentimiento que prevalece sobre el robo. Pero la categoría del consentimiento que los jueces han

¹⁶ Véase Maxwell, *Interpretation of Statutes* (5th ed. 1912) pp. 88-94. Las implicaciones de la teoría de Fletcher Moulton de la elaboración del legislador, se ve de alguna manera sobresaltada. Mientras se sostiene que una palabra tiene un significado para un propósito determinado este significado se convierte en el ‘significado jurídico’. De modo que este significado le será atribuido en cualquier momento que la palabra aparezca en una nueva ley.

Excepto cuando el legislador desee que la palabra tenga exactamente el mismo significado en la ley que él elabora, debe abstenerse de usarla y buscar otra palabra. Mientras más significado jurídico especializado adquieran las palabras, la opción del legislador va continuamente disminuyéndose. La elaboración de una ley, ciertamente se convierte en una ‘pesadilla’. (Véase Simpson, *English Law in the Making* (1940), 4 Mod. L. Rev. 121. p. 127).

desarrollado en el derecho relativo a la violación era completamente diferente de la del derecho relativo al robo y también diferente de la que se emplea en el derecho sobre "asalto".¹⁷

Los casos del derecho inglés que se encuentran dentro de lo que pudiéramos calificar como la zona de penumbra, que delimita la 'ausencia de consentimiento' como elemento de la violación, revelan un conflicto de ideas. En 1822, cuando la violación se castigaba con la pena de muerte, ocho de doce jueces sostuvieron que el acusado no era culpable de violación, por haber entrado, en la oscuridad, en la cama de una somnolienta mujer casada quien le permitió tener relaciones sexuales con ella, por haberlo tomado por su marido. Dallas, C.J., enfatizó la diferencia entre este caso y el de 'forzar a una mujer contra su voluntad'.¹⁸ En 1838, respecto de esos casos en los cuales los hechos eran análogos (y que fueron decididos por jueces individuales), se sostuvo que el acusado no era culpable de la violación, pero sí de "asalto" común.¹⁹ Así, se resolvió que, en efecto, en caso en que la mujer accede al acto sexual por confundir al acusado con su marido, existe suficiente falta de consentimiento para constituir el delito (*offense*) de "asalto" común, pero no tan absoluta como para configurar el delito de violación, punible, con la pena de muerte. Otros casos de ese periodo indican que cierto uso de 'fuerza' se consideraba como ingrediente necesario en la violación.²⁰ Cuando en 1841 se suprimió la pena de muerte para el delito de violación,²¹ parece que los jueces adoptaron una actitud diferente acerca del estricto requisito de que la víctima de violación sea violada sin su consentimiento y contra su voluntad. En el caso *Regina v. Camplin*,²² el acusado había tenido relaciones sexuales con una mucha-

¹⁷ En el famoso caso de robo, *Regina v. Middleton* (1837) 1 C.C.R. 38, p. 56, Bramwell B. se refirió a los casos en que una persona, se apersona como el marido no se considera culpable de violación como 'otra ilustración más de cómo el *common law* se rehusa a castigar un acto cometido con el consentimiento del ofendido.' En *Regina v. Hehir* (1895) 2 Irish R. 709, p. 728, el juez Gibson se refirió a la condena de un personificador del marido por violación en *Regina v. Dee* (1883), 14 L.R. Irish 468, 15 Cox C.C. 579, en apoyo de su voto disidente a favor de una condena por robo. De ninguna de estas opiniones puede decirse que vayan tan lejos como para argumentar que la definición de consentimiento sea la misma para el robo que para la violación. Únicamente indican la suposición de que la analogía del consentimiento en la violación pudiera ser de alguna relevancia para el problema del consentimiento en el robo.

¹⁸ *Rex v. Jackson* (1822), Russell y Ryan 487.

¹⁹ *Regina v. Saunders* (1838), 8 Carr. y Payne 265, 267; *Regina v. Williams* (1838), 8 Carr. y Payne 286, Puttkammer, *Op. cit. supra*, nota 2, explica y apoya el razonamiento en estos asuntos.

²⁰ Véase *Rex v. Llooyd* (1836), 7 Carr. y Payne 318; *Regina v. Stanton* (1844), 1 Carr. y K. 415 y el argumento del abogado asesor en *Regina v. Camplin* (1845), 1 Cox C.C. 220, 1 Den. CC. XVII, 89.

²¹ 4 y 5 Vict. C. 38.

²² *Supra* nota 20. Algunos de los jueces que se pronunciaron por la condena fueron de la opinión de que la insensibilidad de la ofendida muestra suficiente falta de consentimiento para configurar un caso de violación y que su negativa previa

cha de trece años tras de haberla embriagado con licor hasta que estuvo en un estado de insensibilidad. El caso se sometió al *Court of Crown Cases Reserved*. Diez jueces (tres de ellos disidentes) confirmaron la condena por violación y el acusado fue condenado a relegación perpetua en una colonia penitenciaria. La opinión mayoritaria sostuvo que la relación sexual tuvo lugar sin su consentimiento y en contra de su voluntad, ya que negó su consentimiento *antes* de que el acusado la hubiera insensibilizado haciéndola ingerir más licor. En el caso *Regina v. Fletcher*,²³ el acusado tuvo relaciones sexuales con una muchacha retrasada mental, la cual de acuerdo con la opinión del jurado era incapaz de dar su consentimiento. Al confirmar la condena por violación, un tribunal integrado por cinco jueces²⁴ sostuvo que la falta de consentimiento era suficiente y que no era necesario probar que el acto sexual había tenido lugar 'contra su voluntad'.²⁵ De esta manera se estableció que la aquiescencia pasiva de una mente inconsciente o incapaz de razonar constituye falta de consentimiento.

A la luz de estos precedentes posteriores, los casos más antiguos que consideraron al personificador del marido inocente de violación, resultan algo anómalos. Se expresaron varias críticas a este respecto y en 1854 y 1868 los casos de este tipo se sometieron a la *Court of Crown Cases Reserved*, pero en ambas ocasiones el tribunal decidió que se observaran los precedentes más antiguos.²⁶ En el caso de *Regina v. Flattery*²⁷ el acusado, quien pretendía dar consulta médica, tuvo relaciones

no era esencial, porque no era necesario mostrar que el acto se cometió en contra de su voluntad. (Véase 1 Den. C.C. XVII). Los tres votos disidentes y el hecho de que algunos jueces se apoyaran en el rechazo anterior, muestran que este caso fue considerado como nuevo derecho, y la vieja concepción: "sin su consentimiento y contra su voluntad" fue drásticamente suprimida.

²³ (1859), 8 Cox. C.C. 131, Platt, S., había dado una decisión parecida a *Regina v. Ryan* (1846), 2 Cox 115.

²⁴ De acuerdo con *11 and 12 Vict.* c. 78, cinco jueces formaron un *quorum* en el *Court of Crown Cases Reserved*, pero en caso de alguna disidencia, la causa era sometida al pleno de 15 jueces. En los reportes, Cox el tribunal de cinco jueces es llamado "tribunal de Apelación en Materia Penal." Véase Stephen, *History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 1, p. 331; Holdsworth, *History of English Law* (3ª edición, 1922), p. 217.

²⁵ Basándose en la omisión de las palabras 'contra su voluntad' en el *Stat. West.*, 2, c. 34 y la resolución de *Regina v. Camplin*, *Supra*, nota 20. En *Regina v. Dee*, *supra*, nota 17, los jueces del *Irish Court of Crown Cases Reserved* señalaron que 'contra su voluntad' y 'sin su consentimiento' significa lo mismo.

²⁶ Se expresaron críticas y dudas en *Regina v. Case* (1850), 4 Cox 220, 1 Den. C.C. 580. El problema se delegó al tribunal que decidió en *Regina v. Clark* (1854), 6 Cox C.C. 412 y en *Regina v. Barrow* (1868), 11 Cox C.C. 191, L.R. 1 C.C.R. 156.

²⁷ (1877), 13 Cox C.C. 388, L.R. 2 Q.B.D. 410. Ya en 1850 se había sostenido que dados estos hechos, el acusado podía ser considerado culpable de 'asalto' en *Regina v. Case*; *ibid.*, *Regina v. Flattery* en el que se tomaron en cuenta hechos parecidos a los de *Rex v. Williams* (1923) 1 K.B. 340, 17 Cr. App. Rep. 56. En *Rex v. Harms*, (1944), 2 D.L.R. 61, 1 W.W.R. 12, 81 C.C.C. 4, el Tribunal de Apelación de Saskatchewan extendió el principio de estos casos aún más allá, en el

sexuales con una muchacha de diecinueve años que creyó que él realizaba una intervención quirúrgica para curarla de sus ataques. Sin acudir al abogado consultor de la corona (*crown counsel*), el tribunal de cinco jueces encontró al acusado culpable de violación, haciendo una distinción de los casos de suplantación con fundamento en que la muchacha, en el caso específico, no sabía siquiera que se realizaba un acto sexual, y a pesar de la larga cadena de precedentes autorizados, cuatro de los cinco jueces se pronunciaron por la reconsideración de los casos de suplantación. En *Regina v. Dee*,²⁸ un caso de suplantación del marido que se sometió al *Irish Court of Crown Cases Reserved*, después de haber analizado cuidadosamente el conjunto de los casos ingleses, seis jueces irlandeses se negaron enfáticamente a seguirlos y confirmaron la condena por violación. En 1885, las relaciones sexuales realizadas mediante suplantación del marido fueron declaradas como casos de violación por una disposición parlamentaria.²⁹ A pesar de esta tendencia a suprimirla en casos límites, la categoría 'consentimiento' en relación con la violación siempre fue más amplia que la del consentimiento en relación con el robo. Como hemos visto, en el campo del robo el consentimiento aparente del propietario 'es nulo' si el depositario (*bailee*) intentaba robar los bienes y de esta manera ocultó sus verdaderas intenciones. Sin embargo, en el campo de la violación, se consideraba que la mujer daba su 'consentimiento', aun cuando fuera objeto del engaño más craso. Un hombre que incitó a una mujer a tener relaciones sexuales con él bajo el pretexto de casarse con ella, no hubiera sido culpable de violación; tampoco una persona que padeciera una enfermedad venérea que hubiera pretendido estar sana.³⁰ Si se supone que existe una teoría única y uniforme del consentimiento, aplicable para todos los propósitos legales, ¿cómo habremos de explicar esta discrepancia? Parece ser que los jueces construyeron una teoría del consentimiento para el caso del robo y otra diferente en el campo de la violación, por haber estado influidos por diferentes consideraciones políticas en cada campo.

caso de una muchacha de veintiún años, quien, comprendiendo la naturaleza de relaciones sexuales, de mala gana se sometió, porque el procesado le indicó que eran parte necesaria de un tratamiento médico. El Tribunal resolvió que su consentimiento se obtuvo mediante 'maquinaciones falsas y dolosas respecto a la naturaleza y las características del acto' de acuerdo con el sentido del Código Penal Canadiense, s. 298 (3) (actualmente 5.135) de modo que el procesado era culpable de violación. Para un argumento en contra de esta extensión de la definición de 'violación', véase Puttkammer, *Consent in Rape* (1925), 19 III. L. Rev. 410.

²⁸ *Supra*, nota 17.

²⁹ *48 and 49 Vict.*, c. 69. En este sentido el Código Penal Canadiense, s. 135 (2). Obsérvese que la redacción del Código, que realmente sugiere la existencia de un elemento de consentimiento en esta y otras situaciones numeradas, pero que no es suficiente para separar a los hechos de la categoría de 'violación'.

³⁰ Creo que esta exposición del derecho inglés está adecuadamente apoyado por *Regina v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23, 16 Cox C.C. 511 y los dictámenes contenidos en este caso, 22 Q.B.D., pp. 30, 44. Véase también *People v. Skinner* (1924) 2 W.W.R., 209, 33 B.C.R. 555.

Cuando se decidió el caso *Rex v. Pear* en 1780, opiniones influyentes favorecían un uso intensificado de la pena de muerte para prevenir los delitos contra la propiedad.³¹ El robo de un caballo recibía la pena capital³² y el malhechor que probablemente robaba un caballo bajo el pretexto de alquilarlo, era considerado como un sujeto tan peligroso como aquel que robaba aprovechando que nadie se daba cuenta. Para ahorcar a más delincuentes, los jueces extendieron los alcances del delito de robo y concomitantemente limitaron la categoría del consentimiento. En los casos de violación, sin embargo, notamos al principio una tendencia a restringir el alcance del delito mediante la utilización de una definición más liberal del consentimiento. Los primeros tres casos de suplantación del marido se decidieron en una época en que la opinión pública se pronunciaba en contra de la pena de muerte salvo para los delitos más graves.³³ Como la violación era todavía punible con la muerte, algunos jueces se mostraron renuentes a calificar de violador a un hombre que ni forzó ni amenazó a la mujer para tener relaciones sexuales con ella. Pero como su falta era detestable, se asimiló bajo la categoría de 'asalto', lo que llevó consigo que un conjunto de hechos llamados 'consentimiento' para los propósitos de la violación fueran denominados 'no-consentimiento' para los efectos del 'asalto'. Sin embargo, una vez que se suprimió la pena de muerte en los casos de violación, se inició una tendencia contraria. No obstante alguna disidencia inicial, los jueces extendieron la categoría de violación para incluir diferentes casos límites. Al hacer estas extensiones, los jueces gradualmente restringieron la categoría de 'consentimiento en la violación' hasta que pareció inconsistente respecto a los casos anteriores en que se absolvió al suplantador del marido. En resumen, la modificación de la pena provocó un cambio gradual en la política que favoreció una definición más estricta del consentimiento en el campo de la violación.

El estudio del 'consentimiento en la violación' nos lleva a la falacia básica involucrada en trasplantar una categoría legal. El ámbito de una categoría legal como 'consentimiento en el robo' o 'consentimiento en la violación' es forjado durante el proceso, es decir, en la decisión de los casos.³⁴ Al resolver estos casos, el problema que confrontan los jueces es el de llegar a un resultado jurídico específico (culpable o inocen-

³¹ Radzinowicz, *History of English Criminal Law* (1948), pp. 28 a 31, 35 a 37.

³² *Ibid.*, p. 275.

³³ *Ibid.*, pp. 600 a 607.

³⁴ El procedimiento mediante el cual se construye una categoría legal mediante la acumulación de casos límites ha sido descrito y analizado a fondo en la obra de Levi, *Introduction to Legal Reasoning* (1949), en particular pp. 1a 19. La lógica de este procedimiento puede ser resumida en esta breve cita que se encuentra en la p. 2: "El problema para el derecho es ¿Cuándo será *justo* tratar a casos distintos como si fueran iguales? Un sistema jurídico que funcione debe, por lo tanto, estar dispuesto a aislar semejanzas claves y a base de ellos encontrar mediante el razonamiento la *justicia* de la aplicación de una clasificación común". (las cursivas son mías).

te de violación) y la decisión obedecerá a consideraciones políticas relevantes sólo en este problema específico. Cada decisión extenderá o limitará la categoría (consentimiento en violación) y una serie de estas decisiones producirá una categoría que responda a la política relevante para la cuestión recurrente (culpable de violación). Dado que la categoría ha sido moldeada como respuesta a estas políticas, no es adecuada para ser usada en otros contextos legales, en los cuales se trata de lograr otro resultado jurídico, respecto del cual la política en materia de violación no es relevante. Cuando se traspasa una categoría legal, construida en respuesta a una política relevante para un resultado jurídico específico, a un contexto diferente que busca un resultado jurídico diferente (que requiere una política diferente), la categoría trasplantada podría inducir a un resultado que frustrara la política relevante que controla la determinación del nuevo problema. *Oppenheimer v. Frazer and Wyatt* es un ejemplo de este fenómeno. Una categoría muy estricta de consentimiento había sido establecida en los casos de robo, como respuesta a una política partidaria de condenar a las personas que cometan ciertos hechos. Pero la política del *Factors Act* como lo indican sus términos y las decisiones anteriores sugería la necesidad de una categoría de consentimiento que fuera algo más amplia que la que se aplicaba en los casos de robo. Cuando se incorporó en el *Factors Act* la categoría de consentimiento propia del robo para aplicarla en el caso *Oppenheimer*, quedó frustrada de esta manera la política relevante y significativa de esa ley.

El razonamiento falaz en una resolución judicial se debe a veces a un argumento inadecuado del abogado defensor (*counsel*), pero no en el caso de *Oppenheimer*. En efecto, la defensa argumentó con precisión que la doctrina del robo mediante engaño era irrelevante para la interpretación del *Factors Act* e incongruente con su política. Pero en seguida procedió a sostener que el 'consentimiento' requerido por el *Factors Act* era un "consentimiento sobre una cuestión de hecho." Esta última afirmación implica que la categoría de consentimiento como defensa contra una acusación de robo se distingue de la categoría de consentimiento en el *Factors Act*, ya que ésta tiene más de fáctica que la otra. Tan engañosa sugerencia requiere un comentario en contra. No cabe duda que las dos categorías de consentimiento son diferentes, pero su diferencia no puede atribuirse a que digamos que una es 'consentimiento de derecho' y la otra es 'consentimiento de *facto*'. Ambas categorías de consentimiento lo son de 'consentimiento de hecho' en el sentido de que cada una se refiere y puede aplicarse a los hechos de un caso específico. Aunque también son categorías de 'consentimiento de derecho' en el sentido de que cada una se aplica a los hechos de casos específicos para el único propósito de determinar si se debe llegar a cierto resultado jurídico o no.³⁵ Lo mismo puede decirse de práctica-

³⁵ Holmes en *The Common Law* (1881), pp. 213 a 15, señaló claramente la do-

mente todas las categorías jurídicas.³⁶ Sugerir que algunas categorías jurídicas son más *de facto* que otras es simplemente confundir las cosas.

Una línea falaz de raciocinio adoptada por cada uno de los tres jueces encargados de formular resoluciones por separado, debe tener cierto grado de verosimilitud y de fuerza persuasiva. Se puede sospechar que esto es inherente a ciertos hábitos de pensamiento bien establecidos que involucran los usos del lenguaje. Cuando a una edad muy temprana, empezamos a aprender las categorías y otras ideas verbales del lenguaje, llegamos a creer que ellas representan la estructura del universo.³⁷ Si bien que podemos abandonar, hasta cierto punto, esta idea durante un periodo posterior a nuestra educación, nunca nos liberamos completamente de ella.³⁸ Durante este periodo posterior, nos impresiona más la importancia de conocer el significado convencional de las pala-

ble implicación de palabras que se usan para simbolizar categorías legales. Sus observaciones pueden resumirse en dos frases citadas de él: "Por lo tanto, cuando decimos que un hombre tiene una posesión, afirmamos directamente que todos los hechos de un grupo definido son válidos para él, y expresamos indirectamente o mediante una implicación que el derecho le atribuirá las ventajas de su situación. El contrato o la propiedad, o cualquiera otra noción sustantiva del derecho pueden ser analizados del mismo modo, y deben ser tratados en el mismo sentido". Pollock y Wright, *op. cit.*, *supra*, nota 11, p. 10, expresan la misma idea: "Cada relación jurídica es o puede ser un aumento tanto de hechos como de derecho; no existen dos ámbitos separados e incomunicados, el de los hechos y el otro de derecho. Los hechos no tienen ninguna importancia para el abogado de no ser que aparezcan directa o indirectamente las condiciones para las consecuencias jurídicas..."

Sin embargo, es peligrosamente fácil pensar en una posible clasificación de un conjunto definido de hechos bajo alguna de las categorías jurídicas sin hacer referencia a una consecuencia jurídica *específica*. Por ejemplo, ¿una balsa hecha de troncos es un barco? ¿Alguna cama incorporada en la pared es inmueble (o parte del terreno)? Puesto que el derecho no establece categorías de hecho salvo como medio para determinar si ciertas consecuencias jurídicas deben suceder, tales cuestiones no tienen sentido *si no* estipulamos las consecuencias jurídicas específicas involucradas. Véase Cook, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pp. 159 a 161 Horowitz, *op. cit.*, *supra*, nota 2, pp. 54 a 55. Para un análisis más detallado, véase Malone, *Ruminations on Cause in Fact* (1956), 9 Stanford L.R. 60.

³⁶ Algunas categorías jurídicas tales como bienes muebles o propiedad comunal son distintas; son más bien categorías de *relaciones jurídicas* que categorías de hechos. Y las categorías del derecho constitucional o de conflictos de leyes requieren un análisis más complejo.

³⁷ "Para estos niños, el nombre es parte esencial de la cosa; el nombre 'Se léve' implica una montaña inclinada, el nombre 'sol' implica una pelota amarilla que brilla y tiene rayos, etc. Pero también debe tomarse en cuenta que para estos niños la esencia de una cosa no es un concepto sino la misma cosa. Existe una confusión completa entre la idea y las cosas pensadas. El nombre, por lo tanto, está en el objeto y no es una etiqueta adherida a él, sino más bien una característica invisible del objeto." Cf. Jean Piaget, *The Child's Conception of the World* (1929), pp. 69 a 70.

³⁸ A pesar de que hemos comprendido que las palabras no forman parte de las cosas, sino que las palabras representan concepciones generales o ideas *acerca de* objetos tangibles, etc., tendemos, sin embargo, a suponer que si una palabra se incorporó en el lenguaje debe representar una sola idea verbal que es importante y útil. En las palabras de J. S. Mill: "Siempre ha sido muy fuerte la tendencia a creer que todo lo que recibe un nombre debe ser una entidad o un ser que tiene una existencia inde-

bras para comunicarnos con otras personas. Nos inclinamos a pensar, o más bien a *suponer* que un requisito esencial del proceso de comunicación es que una palabra siempre debería tener el mismo significado, por lo menos, cuando se usa para referirse al mismo asunto.³⁹ Cuando emprendemos el estudio del derecho, nos encontramos con que debemos estudiar el significado de muchos términos jurídicos tales como 'oferta', 'contraprestación', 'agresión', etc. Pero tendemos a pasar por alto la importante diferencia que existe entre las ideas verbales que simbolizan estas palabras y las del lenguaje cotidiano. Ambos tipos de ideas verbales son ideas acerca de hechos (personas, objetos, actos, estados de ánimo, etc.), pero mientras que las del lenguaje cotidiano son puramente descriptivas, las del derecho entrañan necesariamente consecuencias jurídicas. Además, no siempre reconocemos el grado en que el significado de estas palabras ha sido influido por las consecuencias jurídicas asociadas a ellas. Más bien creemos que la terminología jurídica constituye únicamente un grupo de definiciones relativamente precisas cuya principal función es la de permitir que los abogados y los jueces entiendan lo que otros abogados y jueces dicen. Nuestra conclusión es que los términos jurídicos tienen un significado de acuerdo con un diccionario jurídico que denominamos su 'significado en derecho'.

Ahora bien, encontramos que la palabra 'consentimiento' es usada en diferentes ramas del derecho, pero siempre en relación con una misma materia, es decir, el contenido de la voluntad de una persona respecto a una operación específica. Considerando la importancia obvia de una comunicación eficiente, parece lógico suponer que los jueces que decidieron los casos anteriores hubieran sido inspirados por el deseo de preservar un único significado consecuente de la palabra 'consentimiento'. De lo anterior parecería seguirse que uno podría buscar todos los

pendiente y propia: y si no se encuentra alguna entidad real que corresponda al nombre, el hombre no supone, por ello, que no exista, sino que imaginaba que se trata de algo especialmente abstruso y misterioso, demasiado elevado para ser un objeto de los sentidos." (Citado en Ogden y Richards, *The Meaning of Meaning* (8a. edición, 1946), p. xxiv, también pp. 96, 109, 128 a 130). Sabemos que durante muchos años los jueces y redactores de textos han escrito acerca del 'consentimiento' como un hecho del cual dependen múltiples consecuencias jurídicas en el derecho contractual, penal y en el relativo a los ilícitos civiles (*torts*). Dado que hicieron uso de la misma palabra 'consentimiento', tendemos a suponer que estaban describiendo o tratando de describir una misma cosa. Si sus decisiones o descripciones son incompatibles, ello puede atribuirse a que el tema es 'abstruso y misterioso'.

³⁹ Las variaciones de sentido de acuerdo con el contexto de palabras tales como 'club', 'bridge', 'suit' o 'ball' no nos parecen una violación a la supuesta condición 'una palabra un solo sentido', ya que las ideas simbolizadas por la misma palabra son tan distintas y cada una pertenece a un grupo distinto de ideas o universo de discurso. Hasta 'ball' en un juego parece tener poco en común con 'ball' en otro juego, porque cada juego supone un orden de ideas bastante diferente por lo que toca a reglas, objetivos, puntuación, destreza, etc. (Nota del traductor: las palabras 'club', 'bridge', 'suit' y 'ball' tienen en inglés ambigüedades que no se presentan en español. Así 'ball' puede significar 'pelota', 'baile' o bala de cañón, entre otros).

precedentes del pasado en los que la palabra 'consentimiento' haya aparecido, con la fundada esperanza de descubrir un sentido único y uniforme de 'consentimiento' en derecho. Más aún, la noción de que 'consentimiento' pudiera tener diferentes significados parecería conducir, a primera vista, a una *reductio ad absurdum*; tendríamos que decir que en uno y el mismo acto un agente mercantil tomó los bienes *sin* el consentimiento del propietario y sin embargo obtuvo la posesión de ellos *con* el consentimiento del propietario.⁴⁰

Si esta supuesta *reductio ad absurdum* nos parece ilógica o absurda, ello se debe sólo a que nuestro pensamiento está completamente dominado del principio 'una palabra - un significado'.⁴¹ Que 'consentimiento'

⁴⁰ Véase el pronunciamiento de Atkin, L. J., en *Lake v. Simmons* 95 L. J. K. B. 586, (1926) 2 K. B. 51, p. 72, "El único fundamento para introducir en nuestro derecho la anomalía de que un hombre pueda ser al mismo tiempo un ladrón que toma bienes 'sin el consentimiento de su propietario', y una persona que esté 'en posesión con el consentimiento del verdadero propietario', se encuentra en los dictámenes de dos miembros del tribunal que resolvió *Folkes v. King*." (Sobre *Folkes v. King* y *Lake v. Simmons* cf. *intra*.)

⁴¹ Existen dos obstáculos potenciales para un análisis riguroso de los problemas de la categoría trasplantada que deben ser mencionados. 1. El así llamado fenómeno del 'núcleo común': suponemos que en el caso *Oppenheimer* Schwabacher hubiera ofrecido a Oppenheimer una bebida que contuviera una droga que lo hubiera dejado inconsciente y él se hubiera llevado los diamantes. En este caso todos estarían de acuerdo en que Schwabacher habría robado los diamantes sin el consentimiento de Oppenheimer y que Schwabacher no había obtenido la posesión de ellos con el consentimiento de Oppenheimer en el sentido del *Factors Act*. Y si vemos los casos que limitan el consentimiento en materia de violación o 'asalto', encontraríamos que se dirigen a la misma conclusión. En resumen, para cada uno de cuatro propósitos jurídicos distintos, los hechos señalados se agruparían bajo la categoría de la falta de consentimiento. Para algunos esta coincidencia de resultados sugeriría que debe existir una sola categoría de casos de ausencia de consentimiento en derecho, uniforme para todos los propósitos jurídicos. Las situaciones en que un grupo específico de hechos se clasifica de diferentes maneras para diferentes propósitos siempre se explican como casos límites muy complicados; la categoría única, como todas las categorías jurídicas tiene una 'penumbra', una zona marginal de incertidumbre en que surgen estos casos. Debido a su característica de ser casos límites, (se dice que) es probable que se decidan de distintas maneras por los diferentes tribunales. (Ésta parece ser la explicación de las variadas decisiones respecto a 'procedimiento' y 'domicilio' adoptadas por Nussbaum, *Private International Law* (1943), pp. 134, 187 a 188). Una explicación más realista sería que no obstante de que políticas distintas son empleadas para determinar la cuestión del consentimiento en cada uno de los cuatro contextos distintos, todas ellas conducen a un fallo de falta de consentimiento en el caso del hombre drogado. Si consideramos este caso de acuerdo con los criterios del robo no se da el consentimiento; en los términos de los criterios de violación (que son distintos) tampoco lo hay. (Obsérvese que en materia de violación, la ausencia de consentimiento fue alguna vez considerada dudosa. Cf. *Regina v. Camplin*, *supra*, nota 2, etc.). Es una mera coincidencia que las pruebas de los criterios en los cuatro casos produzcan un mismo resultado al aplicarlas a estos hechos. El hecho de que el resultado sea el mismo en cada caso no comprueba que los criterios sean los mismos o que exista un núcleo común o una categoría única. (2) La abstracción por la abstracción. "La madurez intelectual de un sistema jurídico puede ser probada por la generalidad abstracta de sus conceptos". (Paton, *Jurisprudence* (1946), p. 177).

tenga diferentes significados en relación con diversas consecuencias jurídicas no es menos lógico que el hecho de que 'pelota' tenga distintos significados en relación con los diferentes juegos. En cuanto al problema de la comunicación, la respuesta es muy sencilla: tenemos que aprender a hacer que nuestros símbolos verbales reflejen la complejidad de los hechos y los alegatos en los cuales hacemos mención de ellos. Tenemos, pues, que aprender a hablar de 'consentimiento en el robo', 'consentimiento en la violación', etc.

Independientemente de las razones que se puedan aducir, la idea de que el sentido de un término jurídico varíe de acuerdo con las consecuencias jurídicas que importa, es una idea que muchos se muestran renuentes a aprender.⁴² En la década de 1880, algunos jueces calificaron a los casos de suplantación del marido de 'ilógicos' y 'erróneos', porque sostenían que el comportamiento de la mujer equivalía a 'consentimiento' en relación a la violación, pero no en relación al 'asalto'.⁴³

Algunos escritores parecen basarse en la suposición de que si una palabra (como consentimiento) se usa en relación a asuntos semejantes para propósitos jurídicos diferentes, pueden obtenerse ideas útiles y esclarecedoras cuando se pasa por alto los diferentes propósitos jurídicos y se abstraen los elementos comunes de hecho. Véase, por ejemplo, Chand, *The Law of Consent* (1897), pp. iv a vi, o considere el enfoque de Ailes respecto al problema del sentido de "procedimiento" que según Cook, *op. cit. supra*, nota 1, varía en los distintos contextos jurídicos. Después de haber acusado a Cook de "aparente nominalismo" y de "hostilidad contra la lógica", Ailes lleva la discusión a un nivel más elevado de abstracción en estas palabras: "Primero, consideramos el sentido meramente intelectual de la distinción sin tomar en cuenta sus consecuencias prácticas. Parece una presunción razonable que la distinción puede ser referida a un hábito fundamental de la mente humana. ¿No es acaso una aplicación natural al derecho, las distinciones que el hombre, desde tiempos inmemoriales, ha hecho entre la sustancia y la forma, entre lo esencial y lo accidental, entre lo único y lo mucho, entre lo constante y lo variable, entre lo eterno y lo transitorio?" *Substance and Procedure in the Conflict of Laws* (1941), 39 Mich. L. Rev. 392, p. 404.

⁴² Una de las protestas más notables de los últimos años es la crítica de Williston al artículo 2 del proyecto de Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*) que trata de la venta de bienes y que intenta eliminar en lo posible la cuestión acerca de si 'la propiedad había pasado' desde la adjudicación en los casos de venta. *The Law of Sales in the Proposed Uniform Commercial Code* (1950), 63, Harv. L. Rev. 561, pp. 566 a 569. El propósito y el efecto del artículo 2 son explicados por Latty, *Sales and Title and the Proposed Code* (1951), 16 *Law and Contemporary Problems* 3. Llewellyn, *op. cit., supra*, nota 2, véase también *infra*, nota 47, señala los defectos del análisis de Cook de los diferentes sentidos de 'procedimiento'.

⁴³ En *Regina v. Dee*, *supra*, nota 17 y *Regina v. Clarence*, *supra*, nota 30. En este último caso el acusado, sabiendo que padecía blenorragia, tuvo relaciones sexuales con su esposa (quien no tenía conocimiento de su enfermedad) y la contagió. Fue acusado por 'asalto' contra ella "causando un daño corporal real", y por infringirle de manera ilícita y maliciosa un daño corporal real", en los términos de las secciones 47 y 20, respectivamente, de 24 and 25 Vict. c. 100. Su condena con base en ambos cargos fue anulada por el *Court for Crown Cases Reserved* (nueve jueces contra cuatro). Uno de los argumentos principales que adoptó la mayoría fue que el comportamiento de la esposa equivalía al 'consentimiento' y que por lo tanto,

En su clásico artículo, *Consent in Criminal Law*,⁴⁴ publicado en 1895, Beale supone, sin siquiera argumentar sobre el punto, que para todo el derecho penal debe existir una prueba única y uniforme para determinar 'la existencia del consentimiento'. La primera parte del artículo está dedicada exclusivamente a la consideración del problema aislado y abstracto de "¿qué es el consentimiento?" En las primeras tres páginas de esta parte, Beale trata de varios casos de robo y de dos casos que involucren diferentes tipos de 'asalto', sin siquiera mencionar la naturaleza del delito imputado o las consecuencias jurídicas que hubieran resultado de la aparición del consentimiento. Otros escritores contemporáneos que analizaron 'la naturaleza del consentimiento' se basaron en la misma suposición de una categoría esencialmente uniforme aplicable no sólo a diferentes delitos sino también para resolver diferentes problemas en el área de los contratos y de la responsabilidad proveniente de ilícitos civiles (*Torts*).⁴⁵

Escritores o jueces que se basan en la suposición de una categoría uniforme del consentimiento, inevitablemente se enfrentarán a la dificultad de conciliar los casos de robo, violación y asalto. Pero si no quieren abandonar la idea de la existencia de una categoría uniforme (o que debería existir), disponen de diferentes medios para preservar, por lo menos en parte, la ilusión de una categoría uniforme. Uno de ellos consiste en formular una definición de esta supuesta categoría uniforme que contenga uno o más términos flexibles, de una suficiente vaguedad que al ser aplicados a cualquier conjunto de hechos específicos parezcan congruentes respecto de cualquier resultado deseado. De modo que, en relación con el robo, la violación y el 'asalto', podríamos definir 'la ausencia del consentimiento' como error o malentendido por parte del demandante respecto a un elemento esencial de la 'transacción'.⁴⁶ El caso *Rex v. Pear* y otros análogos pueden explicarse diciendo que la víctima estaba en un error respecto a las intenciones del acusado, elemento este esencial para la entrega. En los casos en que el suplantador del marido no es considerado culpable de violación, puede decirse que la esposa somnolienta sabía que alguien tuvo relaciones sexuales con ella, pero que su error lo fue en cuanto a la persona, lo cual no era un elemento esencial de la 'transacción'.

Sin embargo, el procedimiento de las definiciones flexibles⁴⁷ no es-

debía haber una defensa a estos cargos porque, si el comportamiento de la esposa no fuera equivalente a 'consentimiento', el acusado sería culpable de 'violación', lo que constituiría una *reductio ad absurdum*. Véase 22 Q. B. D., pp. 28, 33, 34, 43; Puttkammer, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 619.

⁴⁴(1895), 8 Harv. L. Rev. 317.

⁴⁵Véase *Consent in the Criminal Law* (1895), 29 Irish L. T., 427; Chand. *The Law of Consent* (1897).

⁴⁶Véase el artículo 29 Irish L. T. 427, p. 428.

⁴⁷Es materia de compra-venta, un número de consecuencias jurídicas muy distintas (por ejemplo, la responsabilidad del comprador a pagar el precio a pesar de que los bienes hayan sido destruidos; los derechos de los sub-compradores o acreedo-

conderá la inconsecuencia que surge cuando el mismo grupo de hechos se considera en un caso como parte de la categoría supuestamente uniforme para lograr un resultado jurídico específico y en otro caso no se considera parte de la categoría para lograr otro resultado jurídico. Por lo tanto, Beale y los jueces tuvieron muchas dificultades para conciliar los casos en que el suplantador del marido no es considerado culpable de violación con aquellos en que se le considera culpable de "asalto". En vista de este dilema, el teórico que apoya el principio de la categoría uniforme tiene dos alternativas. Puede tachar a un caso (o a un conjunto de casos) de haber sido resueltos equivocadamente. Los jueces irlandeses siguieron esta línea en el caso de *Regina v. Dee*,⁴⁸ cuando se negaron a observar las decisiones de los casos ingleses en los que se resolvió que el suplantador del marido no podía ser condenado por violación. La segunda alternativa, menos drástica, es la de insistir que los dos casos (o series de casos) aparentemente incongruentes pueden agruparse bajo la misma categoría, pero para explicar que la decisión en un caso se apoya en un motivo especial e independiente, Beale adoptó este camino.⁴⁹ Contrario a los jueces irlandeses, aprobó las opiniones de que la esposa consintió a las relaciones sexuales con el suplantador del marido y, por tanto, éste no era culpable de la violación. Explicó la

res del vendedor) supuestamente dependen de un número de reglas para determinar la 'transferencia de la propiedad'. El análisis tradicional supone que estas reglas actúan para obtener un resultado uniforme sin tomar en cuenta las consecuencias jurídicas involucradas. En un momento dado en cualquier operación de venta, se supone que la propiedad se transfiere (según las reglas) y todas las consecuencias jurídicas se deducen inmediatamente de esto. Esta ilusión de una operación uniforme ha sido posible, porque uno de los hechos de que depende la transferencia de la propiedad es la *intención* de las partes. Cuando un caso que entraña una consecuencia jurídica produjera un resultado indeseable si lo siguiera otro caso que involucrara una consecuencia jurídica distinta, el tribunal puede distinguir el primer caso basándose en la razón evasiva de que las intenciones de las partes fueron distintas en ambos. Véase, por ejemplo, *Young v. Matthews* (1866), L. R. 2 C. P. 127; *Mirabita v. Imperial Ottoman Bank* (1878), L. R. 3 Ex. D. 164, 47 L. J. Ex. 418. No obstante la torpeza de tratar de acoplar distintas cuestiones jurídicas a un solo conjunto de reglas, no se percibió la naturaleza ilusoria del análisis tradicional ni por los expertos en la materia, antes de que Llewellyn, *op. cit.*, *supra*, nota 2, la reveló como una 'aglomeración de conceptos'. En el derecho sobre bienes muebles adheridos a un inmueble la situación es parecida; se ha conservado la extraña noción de que las diferentes consecuencias jurídicas dependen de la aplicación uniforme de tres reglas para determinar en todos los casos si un mueble se ha convertido en parte del inmueble, debido al uso juicioso del elemento intención en las reglas. Véase Horowitz, *op. cit.*, *supra*, nota 2, p. 28 y pp. 34 a 40. En su capítulo sobre *Domicile*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, W. W. Cook, demuestra que la relación *de facto* entre una persona y un lugar que se considera bajo la categoría de domicilio para un propósito jurídico, no se clasificará de esa manera para otro propósito jurídico distinto. La definición tradicional de domicilio que supuestamente puede aplicarse sin tomar en cuenta las consecuencias jurídicas, depende mucho del elemento flexible de 'intención'.

⁴⁸ *Supra*, nota 17.

⁴⁹ *Op. cit.*, *supra*, nota 44, p. 326.

condena por 'asalto' en tales casos por el hecho de que la conducta del acusado era contraria al orden público, a pesar de que la mujer hubiera dado su consentimiento a la relación sexual. La teoría de una categoría uniforme del consentimiento en el derecho penal era aparentemente preservada y conciliada con los resultados a que los tribunales habían llegado.

Este método de introducir una regla o política independiente puede emplearse a menudo para evitar la apariencia de un cambio en el ámbito de una categoría bien establecida, cuando se presenta en un contexto nuevo y diferente.⁵⁰ El lector puede realmente preguntarse si el análisis de Beale es menos satisfactorio del que se sostiene en el presente artículo. ¿Por qué es preferible decir que el tipo específico de consentimiento que se encuentra en los casos de suplantación del marido es suficiente para excluir la violación pero insuficiente para excluir el 'asalto'? ¿No es igualmente satisfactorio el análisis de Beale? Él diría que existe el consentimiento en relación a ambos, violación y 'asalto', pero que el suplantador debería ser castigado por el asalto, porque ofende al orden público. No cabe duda que la explicación de Beale sería satisfactoria para un gran número de personas, pero considerada a fondo surgen *tres* dificultades. Primero, si la mujer no hubiera sido engañada de ninguna manera, su 'consentimiento' sería excluyente bastante contra el cargo de 'asalto'; por lo tanto, debe distinguirse además entre el tipo de consentimiento que evitaría una condena por 'asalto' y este tipo específico de consentimiento (obtenido mediante suplantación fraudulenta) lo que no impediría una condena, porque la protección del orden público reclama que el suplantador sea castigado. El análisis de Beale no logra preservar completamente la teoría de una categoría uniforme. Segundo, el punto esencial del problema del 'asalto' es que el supuesto 'consentimiento' de la mujer es de una naturaleza tan tenue, que sentimos que el acusado debe ser castigado. El análisis de Beale pasa esto por alto y deja la impresión de que este tipo de consentimiento es el

⁵⁰ En el derecho relativo a los inmuebles por su destino se ha reconocido desde hace mucho tiempo que el arrendador por largo tiempo puede, durante el término del arrendamiento, quitar objetos fijados por él al terreno o al edificio, de tal manera que si él fuera el propietario del terreno y hubiera efectuado una transferencia del mismo, el adquirente hubiera adquirido la propiedad de ellos. Esta situación es descrita en ocasiones diciendo que el título respecto a los objetos en cuestión sigue siendo propiedad mobiliaria y que no se convierte en parte del terreno. Esta formulación implica necesariamente la proposición de que el mismo objeto fijado al terreno podría ser parte del terreno en un contexto jurídico y no parte del terreno en otro. Como esto resulta ilógico para algunos, se ha elaborado otra formulación; el objeto se considera parte del terreno para *todos los propósitos* —pero el arrendador tiene el privilegio de quitarlos.. (Para mayor discusión y referencia véase el interesante caso *Trabue-Pittman Corp. v. Los Angeles* (1946), 29 Cal. 2d 385, 175 Pac. 2d 512.) Como ejemplo del ingenio necesario para evitar contrariar una predilección jurídica tenaz debida a la 'aglomeración de conceptos' acerca de la propiedad comunal, véase la historia del *California's Probate Code* 201.5 como se señala en Note (1947), 35 Cal. L. Ref. 121.

que se usa en el derecho penal. Tercero, para determinar el ámbito de todos los delitos, de mayor o menor gravedad, incluyendo tanto la violación como el 'asalto', la protección del orden público es un factor que influye en cierto grado. El criterio según el cual el suplantador del marido puede ser penalizado por 'asalto' pero no por violación se explica suficientemente en razón de la gravedad del delito de violación y la severidad de su castigo sin referirse a ninguna preocupación especial por la protección del orden público en este campo específico.

A pesar de las críticas, el análisis de Beale sigue siendo una muy valiosa lección en abogacía. Pues aunque algunos jueces están conscientes de la falacia que involucra el trasplante de una categoría legal, otros no lo están y algunos de estos últimos pueden estar absolutamente en contra de aceptar la idea de que el significado de un término jurídico varíe normalmente de acuerdo con los resultados involucrados. Al presentar un caso que contiene este término jurídico a un juez cuya mentalidad reacciona al hechizo de "una palabra - un solo sentido", un argumento basado en las explicaciones de Beale obviamente sería mucho más persuasivo que un intento directo de demostrarle las pretensiones de este artículo. No debemos permitir que nuestro entusiasmo por lograr la claridad del análisis nos seduzca a hacer intentos arriesgados de reconstruir el mecanismo intelectual de un juez.

En algunos casos, claro está, no es posible proponer una teoría o política plausibles para evitar las consecuencias de una categoría trasplantada. Por lo tanto, en el caso *Oppenheimer v Frazer*, si concediéramos que la definición de consentimiento en relación con el robo había sido incorporado a la ley, sería inevitable la conclusión de que no podía ser aplicada para transmitir el título al comprador de buena fe. Bajo estas condiciones no existe otra alternativa que la de enfrentarnos con la falacia y tratar de exponerla.

Uno de los problemas que surge del estudio de este tipo (o cualquier otro) de falacia verbal es la dificultad de determinar las repercusiones —en su caso— sobre la mente de un juez específico en un caso determinado. En el caso *Oppenheimer v. Frazer and Wyatt* el argumento de que la definición del consentimiento con relación al robo deba ser trasplantada al *Factors Act*, fue esgrimido ante el juez *Channel* durante la audiencia, pero él lo desechó con fundamento en los casos anteriores.⁵¹ Pero los tres jueces del Tribunal de Apelación anulaban su decisión, ignoraron los casos anteriores y adoptaron la falacia bajo los mismos términos en que él la había rechazado. Quince años más tarde, en el caso *Folkes v. King*⁵² dos de los tres jueces del Tribunal de Apelación criticaron el razonamiento de sus predecesores en el caso *Oppenheimer* y sostuvieron que la definición del consentimiento respecto del robo era irrelevante para la interpretación del *Factors Act*. Sin embargo, sólo

⁵¹ Véase (1907) 1 K. B. 519.

⁵² *Folkes v. King* (1923), 1 K. B. 282, 92 L. J. K. B. 125.

cuatro años después de *Folkes v. King*, esta decisión fue a su vez criticada por *Atkin, L.J.*, pero aprobada por *Warrington, L.J.*, en el caso *Lake v. Simmons*.⁵³

Folkes v. King, que en mucho recordó al caso *Oppenheimer*, nos da cierta base para sugerir los tipos de casos en que se puede esperar de un cierto tipo de juez que rechace y exponga una falacia verbal. El actor entregó su coche a Hudson, un tramposo que vendía coches a comisión, instruyéndolo que lo vendiera por £575 o más. Hudson vendió el coche por £340 a otro agente, quien fue considerado adquirente de buena fe. Después de dos ventas posteriores, el demandado compró el coche. El juez instructor decidió que Hudson (quien malversó el dinero obtenido) tuvo la intención de robar el coche y que era culpable de robo desde el momento que obtuvo la posesión del coche. Siguiendo el caso *Oppenheimer*, el juez instructor decidió que el demandado no obtuvo el título bajo el *Factors Act* y pronunció la sentencia a favor del actor⁵⁴ misma que el Tribunal de Apelación anuló por los motivos que hemos indicado anteriormente.⁵⁵

⁵³ *Lake v. Simmons*, *supra*, nota 40. En *Pearson v. Rose and Young Ltd.*, (1951) 1 K. B. 275, (1950) 2 All. E. R. 1027, Somervell, L. J. y Denning, L. J., expresaron una preferencia del punto de vista adoptado por los jueces en *Folkes v. King* y no el de los jueces en la causa *Oppenheimer*. Véase (1951) 1 K. B. 275, pp. 296, 305. La teoría de la causa *Oppenheimer* en el sentido de que el robo anula el consentimiento no se ha limitado en su aplicación a s. 2 (1) del *Factors Act*. 1889. Tuvo su origen, como hemos observado, en el fallo de Collins, L. J., en una causa que surgió en los términos de la s. 9 del *Factors Act* 1889 (duplicado desde 1893 por s. 25 (2) del *Sale of Goods Act*) facultando al comprador en posesión de bienes con el consentimiento del propietario, a transferir el título a un comprador de buena fe, y se ha discutido en casos subsiguientes que surgieron en los términos de estas secciones. Véase *supra*, nota 10 y *Whiterhorn v. Davidson* (1911) 1 K. B. 463, 80 L. J. K. B. 425.

También hubo ciertos casos que contenían únicamente principios del *common law* en que un embustero después de haber adquirido la posesión de los bienes, los vendió a un comprador de buena fe, y el tribunal tuvo que resolver si el propietario engañado de los bienes había sido inducido a concluir un contrato de compra-venta o no. Algunos jueces aparentemente pensaron que la mejor forma de resolver la cuestión era primero decidir si el embustero había sido culpable de robo al momento en que adquirió posesión de los bienes. Véase Hamson, *The Effect of a Secret Fraudulent Intent* (1935), 51 L. Q. Rev. 653; *Comment* (1935), 13 Can. Bar Rev. 188.

⁵⁴ Véase (1922) 2 K. B. 348.

⁵⁵ En un sentido estricto, solamente *Bankes, L. J.*, y *Scrutton, L. J.*, consideran que el sentido de 'consentimiento' en el *Factors Act* no era el mismo que en la materia de robo, *Bankes, L. J.*, también basó su opinión en la alternativa de que suponiendo que la definición de consentimiento en el caso del robo fuera aplicable a los casos contemplados por el *Factors Act*, Hudson no era culpable del robo, porque el actor —propietario le había dado un poder limitado de transferir los bienes en el coche, y, por lo tanto, no constituyó la falta de consentimiento. Este razonamiento respecto del cual estuvieron de acuerdo los otros dos jueces parece llevar inhíbita un *non-sequitur*. Para inculpar a Hudson de robo sería necesario establecer: 1. que adquirió el coche sin el consentimiento del propietario; 2. que el propietario no había convenido en que lo pudiera comprar él mismo o en que lo vendiera

Scrutton L.J., un experto de renombre en derecho mercantil, afirmó con su acostumbrado vigor, que “esa ley tenía por objeto proteger al comprador de buena fe que realiza una operación comercial ordinaria con una persona que tiene el carácter de agente comercial. No creo que el Parlamento tuviera la intención de aplicar una distinción artificial del derecho penal a una operación comercial para anular esta operación en caso de robo mediante engaño, pero no en el caso de robo cometido por un depositario (*bailee*) o en el de obtención de la posesión mediante un pretexto falso... La historia de los *Factors Acts* es la de su interpretación restringida por los tribunales a favor del verdadero propietario, seguida por la anulación de las decisiones de los Tribunales mediante legislación. La argumentación del Juez Willes en el caso de *Fuentes v. Montis*, en el sentido de que cuando el propietario ha revocado su consentimiento a la comisión mercantil no se aplican los *Factors Acts*, anteriores, fue anulada por la legislación... y existen numerosos casos que muestran la misma tendencia.”⁵⁶ Estas expresiones del juez Scrutton pueden ser tomadas como una indicación de que el mejor antídoto contra una falacia legal es la apreciación por parte del juez de los supuestos políticos de la regla de derecho aplicable y de la decisión a que dichos supuestos apuntan. Si la falacia obstruye esta política, el juez la eliminará. El juez Scrutton pensaba que los tribunales deberían abandonar la práctica de interpretar los *Factors Acts* de manera restrictiva en los casos de límite y deberían tratar de desarrollar la política que sus redactores presumiblemente tuvieron en cuenta. Este enfoque contrasta claramente con la actitud aislada expresada por el juez Fletcher Moulton en el caso de *Oppenheimer*.⁵⁷

a otra persona. Si el segundo punto no se llegara a establecer, Hudson no sería culpable de robo, pero esto no implicaría que el primer punto no pudiera establecerse. Aun si suponemos que en forma lógica podemos consultar la materia de robo respecto a una definición de ‘consentimiento’ en el sentido del *Factors Act*, el problema ante el tribunal no sería: “¿Era Hudson culpable de robo?”, sino “¿existía *consentimiento* en cuanto a la posesión de Hudson del coche en el sentido en que este término se define en materia de robo?”

⁵⁶ Sec [1923] 1 K. B. 282, p. 305.

⁵⁷ “Confieso que no me siento muy afectado por los argumentos de la defensa basados en la necesidad de dar una interpretación amplia a las disposiciones del *Factors Act*, 1889, porque las operaciones de venta o pignoración de bienes efectuadas por personas que tienen el carácter de agentes mercantiles son de una gran magnitud e importancia. No creo que el Tribunal, al interpretar una ley de este tipo, tenga derecho a inclinarse hacia alguna de estas alternativas. Es función del legislador la de decidir el grado de protección que debe darse en estos casos. Lo que ha sido su decisión a este respecto debe ser entendido por el lenguaje empleado en la ley.” (1907) 2 K. B. 50 p. 69. Fletcher Moulton, L. J., parece decir que al interpretar la ley no deben tomarse en cuenta (1) los hechos de la vida comercial inglesa, para cuya regulación la ley ha sido promulgada, o (2) la política para cuya realización se elaboró la ley (lo que Cook hubiera llamado “la razón de la ley”). De manera que después de haber rechazado estas guías, termina con una definición extremadamente estricta de “consentimiento” extraída de la materia de robo.

Los dictámenes de los jueces en *Folkes v. King*⁵⁸ sugieren un caso hipotético que pondría en acción a la falacia de una manera mucho más sutil y persuasiva de la que hemos comentado. Supongamos que un respetable joyero llamado John Black tuviera su negocio en el número 222 de la calle de Pino. Un tramposo, llamado John Black, tiene una joyería en el número 22 de la calle de Pino. Este último escribe una carta a Gold, un fabricante de joyas, en la que le propone un negocio. Gold, sabedor del prestigio del respetable John Black cree que la carta es de éste, y entabla correspondencia con John Black, el tramposo, y conviene en enviarle algunos anillos de diamantes autorizándolo a venderlos a ciertos precios fijos como agente de Gold a cambio de una comisión. Gold envía los anillos a John Black a la calle de Pino 22. Black vende los anillos a Perch por menos de los precios fijados y desaparece con el dinero. Gold demanda a Perch por la apropiación ilícita de los anillos y Perch, quien compró los anillos de buena fe, argumenta que John Black, el tramposo, era un agente comercial en la posesión de los anillos con el consentimiento de Gold, de acuerdo con el significado de la sección 2 (1) del *Factors Act* de 1889.

Empecemos nuestras consideraciones sobre el caso por una descripción cuidadosa del complicado contenido de la voluntad de Gold al enviar los anillos al John Black de la calle de Pino 22. (1) Gold creía estar tratando con la persona de la calle de Pino 22, que le había enviado las cartas. (2) Gold creía que estaba tratando con John Black el joyero respetable del cual había oído antes. (3) Gold creía que la persona que le había mandado la carta de la calle de Pino 22 y John Black el joyero respetable, eran una y la misma persona. Como lo ha señalado Glanville Williams,⁵⁹ las difusas ideas verbales del lenguaje cotidiano facilitan la creación de afirmaciones ambiguas que cuando se aplican a un conjunto de hechos como éstos, se vuelven, en forma peligrosamente engañosa, verdades a medias. Consideremos por ejemplo el enunciado: "Gold intentaba tratar con John Black, el joyero respetable." A primera vista ésta parece una verídica e inobjetable afirmación de hechos. Pero, considerada aisladamente, no constituye 'toda la verdad' y es, por tanto, algo engañosa. Si, en el caso normal de tratar con una sola persona, uno piensa estar tratando con A, lógicamente se sigue que uno no piensa estar en tratos con B. Pero en el presente caso en que Gold pensaba erróneamente que un solo John Black estaba involucrado, su intención fue también la de tratar con la persona que le había escrito y que tenía su negocio en la calle de Pino 22. El enunciado 'Gold nunca tuvo la intención de tratar con John Black de la calle de Pino 22' es equivocada y errónea. Expresa la verdad limitada que Gold no quería tratar con el Black de la calle de Pino 22, en tanto que se trataba de otra persona distinta de John Black, el joyero respetable. Pero es inco-

⁵⁸ Véase per Bankes, L. J. (1923) 1 K. B. 282, p. 298, per Scrutton, L. J., p. 305.

⁵⁹ Véase Williams *Mistake as to Party in the Law of Contract* (1945), Can. Bar Rev. 271, 380, pp. 290 y 385 a 392.

recta en el sentido que vuelve negativa la afirmación de que Gold tenía la intención de tratar con la persona que le había escrito y tenía su negocio en la calle de Pino 22.

Así llegamos a la cuestión decisiva, es decir, la de si Black, el de la calle de Pino 22, tenía la posesión de los anillos con el consentimiento de Gold en el sentido del *Factors Act*. A favor de Perch podría argumentarse que hubo por lo menos el grado de consentimiento por parte de Gold que quedó manifestado por su intención de enviar los anillos a la persona que tenía su negocio en la calle de Pino 22, quien le había escrito, no obstante que pensara que se trataba del joyero John Black de quien había oído. Además, el uso de la palabra 'consentimiento' es lo suficientemente amplio para apoyar su aplicación a un caso como este.⁶⁰ En cuanto a la finalidad de la ley, su aplicación en este caso sería deseable, dado que Gold hubiera podido evitar el fraude de haber tomado mayores cuidados para la elección de un agente comercial. Por otra parte, podría argumentarse en favor de Gold en el sentido de que cuando en la ley se habla de 'consentimiento del propietario', se hace referencias a una manifestación de la voluntad sin tantas complicaciones como las intrincadas y confusas condiciones para que Gold llegara a ella en el presente caso. Los jueces no deberían emplear la ley a un caso límite como éste sin una específica regulación del Parlamento.

El anterior intento de definir los argumentos de las partes sin recurrir a la falacia puede indicar por qué he sugerido que este caso probablemente traería la falacia a colación. Seguramente que ningún abogado experimentado acudiría ante el tribunal provisto sólo de argumentos como éstos. Son demasiado realistas, ponen de manifiesto la facultad meramente discrecional del juez para decidir si la finalidad del *Factors Act* debe o no comprender este caso imprevisto. La tradición requiere que esta facultad discrecional debe ser mitigada discretamente por principios y precedentes.⁶¹ Los consultores de ambas partes tratarán de

⁶⁰ Claro está que no quiero proponer que el uso común de la palabra 'consentimiento' deba determinar en forma exclusiva el ámbito de la ley. El sentido de las palabras de una ley debería ser determinado por su contexto verbal, por la política a que obedece la ley y por la naturaleza de los problemas *de facto*, para cuya solución se redactó la ley. Por lo tanto, el sentido de las palabras individuales en una ley debe ser a veces más estricto y a veces más amplio de lo que indican las suposiciones vagas del comportamiento lingüístico general. Para una reciente y sucinta discusión de este punto, véase Fuller, *Positivism and Fidelity to Law* (1958), 71 Harv. L. Rev. 630, pp. 661 a 669. El sentido que puede encontrarse en un diccionario establece sólo el punto de partida del cual debemos proceder para verificar su sentido específico en el contexto particular de la ley, su historia, su política, los problemas sociales y los resultados jurídicos implicados, etc. La así llamada doctrina del 'sentido sencillo' que implicaría el uso de una palabra en la ley en el sentido que señala para esta palabra el diccionario, constituye un ejemplo especial y notable de la falacia de una categoría trasplantada.

⁶¹ Como lo ha señalado Julius Stone, es un hecho "bien conocido al defensor, que aun en los casos de primera impresión, es probable que la mayoría de los tribunales funcionen mejor haciendo valer *sub silentio*, criterios tenues, analogías verbales y

desenterrar alguna definición o decisión relativa al 'consentimiento', con independencia de su fuente, que favorezca a su pretensión. En esta búsqueda el destino favorecería a Gold, el actor, porque podría basarse en el caso *Cundy v. Lindsay*.⁶² Este caso, por supuesto, no tuvo relación con el *Factors Act*; de hecho, no se trataba de ningún problema de comisión mercantil. Se trata de un caso en que A.B., un tramposo que ocupaba un cuarto en Wood Street 37 envió cartas suscritas a nombre de "Blenkiron & Co." a Lindsay y Co. (la actora), pidiendo grandes cantidades de bienes a crédito. Lindsay y Co., en la creencia de que las cartas provenían de la respetable compañía "Blenkiron & Co.", ubicada en Wood Street 123, envió los bienes a "Blenkiron & Company", a Wood Street 37. A.B., quien nunca pagó por los bienes, los recibió y los vendió a Cundy (el demandado), el cual los compró de buena fe. Como defensa contra la pretensión del demandante de que la apropiación de los bienes había sido ilícita, el demandado alegó que la actora había concluido un contrato con A.B., el cual a pesar de ser anulable por dolo, le daba el derecho de transmitir los títulos a un comprador de buena fe. La Cámara de los Lores resolvió que bajo estas circunstancias no existía contrato alguno entre la actora y A.B. que le hubiera conferido el título sobre los bienes y, consecuentemente Cundy era responsable de apropiación ilícita. Cuando el asunto *Cundy v. Lindsay* llegó ante los tribunales en 1878, fue considerado como un caso difícil y novedoso, en el cual la cuestión de derecho podía ser decidida en cualquier sentido. En la *Queen's Bench Division*, el juez Blackburn (destacada autoridad en materia de derecho mercantil) y los jueces Mellor y Lush, se pronunciaron en forma unánime por el demandado. El juez Blackburn argumentó que no obstante que la actora había creído estar en tratos con la respetable compañía de "Blenkiron & Co.", su intención de tratar con la persona que tenía su negocio Wood Street 37 provenía una base suficiente para resolver que se había concluido un contrato (anulable por dolo) con él, si bien esta sentencia fue revocada por el Tribunal de Apelación y la Cámara de los Lores, las opiniones de los jueces de estos tribunales indican claramente que ninguno de ellos entendió realmente la esencia del análisis del juez Blackburn, es decir, que Lindsay & Co. (sea lo que fuere que hubieran pensado) sabía que estaba tratando con una persona que le enviaba cartas de Wood Street 37.⁶³

deducciones silogísticas que con un argumento claro que se base en los hechos sociales que deben ser regulados y en las políticas que se deben emplear para ellos." *The Province and Function of Law* (1946), p. 169.

⁶² (1878), 3 App. Cas 459, 47 L. J. Q. B. 481 confirmando (1877), L. R. 2 Q. B. D. 96, 46 L. J. B. 233, que anuló (1866), L. R. 1 Q. B. D. 348, 45, L. J., Q. B. D. 381.

⁶³ Véase L. R. 1, Q. B. D. 348. El análisis de los casos de suplantación del marido sugerido por Blackburn J., y que Glanville Williams, *op. cit.*, *supra*, nota 59, recientemente ha expuesto con mayor claridad, reduciendo a una trivialidad la supuesta distinción entre *Cundy v. Lindsay* y *Phillips v. Brooks* (1919) 2 K. B. 243,

Como lo muestran sus opiniones, todos se basaron en la suposición errónea de que porque Lindsay & Co., creía que trataba con la conocida y respetable compañía Blenkiron & Co., no pudo haber tenido la intención de tratar con el hombre que les enviaba las cartas. "De él", dijo Lord Cairns, "no sabían nada, y nunca pensamos en él. Con él, nunca tuvimos intención de tratar."⁶⁴ El juez Mellish, terriblemente embrollado por esta suposición, llegó incluso a argumentar que si el juez Blackburn estuviera en lo cierto, el tramposo A.B. no hubiera debido ser condenado por obtener los bienes bajo un pretexto falso.⁶⁵ No puede evitarse la idea de que si el juez Blackburn (que había sido nominado a la Cámara de los Lores antes que el caso se sometiera a ese tribunal) hubiera participado en la resolución de la causa en la Cámara de los Lores, esta hubiera sido decidida en otra forma. No obstante que la resolución de la Cámara de los Lores deja definitivamente resuelta la cuestión de derecho para el derecho inglés, *Cundy v. Lindsay* se conserva en los libros como un caso ultramarginal, fijando los límites de la regla de que una persona que obtiene la posesión de bienes por contrato de venta mediante dolo, tiene la facultad de transmitir el bien a un comprador de buena fe.

Regresemos a nuestro caso hipotético de *Gold v. Perch*. Obviamente recuerda al caso *Cundy v. Lindsay*, ya que en ambos casos un propietario entrega los bienes a un intermediario doloso que los 'vende' a un comprador de buena fe. Sin embargo, la relación jurídica es diferente en ambos. *Cundy v. Lindsay* entraña una venta de bienes supeditada a los principios del common law; mientras que *Gold v. Perch* implica una relación mercantil que suscita una cuestión regulada por la sección 2 (1) del *Factors Act*; ¿obtuvo Black la posesión de las joyas con el 'con-

en que se decidió (por un sólo juez) que un estafador que entre a una joyería e induzca al joyero a 'venderle' un anillo de diamante mediante el pretexto de ser una persona bien conocida obtiene a través de este acto la convalidación a transmitir el título al anillo a un comprador de buena fe. En *Cundy v. Lindsay* se distinguió por el motivo de que en *Phillips v. Brooks* el joyero tenía la intención de vender el anillo a la persona que veía y oía en la tienda. Con la misma precisión podría decirse, sin embargo, que en *Cundy v. Lindsay*, Lindsay y Co. tenían la intención de vender los bienes a la persona que realmente les había enviado la carta de Wood Street 37, o que había hecho que le fueran enviadas.

⁶⁴ Véase (1878), 3 App. Cas 459, p. 465. El hecho de que los jueces de la Cámara de los Lores pasaron por alto la dualidad de las intenciones de Lindsay es corroborado además por su omisión de distinguir el caso sometido a ellos de otros casos anteriores en los que el propietario de los bienes los había entregado a A bajo el entendimiento de que A quedaba autorizado, como agente de B, a negociar un contrato de venta entre B y el propietario de los bienes, pero en que A realmente no tenía esta facultad. En los casos anteriores se sostuvo que A no tenía derecho a transmitir los bienes a un comprador de buena fe. Pero en aquellos casos, a diferencia del de *Cundy v. Lindsay*, el propietario de los bienes no había tenido intención alguna de entrar en tratos con A como mandante. No hubiera podido decirse que tenía la intención de vender sus bienes a la persona con la que estaba hablando o a la que estaba escuchando (pp. 468, 471).

⁶⁵ Véase L. R. 2 Q. B. D. 96, p. 100.

sentimiento' de Gold? No obstante, la política consagrada en la regla del common law es de alguna manera similar a la del *Factors Act*, al proteger al comprador de buena fe más que al confiado propietario de los bienes. ¿Cuál entonces es la relevancia de *Cundy v. Lindsay* en la interpretación del *Factors Act* en *Gold v. Perch*? Aquí no se trata de una cuestión que pueda ser contestada en forma breve y dogmática, pero quizás podríamos convenir en algunas proposiciones que nos conduzcan a su solución.

En primer lugar, tenemos que evitar la falacia de la categoría trasplantada en su forma más cruda. En *Cundy v. Lindsay* se resolvió que con base en los hechos existentes no se produjo un 'consentimiento' suficiente para establecer una relación contractual que hubiera facultado a A.B., a transferir el título de los bienes a un comprador de buena fe. No debemos argumentar que en ese caso se decidió que con base en estos hechos no hubo 'consentimiento en derecho', y por ello que hubo 'falta de consentimiento' en el sentido de los *Factors Acts*. En segundo lugar, se debe reconocer que independientemente de la relevancia que *Cundy v. Lindsay* puede tener, que existen otras consideraciones más importantes que tienen prioridad. Al determinar la naturaleza del consentimiento requerido por esa ley, el tribunal debería atender en primer término el contexto legal, el tipo de problema previsto en esta ley, a la historia de los *Factors Acts* y al perjuicio para cuya subsanación fueron diseñados. Tercero, aun cuando *Cundy v. Lindsay* es un caso relevante en el sentido de que muestra lo que los tribunales resolvieron acerca de problemas análogos que implican criterios parecidos es, sin embargo, una decisión acerca de un conjunto de hechos marginales que originalmente dieron base a fuertes argumentos de ambas partes. Su autoridad como decisión sobre una cuestión de derecho involucrada no debería excluir de antemano un cuidadoso estudio de la prioridad de una decisión análoga en *Gold v. Perch* en vista de la historia y de la política de los *Factors Acts*. La interpretación de una ley y su aplicación a una situación límite no deberían ser determinados tajantemente de antemano por un caso de *common law* decidiendo un problema diferente (aunque análogo). Pero como no es posible decir que *Cundy v. Lindsay* sea un caso completamente irrelevante, y como los jueces tratan de basar sus decisiones en precedentes, existe la probabilidad de que en un caso como *Gold v. Perch* los jueces cometieran la falacia y trataran *Cundy v. Lindsay* como un criterio para la regulación de este tipo de casos.

Mientras que *Folkes v. King* sugiere un tipo de caso en que la falacia probablemente se refutara, *Lake v. Simmons*⁶⁶ es un ejemplo de la tendencia opuesta. Rara vez la falacia ha florecido tanto como en este extraño caso. Surgió de la interpretación de una póliza de seguros por

⁶⁶ (1927) A. C. 438, 96 L. J. K. B. 611, anulando (1926) 2 K. B. 51, 95, L. J. K. B. 586, que anuló (1926) 1 K. B. 366, L. J. B. 586.

la cual se aseguró a un joyero contra la pérdida de su activo circulante por incendio, robo o accidente, fuera que los bienes estuvieran bajo su custodia o en la de cualquiera otra persona a la que los hubiera confiado. De esta amplia cobertura, el seguro excluyó la "pérdida por robo o abuso de confianza cometidos por... cualquier cliente o corredor o cliente de un corredor en cuanto a los bienes confiados a ellos por parte del asegurado... excepción hecha de la pérdida de los bienes ocurrida cuando éstos hubieran sido entregados en depósito". Esme Ellison, una ladrona con mucha experiencia que se hizo pasar por la esposa de un tal Van der Borgh, una vez obtenida la confianza del joyero mediante varias compras, lo indujo a dejarla llevar dos collares de perlas para mostrárselos a su supuesto esposo y a un ficticio Comandante Digby. El joyero asentó en sus libros la entrega 'a vistas' de los collares al Sr. Van der Borgh y al Comandante Digby. Ellison dispuso de los collares y nunca se recuperaron. La aseguradora se opuso a la acción judicial del joyero en contra suya por el valor de los collares sobre la base de que esta pérdida estaba excluida de la cobertura de la póliza. Revocando la sentencia del Tribunal de Apelación la Cámara de los Lores resolvió por unanimidad que la excepción no era aplicable en este caso.

La mayor parte de las discusiones en ambos tribunales se concentraron en la cuestión relativa a si el collar había sido confiado a Esme Ellison dentro del sentido de la excepción.⁶⁷ Con toda seguridad que no significaría forzar demasiado el uso del lenguaje cotidiano al decir que el joyero había 'confiado' los collares a ella no obstante que ella había pretendido ser la esposa de Van der Borgh. Y si consideramos el contexto encontramos que contempla un acto en el que se confía a un cliente que comete "robo o abuso de confianza". Se puede esperar que un cliente de este tipo diga mentiras para obtener el control sobre las joyas. Este contexto parece considerablemente inconsistente respecto de un sentido estricto de 'confianza' que lo limitaría a un caso en que el joyero no fuera engañado. Sin embargo, cuando leemos las opiniones de los jueces nos vemos confrontados por una variedad de argumentos a favor de tal sentido estricto de la palabra. Lord Haldane buscó una guía en *Cundy v. Lindsay*, al que consideraba como criterio de decisión en el sentido de que en el presente caso no existía un contrato de depósito entre Ellison y el joyero, porque éste estaba viciado por error *in persona*. La palabra "confiara" supone un contrato de depósito y de esta manera se completa la cadena de razonamientos iniciada en *Cundy v.*

⁶⁷ Lord Blanesburgh sostuvo en una opinión considerablemente breve que Ellison no era 'cliente' respecto a los collares que le habían sido entregados para mostrárselos a su supuesto marido y al ficticio Comandante Digby como supuestos compradores y por lo tanto, no era 'cliente' en el sentido de la excepción. Los restantes jueces de la Cámara de los Lores coincidieron en forma breve en este razonamiento pero dedicaron la mayor parte de sus opiniones al problema del sentido de las palabras 'confiar a'.

Lindsay para concluir que los collares no fueron confiados a Ellison dentro del significado de la excepción.⁶⁸

Los otros jueces de la Cámara de los Lores y el juez Atkin en el Tribunal de Apelación, recurrieron a una cadena de razonamientos más concisos y menos sutiles. Comenzaron por una proposición, aceptada por todos los jueces, de que Esme Ellison al recibir los collares cometió el delito de robo. A partir de este fundamento, la falacia se desencañó en su forma más persuasiva. En las palabras del juez Atkin "el hecho de que simultáneamente tomara los bienes sin el consentimiento del propietario y de que el verdadero propietario le confiara los bienes, es a mi modo de ver un absurdo lógico que no me parece necesario recoger en nuestro derecho".⁶⁹ Lord Sumner afirmó el argumento en forma tan vigorosa que produjo una ficción jurídica: "Cuando Ellison tomó los collares de la mano del señor Lake los tomó como ladrona y sin más consentimiento de su parte que si le hubiera robado la cartera".⁷⁰ Si el caso fuera el mismo que el del robo de una cartera, sería difícil llegar a la conclusión que se le hubiera 'confiado'.

¿Cómo podemos explicar la extraordinaria proliferación de la falacia en este caso? En *Folkes v. King*, el tribunal rechazó la falacia porque hubiera limitado de manera absurda la aplicación de una ley, lo que es considerablemente inconsecuente respecto a la política legislativa. Pero

⁶⁸ Incluso si conviniéramos con Lord Haldane en que 'confiar' significa un contrato 'definido' (véase [1927] A. C. 487, p. 499) y que *Cundy v. Lindsay* es relevante para demostrar cuándo un error de identidad impide la celebración de un contrato válido (anulable), subsiste una importante diferencia entre aquellos hechos y los de *Lake v. Simmons*. En *Cundy v. Lindsay* existía realmente una compañía respetable de Blenkiron & Co. y el propietario engañado de los bienes tenía conocimiento independiente de aquella compañía. Los informes en el caso *Lake v. Simmons* no demuestran que el señor Van der Borgh tuviera realmente esposa o que el joyero la hubiera visto o hubiera oído hablar de ella. *Lake v. Simmons* (de acuerdo con los informes sobre los hechos) se asemeja más a los múltiples casos de compañías defraudadas en que se ha sostenido la validez de un contrato a pesar del fraude en relación a la identidad. Véase Williams, *op. cit.*, *supra*, nota 59, p. 288.

⁶⁹ Véase (1926) 2 K. B. 51, p. 70. Lord Atkinson expresó la misma idea en otras palabras: "El confiar bienes a un cliente, lo que es mencionado en la excepción, no puede referirse a la entrega de buena fe de los bienes a un cliente, el cual planeaba robarlos, y por esa misma entrega facilitar al cliente la realización de sus intenciones dolosas. El verdadero carácter de la operación era robo de los bienes del apelante mediante fraude." (las cursivas son mías) (1927) A. C. 487, p. 512. Véase también las observaciones de Lord Sumner en p. 508. "Si hubiera existido un engaño que hubiera impedido el surgimiento de su verdadero consentimiento, no hubiera podido existir el acto de confiar. . . Los términos se excluyen mutuamente."

⁷⁰ Véase (1927) A. C. 487, p. 504. Puesto que la póliza aseguró al joyero contra la pérdida por "robo o dolo por parte de un cliente", el juez que resolvió la causa había formulado la decisión sobre una cuestión de hecho en el sentido de que Ellison era culpable de robo por engaño al momento de obtener posesión de los collares. En la Cámara de los Lores, Lord Sumner señaló que esta decisión era equivalente a una 'conclusión de que su actitud (del joyero) era una apariencia de consentimiento provocada por el engaño y no un consentimiento verdadero inducido por un fraude.' Véase (1927) A. C. 487, p. 502. Para esta extraordinaria proposición a la

Lake v. Simmons es un tipo de caso totalmente diferente. El tribunal no es llamado a determinar el propósito y el alcance de una ley o de un principio del *common law*. La principal función del tribunal estriba en aplicar los términos de un acuerdo privado a un conjunto determinado de hechos. En resumen, es un caso que involucra el problema de construcción y, considerándolo en este sentido, uno tiende a apoyar el comentario de Glanville Williams de que "la decisión se presta a la crítica por lo que hace a la cuestión de la construcción ya que... la cláusula de excepción, en la interpretación que haría de ella el hombre de la calle, cubre la situación surgida".⁷¹ El 'hombre de la calle' sin duda alguna hubiera llegado a su interpretación sin la ayuda del caso de *Cundy v. Lindsay* o de las distinciones del derecho relativo al robo. Pero dada la importancia atribuida a estas categorías trasplantadas las opiniones son en el sentido de que el juez confronta una dificultad psicológica en casos como éste; y no es un 'hombre de la calle'. Cuando delibera sobre los hechos del caso en relación con las palabras en que se expresa la finalidad, diferentes ideas surgen en su mente que le han sido impuestas durante el largo periodo de capacitación y experiencia, como estudiante, practicante de la profesión y juez. Los hechos sugieren robo y maquinaciones fraudulentas, una mayor reflexión revela que el robo es la categoría correcta; el robo sugiere la ausencia de consentimiento; la falta de consentimiento sugiere serias dudas respecto a las palabras 'confiara'. O, siguiendo otra línea de pensamiento, 'confiar a' sugiere un depósito; un depósito sugiere un contrato y un contrato da pie para que uno se percate del error en la persona, como lo ilustra el famoso y antiguo caso de *Cundy v. Lindsay*.

El juez puede darse cuenta durante su razonamiento de que el común de las gentes o las partes del contrato jamás pensarían en estas

cual recurrió varias veces en el curso de su opinión, ningún precedente fue citado, ni pudo haberlo sido. Naturalmente, como lo ha señalado el propio Lord Sumner en su argumentación del caso *Oppenheimer* (véase los argumentos de J. A. Hamilton K. C. (1907), 2 K. B. 50, p. 55), la configuración del robo mediante engaño significa únicamente que el depositario tenía la intención de robar los bienes en el momento de adquirir la posesión de ellos. No dice nada acerca del *animus* de la víctima, salvo que no tenía la intención de transmitir al depositario el título o la legitimación para vender.

⁷¹ Véase Williams, *op. cit.*, *supra*, nota 59, p. 288. En *Abrams v. Great American Insurance, Co.* (1935), 269 N. Y. 90, 199 N. E. 5, una causa cuyos hechos eran idénticos respecto de los de *Lake v. Simmons*, incluso en la formulación de la política, el Tribunal de Apelación de Nueva York sostuvo que las joyas habían sido 'confiadas' a la ladrona, porque dicha palabra que expresa el sentido del precepto debía ser interpretada en el sentido "que el razonamiento común y el lenguaje vulgar usarían para describirlo." El tribunal expresó su acuerdo con la decisión del Tribunal de Apelación de *Lake v. Simmons*, más que con la de la Cámara de los Lores. La sección de Apelación, cuya decisión fue anulada, había resuelto a favor del joyero actor, sin presentar opiniones por escrito, salvo la disidente de Untermyer, J., que indica que la mayoría se basó en el mismo razonamiento que la Cámara de los Lores en *Lake v. Simmons*.

concepciones jurídicas técnicas.⁷² Su noción del sentido de 'confiara' sería mucho más vaga e imprecisa; quizá demasiado vaga para llegar a una solución definitiva del problema. Por otra parte, las distinciones que ha estudiado y usado el juez son precisas y agudas; si son adoptadas, el caso es resuelto.⁷³ También le permitirán formular una opinión que comprenderán los demás jueces y abogados, habituados a las mismas distinciones. Al final de cuentas, el juez se inclinará a refugiarse en las paradojas verbales que constituyen la falacia en su forma más fatal.

Si el trasfondo conceptual y el entrenamiento de los jueces influyó a tal grado en el caso de *Lake v. Simmons*, cómo nos explicamos entonces que los dos jueces del Tribunal de Apelación adoptaran un punto de vista tan diferente y resolvieran que la cláusula de excepción de excepción incluía el robo de Ellison. Su enfoque del problema es también susceptible de una explicación psicológica. Ante el Tribunal de Apelación, el abogado del joyero alegó que "las palabras 'confiar a' que habían aparecido en los *Factors Acts* antes de 1889, constituyen un término técnico bien conocido", al que no se debía atribuir el mismo significado que había tenido en estas leyes. Este argumento, que ciertamente es algo rebuscado, no convenció a ninguno de los jueces pero

⁷² Es posible que los jueces de la Cámara de los Lores pensaran que aun cuando su razonamiento en cuanto a una interpretación estricta de la palabra 'confiar' no fuera totalmente convincente, eran suficientes para poner en duda el sentido de la cláusula de excepción y, de esta manera, también suficiente para traer a cuento el bien conocido principio del derecho de seguros (a que se refiere el argumento) que una excepción ambigua debe ser interpretada en contra de la aseguradora. Véase (1927) A. C. 487, p. 488 argumento a favor del apelante (actor).

A este respecto es especialmente interesante la opinión de Lord Sumner, ya que fue él quien, actuando como asesor del comprador de buena fe en el caso *Oppenheimer*, había argumentado atinadamente que la cuestión de si el agente comercial había cometido robo, no debería tener repercusiones sobre el sentido de 'consentimiento' en el *Factors Act* y estigmatizado toda la doctrina de robo mediante engaño como 'una ficción jurídica', Véase (1907) 2 K. B. 50, p. 55. Es difícil creer que el mismo hombre que argumentó de esta manera (y que posteriormente adoptaran Scrutton y Bankes, L. J., en *Folkes v. King*) pudiera haber sido convencido tan fácilmente de que la definición del consentimiento en materia de robo fuera una guía relevante y útil para interpretar la política de seguros en *Lake v. Simmons*. Tampoco se eliminan nuestras dudas por su observación bastante trivial de que "después de todo, el derecho penal es también derecho, al igual que sus reglas y definiciones." (1927) A. C. 487, p. 509. Sin embargo, Lord Sumner también se refirió a la regla de que una excepción ambigua debe interpretarse en contra de la aseguradora. *Ibid.*, p. 508.

⁷³ Una cierta analogía respecto al caso *Lake v. Simmons*, se encuentra en casos algo más sencillos, en que se intenta (a veces con éxito) trasponer el significado técnico-jurídico de una palabra, como 'esposa' o 'niños' en un testamento, no obstante que las circunstancias accesorias indican que el testador pensaba en otro sentido. No obstante que es regla establecida considerar estas circunstancias accesorias algunos jueces indican una marcada preferencia por el sentido en que un abogado normalmente pensará al usar la palabra. Véase, por ejemplo, *In re Fish* (1894) 2 Ch. 83 ('mi sobrina Eliza Waterhouse'); *Marks v. Marks* (1908), 40 S. C. R. 210 ('mi esposa') per MacLennan, J. (coto disidente); *In re Soper's Estate* (1935), 196 Minn. 60, 264 N. W. 427 ('mi esposa') per Olsen, J. (voto disidente).

condujo a una discusión de *Folkes v. King* y de la crítica hecha allí por los jueces a la motivación en el caso *Oppenheimer*. El juez Bankes, quien había sido miembro del tribunal en el caso *Folkes v. King*, reconoció que el mismo tipo argumento que el juez Scrutton y él habían rechazado entonces, se le presentaba en el caso *Lake v. Simmons*. Lo rechazó de nuevo haciendo la remisión a *Folkes v. King* y expresó, "No creo que las partes de este contrato hayan tenido la intención de emplear las distinciones artificiales del derecho penal en una operación comercial".⁷⁴ El juez Warrington, presentó una opinión menos enfática siguiendo la misma línea de razonamiento y considerando las distinciones del derecho sobre robo como irrelevantes.

En 1942 se ventiló un caso ante la Suprema Corte del Canadá⁷⁵ en que se citaron los casos de *Lake v. Simmons*, *Cundy v. Lindsay* y *Folkes v. King* como fuentes de criterio relevantes y útiles. Pero las consecuencias jurídicas del caso en cuestión eran completamente diferentes de las involucradas en cualquiera de los casos que se mencionaron. Se trataba de la responsabilidad objetiva del propietario de un automóvil por la negligencia con que había sido conducido por otra persona. La falacia de la categoría trasplantada ha contribuido (como hemos visto) con una pesadilla adicional a la tarea de la redacción de las leyes; la ley aplicada en este caso contenía la desafortunada palabra 'consentimiento'.⁷⁶ Una persona llamada Walker, había persuadido al gerente de Vancouver Motors U-Drive, Ltd. (demandada), a rentarle un coche presentándole la licencia de conducir de un tal J. G. Hindle y firmando el contrato de arrendamiento con el nombre de Hindle. El gerente comparó esta firma con la de la licencia y le parecieron similares. Walker también informó al gerente que ya en otra ocasión había rentado un coche a la misma compañía; al revisar los expedientes, el gerente encontró que se había alquilado un coche a J. G. Hindle aproximadamente un año antes. Al manejar el coche alquilado, Walker negligentemente lesionó a los actores. En defensa de la compañía demandada se alegó que como Walker había obtenido el coche alquilado haciéndose pasar por Hindle no adquirió la posesión de él con el consentimiento del propietario en el sentido de la ley.

Leyes como ésta tienen dos propósitos bastante obvios: 1. proporcionar a la persona lesionada un recurso tanto contra el propietario del coche como contra la persona que lo maneja; 2. a desanimar a los propietarios de confiar los vehículos a personas que no están bien capacita-

⁷⁴ Véase: 1926, 2 K. B. 51, p. 64.

⁷⁵ *Vancouver Motors U-Drive Ltd., v. Walker and Terry* (1942) S. C. R. 391, 4 D. L. R. 399, confirmando 57 B. C. R. 460, (1941) 3 D. L. R. 752.

⁷⁶ R. S. B. C., 1936, c. 195, s. 74A (Am. 1937, c. 54, s. 11): "Toda persona que conduzca un vehículo motorizado que hubiera adquirido posesión del mismo con el consentimiento explícito o implícito del propietario del vehículo motorizado será considerada como agente o sirviente de dicho propietario y como empleado será considerado como conduciendo el vehículo motorizado en las funciones de su empleo".

das para conducirlos. En este caso el gerente de la demandada afrontó el mismo tipo complejo de intenciones que hemos analizado anteriormente; su intención era la de entregar el coche a la persona que se hallaba ante él, creía que esta persona —después de haber efectuado algunas investigaciones— era Hindle y que (lo más importante de todo) tenía licencia para conducir. ¿Requiere la intención de la ley una extensión para comprender este tipo límite y complejo de consentimiento? Sólo un tribunal puede contestar a esta pregunta. Para un caso imprevisible como este, los jueces tienen que crear derecho. La Suprema Corte lo hizo y resolvió a favor del actor, porque “la posesión fue adquirida como resultado del ejercicio libre de la voluntad del propietario”. El tribunal rechazó el intento de aplicar cualquiera de las fuentes de autoridad anteriores respecto al significado de ‘consentimiento’ y subrayó que la “palabra ‘consentimiento’ puede tener diferentes significados en distintas leyes”.⁷⁷ Por falta de apoyo en algún precedente u otro criterio autorizado, la opinión del tribunal parece indicar de alguna manera que *esto es la ley porque así lo decimos*. Sin embargo, el tribunal tenía toda la razón para rechazar por irrelevantes todos los casos citados, ya que ninguno de ellos involucraba una cuestión de derecho y política como la que se planteaba. En las palabras del juez Murphy (que fue el que conoció del asunto), su alegato “únicamente tiende a confundir el verdadero problema”.⁷⁸

No todos los jueces que participaron en el caso estaban dispuestos a rechazar tan rápidamente los precedentes propuestos. En la Suprema Corte del Canadá, el juez Taschereau presentó una opinión disidente basado principalmente en *Cundy v. Lindsay* y concluyó que no existía ni la ‘posesión’ ni el ‘consentimiento’ en el sentido de la ley, ya que “nunca existió un contrato por la falta de consentimiento, es decir, por no haber acuerdo de voluntades”.⁷⁹

De manera parecida, en el Tribunal de Apelación de la Columbia Británica, el juez O’Halloran adoptó el punto de vista de que si no había existido un contrato entre Walker y la compañía debido a la suplantación, no podía haber riesgo creado. Pero después de haber adoptado esta premisa falaz procedió a argumentar que la suplantación no había impedido la conclusión de un contrato, porque la ‘identidad personal’ del hombre que rentó el coche no era un elemento esencial para el contrato de alquiler. Este ingenioso argumento involucró otra falacia que amerita un análisis especial. El juez O’Halloran aparentemente aplicó el principio de los elementos de existencia, formulado por Pothier y frecuentemente citado en los precedentes ingleses de la manera

⁷⁷ (1942) S. C. R. 391, pp. 394, 395. En un caso semejante que suponía una ley semejante (en la que se utiliza la palabra ‘permiso’ en vez de ‘consentimiento’) un tribunal de California llegó al mismo resultado. Véase *Tudorios v. Hertz Drive-yourself, Inc.* (1945), 70 Cal. App. 2d 192, 160 Pac. 2d 554.

⁷⁸ 56 B. C. R. 460, p. 463.

⁷⁹ *Supra*, nota 77, p. 399.

siguiente: "cuando la persona con la que yo creía estar contratando de ninguna manera se da en el contrato, pero si yo hubiera estado tan dispuesto a concluir el contrato con cualquier otra persona de la misma manera como con aquella con quien pensaba que estaba concluyendo el contrato, el contrato debe considerarse válido".⁸⁰ Después de haber inferido de las pruebas que la compañía demandada habría estado dispuesta a alquilar el coche a cualquier persona con licencia de manejar (incluyendo a Walker si la hubiera tenido), decidió que esto no era "un caso en que la identidad personal o individual sea un elemento esencial para la formación del contrato específico". Por lo tanto, Walker y la compañía demandada celebraron un contrato aunque anulable.⁸¹

Uno de los muchos trucos que nos juega el lenguaje es el de sugerir distinciones o separaciones que no tienen contraparte en el mundo real. Puesto que podemos decir (o pensar), "Jorge tiene una Maestría en Letras", podemos inclinarnos a creer que Jorge tiene una existencia independiente de este atributo o cualidad especial. Y ciertamente podemos separar en la mente la idea de Jorge de la idea de su título. Pero no existe un Jorge *real* con independencia de la persona que obtiene el título. Ideas verbales como las de identidad o individualidad, cuando se usan en contraposición a ideas como las de atributos o características, tienen una tendencia similar a sugerir que en la naturaleza misma de las cosas debe haber un criterio bien establecido para distinguir la identidad de una persona de sus atributos. De hecho, no lo hay. La identidad de una persona es únicamente la suma de todos sus atributos. Si queremos hacer una distinción entre la identidad y los atributos, tenemos que establecer una definición especial y propia.⁸²

⁸⁰ Pothier, *Traité des Obligations*, s. 19, citado por McDonald, C. J., en el caso en cuestión, 57 B. C. R. 251, p. 255. O'Halloran, J., no se refiere a la exposición de Pothier del principio de la esencialidad, sino que se basa en tres casos ingleses en los que se citó y aprobó la exposición de Pothier. La doctrina de la esencialidad ha sido criticada por diferentes autores, pero Glanville Williams, *op. cit. supra*, nota 59, la explica y defiende apasionadamente.

⁸¹ McDonald, C. J., parece haber estado de acuerdo con el razonamiento de O'Halloran, J., resumido en el texto (véase 57 B. C. R. 251, p. 256), de manera que debería ser considerado como regla mayoritaria de las decisiones del Tribunal de Apelación de la Columbia Británica. O'Halloran, J., también basó su opinión en que un contrato anulable había sido concluido entre Walker y la compañía demandada, basándose en el hecho de que Walker había estado presente y había sido identificado de vista y de oído durante las negociaciones. Esta opinión está apoyada por *Phillips v. Brooks*, *Supra*, nota 63 y *Edmund Merchants' Des atch Co.* (1883) 135 Mass, 283. Pero McDonald, C. J. expresó su desacuerdo con este motivo de decisión. Sloan, J., el restante miembro del tribunal, expresó brevemente que concordaba con Murphy, J., el juez de primera instancia. Murphy, J., sostuvo que la cuestión de la existencia de un contrato anulable no era relevante para el problema de interpretación de la ley. Los cuatro jueces estuvieron de acuerdo con el resultado.

⁸² Véase Williams *op. cit. supra*, nota 59. La ilusión generada por el uso de palabras como 'unidad' e 'identidad' y su influencia en el razonamiento jurídico son analizadas con más detalle en la obra de Williams, *Language and the Law* (1945), 61

En el caso en cuestión, el gerente de la compañía demandada cometió un error en la identidad de la persona. Creyó estar tratando con una persona real: 1º cuyo nombre era J. G. Hindle, 2º que había rentado un coche anteriormente, y 3º que tenía licencia para manejar. Estos tres atributos fueron los únicos que establecieron la 'identidad' de la persona a quien creía rentar el coche en la mente del gerente y que constituyeron en ella a una sola persona. La idea de que fuera una persona con licencia era parte de la identidad igual tanto como cada uno de los otros atributos. Pero si pasamos a la opinión del juez O'Halloran encontramos que no obstante reconocer la importancia que tiene para la compañía el que la persona que renta un coche tenga la licencia, procede decir que "éste no es un caso en que la identidad personal o individualidad sea un elemento fundamental" del contrato. ¿Cómo explicar este pronunciamiento? Acaso quiera decir que no es suficiente mostrar que un atributo de Hindle (como el de tener licencia) sea fundamental para el contrato; la ley requiere que se demuestre que es fundamental para el contrato que la otra parte sea J. G. Hindle y no otra persona, en virtud de que el gerente no estaba dispuesto a tratar con ninguna otra persona. Esta interpretación es tan extrema que resulta imposible creer que el juez la hubiera intentado. Parece más plausible concluir que el juez intentó únicamente usar las palabras 'identidad personal' en un sentido restringido que excluyera de la consideración el atributo de tener licencia.

Pero supongamos que la compañía hubiera sido muy exclusiva y rentara sus coches únicamente a personas que fueran 1) ricas, 2) honradas, 3) residentes de Columbia Británica, 4) con licencia para manejar y que Hindle reuniera todas estas características y hubiera rentado un coche anteriormente, y que X, que no hubiera tenido ninguna de estas características, hubiera persuadido al gerente de rentarle el coche bajo el pretexto de ser Hindle. ¿Hubiera sido éste un caso en que la 'identidad personal' de Hindle no fue fundamental para el contrato porque nuevos atributos no fueron considerados en el caso principal? La opinión del juez O'Halloran no da la respuesta a estas cuestiones. Utiliza el término 'identidad personal' *cuatro* veces sin hacer el más mínimo esfuerzo por explicarlo. Aparentemente se basa en la suposición falaz que sugiere la palabra 'identidad', de que tiene que ser inherente a la realidad, una distinción bien establecida entre la identidad personal y los meros atributos. Lamentablemente no existe esta distinción y una explicación de la decisión en términos de 'identidad personal' resulta —al ser analizada— no ser una verdadera explicación.

A veces se expresa el punto de vista de que las falacias del razonamiento jurídico son comparativamente inocuas, porque la adiestrada intuición de los jueces los conduce a resultados que la mayoría de los

abogados considerarían razonables, no obstante que el razonamiento que los llevó a este resultado es criticable en muchos casos. Esta observación acaso aclara en algo la opinión del juez O'Halloran respecto al presente caso. Empieza por adoptar la premisa falaz de que no puede existir riesgo creado sin un contrato, lo que conduciría a la conclusión de que al no haber contrato, la ley no se aplicaría. Sin embargo, logra evitar esta conclusión mediante la decisión de que realmente se concluyó un contrato. De esta manera llega al mismo resultado que los seis jueces que rechazaron la falacia en su totalidad. Pero, a pesar de que llega a una solución aparentemente razonable, sería demasiado optimista concluir que su referencia a la falacia sea 'inocua'. Las razones en que respalda la existencia de un contrato, con fundamento en que el error en la identidad de la persona no es esencial, se basa a su vez en una suposición falaz y no pueden ser reconciliados con los precedentes anteriores.⁸³ A los abogados y a los jueces que se ocupan del problema de la importancia del error no les servirá esta opinión. Solamente los confundirá más. No obstante que el resultado del presente caso es razonable, la ley no queda a salvo, ya que tiene que pagar por la falacia.

En vista de que ocho de los nueve jueces que participaron en este caso llegaron a un resultado del todo contrario a la persuasiva falacia y que seis de ellos rechazaron completamente la falacia,⁸⁴ podemos agrupar este caso con el de *Fokes v. King* como ejemplos en que la falacia fue derrotada por el fuerte sentido de los jueces respecto a los aspectos políticos del problema. Este criterio judicial casi unánime subraya más aún la solitaria opinión disidente del juez Taschereau. De lo que se puede colegir de su opinión que la única explicación para su desacuerdo con todos los demás jueces del asunto es su adhesión a la falacia.

Varias veces hemos encontrado diferentes razones por las que un juez

⁸³ La exposición de Pothier respecto a la regla de la esencialidad (véase texto *supra*, nota 80, citada y aprobada en varios casos ingleses), indica que cuando A intenta tratar con B en la creencia que B es C, no se crea un contrato, a menos que A hubiera estado tan dispuesto a contratar con cualquier persona como con C. En la causa *Vancouver Motors U-Drive*, *supra*, nota 75, la compañía demandada no estaba dispuesta a tratar con cualquier persona (por ejemplo con alguien que careciera de licencia de manejar). Por lo tanto, si se emplea la prueba de Pothier, no existía contrato con Walker. Véase también la opinión de Taschereau, J., en la Suprema Corte del Canadá, cuya mayor parte está dedicada a demostrar que la creencia del gerente de la compañía demandada de que Walker era Hindle era un *error esencial*, en el sentido de los precedentes anteriores sobre contratos anulables.

⁸⁴ Los seis jueces que rechazaron totalmente la falacia fueron: Murphy, el juez de primera instancia quien observó que "únicamente tiende a oscurecer el verdadero problema", Sloan, J., en el Tribunal de Apelación de la Columbia Británica quien dijo que estaba de acuerdo con Murphy, J.; Kerwin, J., y sus tres colegas con votos concurrentes en la Suprema Corte del Canadá. Los tres jueces que fueron involucrados por la falacia fueron: O'Halloran, J. y McDonald, C. J., en el Tribunal de Apelación de la Columbia Británica y Taschereau, de la Suprema Corte del Canadá.

considera que la falacia de la categoría trasplantada es persuasiva y la reincorpora en su opinión. Concluiremos con un breve resumen de las distintas razones. En primer lugar, la falacia puede ser sugestiva al juez porque le proporciona una solución definitiva a su problema. A menudo sucede que al considerar una controversia jurídica a la luz de los supuestos políticos y los propósitos de las reglas del derecho aplicables, estas políticas parecen ser mutuamente excluyentes, de manera que la solución de la controversia requiere un tipo de conciliación de políticas antagónicas. El juez no siempre sabe con seguridad qué política debe ser preferida en el caso en cuestión, pero le resulta difícil formular una razón clara y convincente para esta conclusión.⁸⁵ En cualquier caso puede inclinarse a recibir con los brazos abiertos cualquier precedente que trate de un conjunto de hechos análogos y que parece indicarle cómo deberían clasificarse estos hechos definitivamente. Una segunda razón por la que se recurre a la falacia y que está estrechamente ligada a la primera, es que proporciona al juez un criterio autorizado que puede citar en apoyo de su fallo. La tradición requiere que hasta en casos novedosos el juez debe encontrar la manera de relacionar su razonamiento con el material jurídico existente. Y si el precedente propuesto proviene de un tribunal superior, el juez que no hubiera recurrido a la falacia puede pensar que está obligado a observarla.

Hemos sugerido que un juez que comprende el propósito y la política de una ley o de una regla de *common law*, probablemente se resista a la persuasión de la categoría trasplantada. Pero por otra parte, la falacia tiene la virtud de ocultar los propósitos políticos e impide al juez pensar en ellos. La falacia pretende ser más que un simple argumento en favor de una parte; pretende ser una exposición del problema, un conjunto de instrumentos de raciocinio utilizados para resolver el caso. Por ejemplo, si adoptamos la falacia como nuestra guía al analizar el caso de *Vancouver Motor U-Drive*, comenzaríamos por preguntarnos si existió 'consentimiento en derecho'. Esto nos llevaría al derecho de contratos y a *Cundy v. Lindsay*. Investigaríamos si el resultado hubiera sido distinto en este caso, si las partes se hubieran conocido personalmente. Empezaríamos a considerar si el error era realmente esencial para el contrato, etc. En tanto que nuestras ideas fluyan por estos canales y aceptemos que el significado del 'consentimiento en derecho' es el problema central del caso, difícilmente daremos mucha atención a la intención de la ley o al perjuicio que el *common law* intentaba remediar. Esta tendencia a producir una exposición falsa del problema y a forzar los pensamientos del juez hacia un camino infructuoso, es la caracte-

⁸⁵ Esta parece haber sido la situación en que se encontró la mayoría de los jueces de la Suprema Corte del Canadá en el caso *Vancouver Motors U-Drive*, *supra*, nota 75, pero a pesar de eso, resistieron las persuasiones de la falacia, porque hubiera conducido a un resultado no deseable.

rística más indeseable de la falacia.⁸⁶ Por ejemplo, en el venerable derecho de los muebles adheridos a inmuebles, en que la falacia se encuentra profundamente arraigada, cada uno de varios tipos considerablemente distintos de problemas deben supuestamente ser resueltos mediante un proceso de pensamiento que empieza con la pregunta: 'se convirtieron los bienes muebles en inmuebles (o en parte del inmueble?)'. Esta pregunta, a su vez, lleva a tres principios generales que son tan flexibles que un tribunal puede llegar casi a la conclusión que quiera. Pero la verdadera cuestión involucrada en cada uno de los diferentes tipos de problemas es casi completamente ocultada por el método de plantear la cuestión de los términos metafísicos de la distribución física y por los tres principios que de ella derivan.⁸⁷

De la misma manera que un juez pueda rechazar la falacia gracias a su inmediata concepción de la política, en otras ocasiones ella puede condicionarlo a aceptar la falacia. Porque la falacia, como cualquier otro mal argumento, puede ser usado para una buena causa. Así, por ejemplo, en *McCreary v. Coggeshall*⁸⁸ el tribunal afrontaba una situación en que la usufructuaria vitalicia aparentemente había transferido su derecho al titular del inmueble. Según los principios ortodoxos del *common law* esto tendría el efecto de destruir el derecho interpuesto de propiedad expectante que no tiene efectividad hasta que suceda alguna contingencia determinada (*contingent remainder*) debido a la fusión de las dos propiedades. Una vez expuesto este principio y de haber lamentado que el legislador no hubiera considerado oportuno anularlo, el tribunal pasó a la discusión de un problema de derecho hipotecario que surge cuando el primer acreedor hipotecario se subroga en los derechos del deudor hipotecario al constituirse el gravamen de una segunda hipoteca. En una serie de casos precedentes se había resuelto que el primer acreedor hipotecario tenía prioridad respecto del segundo acreedor hipotecario por el monto de la primera hipoteca, con fundamento en que el gravamen constituido por la primera hipoteca no se fusiona con el derecho transmitido por el deudor hipotecario, si el acreedor hipotecario tuvo la intención de que esta fusión no se efectuara. A continuación, el tribunal aplicó la doctrina hipotecaria al problema del derecho de propiedad expectante y concluyó que éste no se extingue por confusión porque él no tenía la intención de que los dos se confundieran. Estos dos problemas, naturalmente, no tienen nada en común, salvo la afortunada coincidencia de la engañosa palabra 'confusión'; sería difícil encontrar una ilustración más fantástica de la falacia. Pero el tribunal acogió gustoso la falacia como un instrumento jurídico aparen-

⁸⁶ Este lamentable fenómeno es claramente ilustrado por el caso *Oppenheimer*, *supra*, nota 3, y por *Lake v. Simmons*, *supra*, nota 40.

⁸⁷ Véase *Horowitz*, *op. cit.*, *supra*, nota 2, pp. 21 a 99.

⁸⁸ *McCreary v. Coggeshall* (1906), 74 S. Car. 42, 53 S. E. 978.

temente respetable para darle el *coup de grace* a la antigua doctrina estricta de la extinción.

Estas son pues las razones por las que los jueces son atraídos por la falacia.⁸⁹ Si el juez tuviera la oportunidad de someter la falacia a un análisis crítico y así reconociera que es un instrumento verbal sutil para introducir cuestiones irrelevantes en sus consideraciones del caso, dicha atracción dejaría seguramente de influirlo. Seguramente es raro el caso en que un juez base su opinión deliberadamente en un argumento que considere irrelevante y engañoso.⁹⁰ Sin embargo, la irrelevancia de la categoría trasplantada no se reconoce fácilmente en algunos casos. En cada uno de los casos que hemos tratado y en los que se adoptó la falacia, se enderezaron argumentos claros y convincentes por parte de los abogados y por uno o más jueces. ¿Por qué resiste la falacia tantas veces a un análisis? Esto ya lo he tratado de explicar. La falacia está profundamente arraigada en nuestros hábitos de hablar y pensar. Habitualmente suponemos que al emplear el lenguaje correctamente para comunicar ideas, la misma palabra que se emplea al mismo objeto debe siempre tener el mismo significado. Esta suposición está apoyada por una noción que aprendimos al usar las palabras en la niñez, es decir, que las palabras están directamente ligadas con las ideas y los objetos que simbolizan. Es debido a esta suposición básica que nos resulta paradójica al afrontar la cuestión de: ¿cómo se puede decir que simultáneamente X dio su consentimiento y no dio su consentimiento? Supongo que todos podemos recordar los tiempos en que éste nos hubiera parecido un argumento con una lógica sin respuesta.

La falacia de la categoría trasplantada no es sólo una teoría errónea del derecho (como la teoría de la concurrencia de voluntades del derecho contractual) que puede ser controvertida demostrando que produce resultados no deseados o que no pueden ser reconciliados con los casos. Es una mala costumbre básica de nuestro raciocinio jurídico para el cual fuimos preparados desde la niñez. La literatura crítica puede reducir su influencia en casos específicos, pero existe un número ilimitado de nuevos casos en que puede aplicarse, principalmente en la interpretación de las leyes. Cada nueva generación de abogados y jueces habrá de encontrarla nuevamente y luchar por superarla. Acaso es eso en lo que pensaba el gran cazador de falacias, Walter Wheeler Cook, al escribir, "En todas las discusiones jurídicas se presenta la tendencia a suponer que una palabra que aparece en dos o más reglas jurídicas, y, por lo

⁸⁹ Por lo menos en un lamentable caso se permitió que la falacia del caso *Oppenheimer* cristalizara en una regla de derecho. Véase *Sweet v. Provident Loan Society* (1939), 279, N. Y., 540, 18 N. E. 2d 847, confirmado 254 App. Div. 242, 4 N. Y. S. 2d 727.

⁹⁰ Un ejemplo de esta ocasión podría ser una situación en que se hubiera creído que un argumento falaz era necesario para obtener el voto de un colega intransigente. Véase también *supra*, nota 72.

tanto, en relación a más de un sólo propósito, tiene y debe tener exactamente la misma extensión en todas ellas. Ella tiene toda la tenacidad del pecado original y por lo tanto debemos cuidarnos de ella continuamente".⁹¹

Traducción del original en inglés de Gertrud MAJČEN. La revisión de esta traducción y la versión final adaptada al lenguaje jurídico en español fueron realizados por Rolando TAMAYO Y SALMORÁN, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.

⁹¹ Cook, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 159.