

*COMMON LAW: ESPECIAL REFERENCIA A LOS RESTATEMENT  
OF THE LAW EN ESTADOS UNIDOS*

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN\*

SUMARIO: I. *Nota preliminar: A Marta Morineau Iduarte in memoriam.* II. *Introducción.* III. *En torno al derecho inglés.* IV. *En torno al derecho de Estados Unidos.* V. *Características del Common Law. Diferencias y analogías entre el derecho inglés y el derecho Estados Unidos.* VI. *Reflexión final.*

I. NOTA PRELIMINAR: A MARTA MORINEAU IDUARTE *IN MEMORIAM*

Marta, tal y como nos narra de viva voz en el disco compacto que grabó en el Auditorio Héctor Fix-Zamudio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el 10 de octubre de 2003, un año antes de su fallecimiento, para la colección *Voz de Nuestros Juristas*<sup>1</sup> y el cual fue dirigido de manera magistral por nuestra compañera y amiga Eugenia Maldonado de Lizalde, nos expresa con calidez y amenidad distintos aspectos de su vida personal, familiar y académica, algunos de los cuales queremos destacar en estas líneas que dedicamos a su memoria.

Comienza su narración con una afirmación que fue una constante en su vida y es al hablar de la Universidad, la Universidad Nacional Autónoma de México, nos expresa su amor por ella, al decir que cuando decidió estudiar la carrera de derecho, el mejor lugar para hacerlo, entonces y ahora, era la Escuela Nacional de Jurisprudencia, la actual UNAM. Sus últimos comentarios siempre fueron en la misma dirección, expresando su gran

\* Doctora en derecho, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>1</sup> Morineau, Marta, *Voz de Nuestros Juristas* (disco compacto), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

cariño por la UNAM y por los alumnos de la Facultad de Derecho de la UNAM, la mejor Facultad de Derecho, la única universidad con perspectiva universal en México.

El gran cariño que le tuvo a su papá, don Óscar Morineau, influyó decididamente en su inclinación por las leyes y a ello contribuyeron también grandes amigos de la familia como don Virgilio Domínguez y don Eduardo García Máñez.

A lo largo de la carrera estuvo rodeada de grandes maestros, todos ellos influyendo de una u otra manera, algunos más apreciados que otros, como son don Roberto Cossío (Derecho civil), don Mario de la Cueva (Teoría del Estado), don Antonio Martínez Báez (Derecho constitucional); don Celestino Porte Petit (Derecho penal), don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (Derecho procesal civil I, II y Derecho procesal penal), don Luis Recaséns Siches (Filosofía del derecho) y don Manuel Pedrozo (Derecho internacional), entre otros.

Marta, como la definen sus compañeros, una dama, de cálida sencillez, patriotismo intachable, jurista y maestra ejemplar tuvo siempre tiempo y lugar para agradecer a los compañeros investigadores que la apoyaron en su carrera; así lo expresan los doctores Héctor Fix-Zamudio, Rolando Tamayo y Salmorán, Beatriz Bernal, María del Refugio González, Jorge Carpizo, Florís Margadant, Jorge Madrazo y Diego Valadés, entre otros. Cada uno de ellos con cargos de dirección y administrativos en distintas etapas de su vida académica y que contribuyeron a impulsarla.

De manera modesta siempre alabó, por otro lado, la influencia que tuvieron en ella los comentarios “de pasillo” con los compañeros investigadores y profesores, lo cual consideró como de máximo interés para su propio desarrollo profesional. Pienso que realmente fue a la inversa, nosotros sí que nos pudimos beneficiar de su amena y reflexiva plática, ya sea en los pasillos, ya sea en los largas sobremesas o en las reuniones que pudimos disfrutar junto a ella.

Una vez esbozada parte de su personalidad y su manifiesta gratitud hacia la comunidad universitaria, quisiera personalizar mi cariño hacia Marta y así expresarles mis sentimientos hacia ella y también hacia su familia.

Estas palabras que hoy escribo no son fruto de la pena o la nostalgia que se siente cuando un ser querido se nos va, son producto del sincero amor, aprecio y agradecimiento que le tengo a Marta Morineau por haberme brindado el privilegio de conocerla y disfrutarla como amiga y compañera de

labores en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, en la última década de su vida, mi primera década en México.

Ella fue única, por múltiples y diversas razones que cada uno de sus amigos podemos evocar de muy distinta manera.

En los últimos años de su vida, años intensos en los sentimientos, en las penas y las superaciones, la pude disfrutar en México, en Sevilla y por doquier. Me fue proporcionando libros, fotocopias y detalles que ahora visualizo como pequeños “regalos” de despedida, como si se pudiera intuir que pronto habría una separación.

Marta me proporcionó un original de las “Palabras leídas el 1 de febrero de 1983 en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, con motivo de las Bodas de oro (1932-1982) de los catedráticos de derecho procesal Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, en donde le rubrica el profesor Alcalá-Zamora manifestándole un profundo afecto. Me obsequió y rubricó, asimismo, un libro que realmente me encantó, titulado *Los maestros del exilio español de la Facultad de Derecho*, coordinado y prologado por Fernando Serrano Migallón, y editado por la propia Facultad de Derecho de la UNAM y Porrúa, en 2003, y en el cual, además de hallar a personalidades de mi tierra natal que hicieron una gran labor académica en México, me encontré con la grata sorpresa de que ese reconocimiento y agradecimiento era mutuo, no sólo de los mexicanos hacia los españoles, sino fundamentalmente de los españoles, refugiados, hacia los mexicanos, lo cual me llena de enorme satisfacción.

¡Cómo nos encontramos todos en la vida!, si don Niceto Alcalá-Zamora fue profesor de Marta, su hijo de apellido singular, Alcalá-Zamora y Queipo de Llano, fue mi profesor, allá en 1985, cuando disfruté una beca de estudios en la cual conocí, dígame de paso, a mi esposo.

Qué diferente cruzar fronteras por mantener ideas políticas y sobre todo por mantener o conservar la vida, a cruzar las fronteras de manera voluntaria buscando formar una familia.

Al llegar a México en 1995 pude tener contacto con el Ateneo español, y siempre respiré un aire de nostalgia que me provocaba cierto dolor, dolor y rabia por descubrir un mundo de trasterrados, según el término de José Gaos, un mundo desconocido prácticamente por la totalidad de mi generación y otras tantas más. Como expresó don Niceto Alcalá-Zamora, en su “Despedida académica de México”, libro al que nos referiremos más adelante: “...el emigrado siente que la tierra natal, e incluso si nació fuera de ella, la de sus mayores, lo atrae como un imán irresistible”.

Hablar con Marta me hacía sentir partícipe de un escenario sin igual, era protagonista de primera mano de una información original, en donde me encontraba perdida en datos, fechas y nombres. Marta me narraba, entre anécdotas y datos sin parangón, su convivencia con los españoles del destierro del 36, y siempre estuve tentada a decirle, entre broma y seriedad, que me permitiera tomar nota porque no quería olvidar nada de lo que me transmitía, por eso, a veces, cuando comenzaba diciéndome: “No sé si ya te he comentado alguna vez Nuria...”, y precisamente esa narración ya me la había participado, jamás le dije de la reiteración porque era mi oportunidad de volver a saborear su incansable y asombrosa secuencia de información y así recuperar pequeños detalles que ya no pude retener en su momento.

Refiriéndose, de nuevo, a don Niceto Alcalá-Zamora, en los últimos días Marta me hizo referencia a su libro *derecho procesal en broma y en serio* (México, Jus, 1978), en el que se incluye el cursillo que don Niceto dicta en la Escuela Libre de derecho en 1976, titulado “Despedida académica de México”, en el que él exclamó “Dicen que no son tristes las despedidas; dile a quien te lo dijo que se despida”, y así, de alguna manera, nos despedimos.

Con Marta, toda una dama, se podía hablar de multitud de temas, algunos más afines a sus gustos, otros quizás no tanto, pero siempre atenta a tus inquietudes. Cuando yo le hacía referencia a alguna cuestión de mi hija Nuria, ella siempre me extrapolaba a sus rutinas con sus hijos Román y Adela, me hacía el símil y siempre fue de profunda ayuda. Ahora, ya en su etapa de abuela, me preguntaba con entusiasmo la preferencia de lecturas de Nuria para poder ofrecérselas a sus nietos, entre ellas, anotó la colección de “El barco de vapor”, ojalá que haya podido obsequiarles algún ejemplar y así dejarle un manifiesto más de su profundo amor.

Sus despedidas cotidianas y cariñosas, repletas de abrazos y besos para Antonio, mi esposo, y mi niña, Nuria, siempre las guardaré con extremo recelo, como un regalo más de Marta.

## II. INTRODUCCIÓN

Harold J. Berman en su ya clásico libro *La formación de la tradición jurídica de occidente*,<sup>2</sup> nos expresa una manifiesta atenuación de las dife-

<sup>2</sup> Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

rencias que tradicionalmente han dividido los ordenamientos o familias jurídicas del *Common Law* y del *Civil Law*<sup>3</sup> o Romano-Germánica, todo ello aunado a esa matriz cultural común que permite hablar de una tradición jurídica de occidente que engloba a ambas familias.<sup>4</sup> Dicha matriz cultural se refiere a la concepción que distingue justamente al derecho occidental de los derechos no occidentales.<sup>5</sup>

Cuando René David<sup>6</sup> reflexiona en torno a las propuestas clasificatorias de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos nos indica que como criterio crucial debemos tomar la “unidad cultural”, es decir, que la base primordial de clasificación de los sistemas la proporcione las coincidencias de civilización y cultura, y con ello nos da argumentos de más para corroborar que entre las familias jurídicas clasificadas en la actualidad las diferencias cada vez son menos notorias,<sup>7</sup> dada la necesidad, en el mundo contemporáneo, de adecuar mecanismos jurídicos que hagan posible la interactuación entre bloques políticos y económicos.<sup>8</sup>

Centrándonos en una de las familias jurídicas que comprende la tradición jurídica de occidente, el *Common Law*, no podemos evitar estudiar la misma distinguiendo entre derecho inglés y derecho de Estados Unidos, como sistemas que desde el punto de vista de la “unidad cultural” —concebida por René David— aunque tienen una historia o tradición común y

<sup>3</sup> Pizzorusso, Alessandro, *Curso de derecho comparado*, Barcelona, Bosch, 1954.

<sup>4</sup> La tradición jurídica occidental se ha encarnado en dos familias o tradiciones jurídicas particulares cada vez más evidentes en la convergencia que experimentan en la época contemporánea. David, René, *Tratado de derecho civil contemporáneo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, cit. por López Ayllón, Sergio y Fix Fierro, Héctor, “Estado y derecho en la era de la globalización”, varios autores, *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 223 y 224.

<sup>5</sup> Hoeflich, M. H., *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century*, U.S.A., The University of Georgia Press, 1997; y en concreto el capítulo titulado “Roman and Civil Law in the Anglo-American before 1950: John Austin and Joseph Story”, pp. 9-49.

<sup>6</sup> David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 2a. ed., Madrid, Aguilar, 1969; *Tratado de derecho civil comparado (Introducción al estudio de los derechos extranjeros y método comparativo)*, Madrid, 1953, p. 215.

<sup>7</sup> En contra tenemos opiniones como la de Martínez-Torrón, Javier, *Derecho anglo-americano y derecho romano. Las raíces canónicas del Common Law*, Madrid, Civitas, p. 25.

<sup>8</sup> González Martín, Nuria, “Sistemas jurídicos contemporáneos: nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 30, 2000, pp. 622 y 623.

una filosofía como concepción de valores comunes, rectores de una determinada comunidad, para la formación de la norma jurídica,<sup>9</sup> caracterizada por una unificación del derecho fundamental a través de las decisiones de los tribunales, un derecho eminentemente jurisprudencial<sup>10</sup> exportado desde Inglaterra hasta el continente americano, en lo que posteriormente se constituiría como Estados Unidos; en lo que respecta al orden de prelación de las fuentes del derecho cada vez se distancian más o, dicho en otros términos, cada vez se acomodan más a las necesidades y realidades del lugar donde se implementan, cuestión que abordaremos con más detenimiento posteriormente.<sup>11</sup>

Retomando el tema de la tradición jurídica de Occidente y su concepción como una familia jurídica por sí misma sin distingo entre *Common Law* y *Civil Law*, tenemos que agregar que, como expresa Castán Tobeñas,

El grupo del *Common Law* (los derechos del grupo angloamericano según la denominación de Castán), frente a los otros sistemas occidentales, nos muestra una oposición ideológica de concepción de la vida y de la organización social y económica. Es una oposición más bien técnica, de construcción jurídica, de método y de interpretación. El derecho anglo-americano tiende, con procedimientos técnicos distintos, a obtener los mismos resultados que los otros derechos occidentales.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> No olvidemos que la cultura jurídica inglesa nace como una fusión de la nobleza normanda, a partir de 1066 d. C., con la población anglosajona, con vestigios, a su vez, romanos, celtas, irlandeses, germánicos, sajones, daneses, etcétera.

<sup>10</sup> Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanos (Desde los orígenes hasta la Alta Edad Media)*, 8a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 23. Véase, asimismo, lo relativo a la “Occidentalización del derecho” en López-Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor, “Estado y derecho en la era de la globalización”, varios autores, *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, cit., nota 5, pp. 225 y ss.

<sup>11</sup> Aconsejamos la lectura de Luis Humberto Clavería Gosálbez, que dedica unas páginas destinadas a la *Consideration* en el Reino Unido y Estados Unidos en el penúltimo capítulo de su libro, *La causa del contrato*, Bolonia-Zaragoza, Studia Albomotiana, 1998, pp. 269 y ss.

<sup>12</sup> René, David, *Tratado de derecho civil comparado*, cit, nota 7, pp. 217 y 265; Solá Cañizares, *Iniciación al derecho comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1954, p. 171, cit., por Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1957, p. 81.

De igual manera expresa su opinión Lévy-Ullmann al decir que “la distancia que separa el sistema del derecho anglosajón del sistema continental o *Civil Law* afecta mucho más a la forma que al fondo”.<sup>13</sup>

## II. EN TORNO AL DERECHO INGLÉS

### 1. *Contexto histórico*

Tradicionalmente se ha dicho que el régimen constitucional inglés se define por sus peculiaridades respecto a otros, especialmente por sus diferencias con los sistemas del continente europeo,<sup>14</sup> pero tal y como hemos manifestado en la introducción hay una manifiesta atenuación de las diferencias entre *Common Law* y *Civil Law* o Romano-Germánica, de hecho, en España, Sánchez Agesta,<sup>15</sup> expresa que no existe una frontal oposición entre el constitucionalismo inglés y el constitucionalismo del continente europeo, por ejemplo.

La historia de Inglaterra se caracteriza por su continuidad histórica no interrumpida por una recepción en bloque, fundamentalmente, del derecho romano; el derecho inglés se desarrolló de manera autónoma, a lo largo de una evolución ininterrumpida y apegada invariablemente a los principios del *Common Law* y la *Equity*,<sup>16</sup> como auténticas fuentes del derecho.<sup>17</sup>

La historia inglesa está jalonada por la aparición de determinados documentos que con carácter vinculante y obligatorios invocaron principios,

<sup>13</sup> Lévy-Ullmann, *L'inexécution du contract pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*, Annales de Droit Commercial, 1922, p. 54. Las cursivas son nuestras.

<sup>14</sup> De hecho, algunas de las diferentes denominaciones que tiene el *Civil Law* o Romano-Germánico obedece a la supuesta “contraposición” con respecto al *Common Law*. Al respecto véase González Martín, Nuria, “Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica”, *Jurídica...*, *cit.*, nota 8, pp. 651 y 652.

<sup>15</sup> Sánchez Agesta, L., *Curso de derecho constitucional comparado*, p. 107, *cit.*, por Álvarez Vélez, María Isabel y Alcón Yustas, María Fuencisla, *Las Constituciones de los quince estados de la Unión Europea. Textos y comentarios*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 572.

<sup>16</sup> Morineau Iduarte, Marta, *Una introducción al Common Law*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 11. Los tribunales que aplican el derecho del *Common Law* se llaman *Common Law Courts*, los cuales son cuerpos jurídicos homogéneos. Por otro lado, la *Equity* es la abreviatura de *Equity and Fairness*, equidad y justicia, basadas en el sentido común.

<sup>17</sup> Lo que algunos autores denominan fuentes primitivas.

establecieron reglas o reiteraron tradiciones, con el fin de resolver cuestiones políticas en litigio; según una doctrina mayoritaria, leyes constitucionales en sentido material pero no formal.<sup>18</sup> Entre estos textos jurídicos destacamos la *Carta Magna Liberhatum*, de 1215, impuesta por los barones ingleses al rey Juan “Sin Tierra”, el *Petition of the Right* que el parlamento inglés obligó a aceptar a Carlos I, de 2 de junio de 1628, *Habeas Corpus Amendment Act* de 26 de mayo de 1679, *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689, el *Act of Settlement* de 12 de junio de 1701, hasta llegar al *Parliament Act* de 18 de agosto de 1911, *Statute of Westminster* de 11 de diciembre de 1931 y el *Parliament Act* de diciembre de 1949.<sup>19</sup>

La fusión de los diversos elementos que intervinieron en la formación del derecho inglés constituyó un todo muy homogéneo por la circunstancia de que esos elementos componentes presentaban entre sí muchos puntos de contacto. Roscoe Pound expresaba esta idea de la siguiente manera: “Los primeros jueces del *Common Law* aplicaron materiales germánicos. La conquista normanda introdujo en nuestro lenguaje un elemento románico, pero, en cambio, aportó a nuestro derecho muy poca cosa que fuera romano. Inglaterra (siempre mantuvo) un derecho general, unificado y armonioso. En Inglaterra, por tanto, el derecho germánico se conservó gracias a un sistema judicial fuerte y centralizado; pero también por efecto de la tradición docente de los *Inns of Court*, gracias a la cual el derecho manifestaba la tenacidad de que participa todo lo aprendido por tradición”.<sup>20</sup>

Las premisas históricas para constatar las manifestaciones arriba señaladas parten de la Conquista Normanda en el año 1066 d. C., cuando Guillermo el Conquistador, duque de Normandía, vence en la batalla de Hastings al rey inglés Harold II.

Así, el derecho inglés surge tras la búsqueda y comparación de los elementos comunes de los diferentes derechos de los reinos sajones, entre otros, y que Guillermo el Conquistador ordenó que se hicieran, después de la conquista de Inglaterra y como resultado se constituyó lo que los normandos llamaron la *comune ley*, o sea, el derecho común que los tribunales reales deberían aplicar en todo el territorio.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, p. 285.

<sup>19</sup> Álvarez Vélez, María Isabel y Alcón Yustas, María Fuencisla, *Las Constituciones de los quince estados de la Unión Europea...*, *op. cit.*, nota 15, pp. 573-577.

<sup>20</sup> Pound, Roscoe, *El espíritu del Common Law*, Barcelona, s.a., pp. 30 y ss.

<sup>21</sup> Morineau Iduarte, Marta, *Una introducción...*, *op. cit.*, nota 16, pp. 13-15.



Guillermo I, el Conquistador, respetó el sistema judicial inglés, fue más guerrero que jurista, decomisó las tierras a sus opositores y se reservó la propiedad originaria en su calidad de soberano y después repartió las tierras entre sus más fieles seguidores, según su lealtad y fidelidad.

Guillermo I logró colocarse a la cabeza del reino y propició un gobierno y una justicia centralizada, uno de los caracteres más significativos del derecho inglés, y como base de la unidad nacional necesitaba lograr la unidad de la administración de justicia y la unidad del derecho. Así las cosas respetó la justicia local que estaba dividida en: dos tribunales locales (*Shire* y *Hundred*) y los tres tribunales reales (*Court of Exchequer*; *Court of King's Bench* y *Court of Common Pleas*).<sup>22</sup>

Los tribunales locales fueron perdiendo con el tiempo su importancia y adquieren competencia universal los tres tribunales reales, también denominados tribunales del *Common Law*.

Los tres tribunales reales debían buscar lo “común” en las costumbres locales y así crear, una vez más, un derecho unificado. De esta manera surge la institución inglesa del *Common Law*.

Los tribunales del *Common Law* eran: 1. Tribunales de excepción frente a los tribunales locales (*Shire* y *Hundred*). 2. Era necesario, para lograr su intervención, solicitar y pagar al Canciller, un *Writ* o autorización real. 3. Ante demandas análogas, los *Writs* se estandarizaron y se convirtieron en formatos-tipo o machotes, que sólo debían completar con los datos particulares del caso, a estos formatos se les denominó *Forms of Action*.

Hacia el siglo XII el Canciller había redactado alrededor de 75 tipos de *Writs*<sup>23</sup> registrados en colecciones semioficiales, Registros de *Writs*.<sup>24</sup> El procedimiento<sup>25</sup> y la forma en el derecho inglés cobró mucha importancia

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 15. *Court of Exchequer* (Tribunales del Tesoro), competentes en materia fiscal e incluso para asuntos civiles, ya que a menudo la posibilidad de la corona de cobrar un impuesto dependía de la resolución de una controversia civil; *Court of King's Bench* (Tribunales del Rey), eran de su competencia asuntos que competían directamente al rey, sobre todo los actos de violencia a la paz del rey, jurisdicción civil y penal; *Court of Common Pleas* (Tribunales Causas Comunes), competencia en materia de propiedad inmobiliaria.

<sup>23</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, 2a. ed., Gran Bretaña, Oxford University Press, 1992, p. 191.

<sup>24</sup> Morineau Iduarte, Marta, *Una introducción...*, *cit.*, nota 16, p. 16.

<sup>25</sup> Prevalencia del procedimiento: a. Obtención de la cancelería un *Writ*; b. Aquellos que no encontraran un *Writ* apropiado a su caso, no lograban remedio procesal (*Remedies Proceede Rights* —los remedios procesales preceden a los derechos—); c. Cada *Writ* con-

ya que si se equivocaba el *Writ*, el juez podía rechazar el asunto. Conforme iban aumentando las demandas de los particulares, este sistema de emisión de *Writs* se hizo insuficiente y el remedio se encontró en otra de las grandes instituciones inglesas, la *Equity*.

Ante la reclamación de injusticias, nace la *Equity* en el siglo XIV, cuando los particulares no pudieron obtener justicia de los Tribunales Reales o Tribunales del *Common Law*. De esta manera, los particulares llevaban sus quejas directamente al rey y éste delegaba en los Cancilleres, guardianes de la conciencia del rey, la tarea de determinar la solución más justa, la equitativa (*Equitable*). En la *Equity* se tomaba en cuenta las circunstancias especiales del caso y sobre todo se tomaba más la intención que la forma. La Equidad pasó a ser parte de la estructura del derecho inglés,<sup>26</sup> convirtiéndose en otra vía de creación del derecho o de soluciones jurídicas, *Legal Remedies*.

ducía a un procedimiento distinto (*Forms of Action*); d. Aparecen las ficciones (*Fictions*) y se extiende el alcance de los *Writs*; e. Posteriormente se da la opción al demandante de presentar su caso, fundándose sobre dos *Forms of Actions o Writs*.

<sup>26</sup> Al decir de Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos...*, *op. cit.*, nota 12, pp. 97-100, hay doce máximas fundamentales que sintetizan todo el sistema de la *Equity* y a las que algunos tratadistas han cobijado bajo la denominación de “las doce tablas de la equidad” y son: 1. La equidad no tolera que haya agravio sin reparación judicial adecuada; 2. La equidad actúa *in personam*, es decir el derecho de equidad opera sobre las personas y no sobre las cosas, surte efectos sobre las personas demandadas y no sobre las cosas o materia de las controversias; 3. La equidad sigue a la ley porque si bien suple las lagunas del régimen estricto del *Common Law*, y aun deroga en ocasiones sus preceptos, no puede ser considerada como un sistema jurídico completo y absolutamente independiente que rivalice con aquél en el ámbito de todas las materias jurídicas; 4. La equidad atiende a la intención más bien que a la forma; 5. La equidad tiene por realizado aquello que debe hacerse en el futuro; 6. La equidad presume la intención de cumplir una obligación; 7. La igualdad es equidad; 8. La negligencia propia impide el acudir a la equidad; 9. El que acude a la jurisdicción de la equidad debe tener la conciencia limpia; 10. El que reclama equidad debe proceder también con equidad; 11. Cuando la equidad favorece por igual a las dos partes prevalece la ley, es decir, prevalece el *Common Law* y las leyes positivas vigentes; 12. Cuando la equidad favorece por igual a las dos partes prevalece el derecho de quien es primero en el tiempo.

Tales máximas de equidad no deben ser interpretadas literalmente, ya que son tan sólo directivas en las cuales se inspira la llamada *Equity Jurisprudence*, o, en otros términos, una guía generalísima para la solución de las cuestiones que se presentan en materia de equidad y, sobre todo, en el tema jurisdiccional. Por ejemplo tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, la potestad de los tribunales de equidad para actuar en relación con las personas continúa intacta, pero la regla limitativa de que estos órganos no pueden obrar en relación con la materia está ya muy modificada. Hoy día la *Equity* ha perdido su sentido inicial de un principio ético-jurídico y se ha desnaturalizado el mismo sin llegar a

La *Equity* nació como una rama complementaria de los Tribunales del *Common Law* para remediar situaciones que este último, por su carácter más rígido y formal, fue incapaz de resolver, por ejemplo ante casos con el *Trust*.<sup>27</sup> No olvidemos que el *Common Law* es un derecho basado en la costumbre legal y por lo tanto la evolución propia del derecho obliga a recurrir ante el rey, delegando éste posteriormente en la figura de los cancilleres.<sup>28</sup>

La *Equity* no surge de manera independiente sino apoyado en el *Common Law*, son realmente complementarios. Si desapareciera la Equidad subsistiría el *Common Law* pero no a la inversa.

Tanto el *Common Law* como la *Equity* son sistemas jurisprudenciales, el primero originado en los tribunales reales o tribunales del *Common Law* y el segundo en el tribunal del canciller o tribunal de Equidad o *Court of Chancery*.

En 1870 se produjo la unificación de las jurisdicciones del *Common Law* y la *Equity*, pero sin competencias claramente diferenciadas con la consiguiente separación de ideas y opiniones, es una época en la que se da una fricción entre *Common Law* y *Equity*.

separarse totalmente de él. Ya no es un remedio excepcional ante la rigidez del *Common Law* sino una forma normal y general de tutela judicial de los derechos. Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano (Estudio expositivo y comparado del Common Law)*, México, FCE, 1944, p. 145.

<sup>27</sup> La *Equity* desempeñó varios papeles, a saber: 1. *Papel accesorio*, la *Equity* podía otorgar a una persona un remedio procesal que los tribunales del *Common Law* no podía acordarle, por ejemplo, el proceso ante un tribunal del *Common Law* no entrañaba la presentación de documentos pero a través de un nuevo proceso ante el Tribunal de Equidad una parte podía obtener por mandato judicial que su adversario exhibiera los documentos pertinentes que tuviera a su disposición; 2. *Papel independiente* de la jurisdicción de *Equity* como papel de vigilancia, por ejemplo los famosos *Trust* en el que un propietario de un bien (*Trust*) transfiere a otra persona (*Trustee*) un bien pero pidiéndole a ésta que lo cuide o administre en beneficio de un tercero. Un tribunal de *Common Law* determina que el *Trustee* es simplemente propietario y puede hacer con la propiedad lo que le plazca, sin embargo, un Tribunal de Equidad o *Court of Chancery* asume la competencia para controlar lo que hace el *Trustee* de una propiedad respetando la voluntad del *Trust* y protegiendo a los terceros. 3. *Papel correctivo*, aquel que se encontrase judicialmente en conflicto ante un tribunal del *Common Law*, podía recurrir a la *Court of Chancery* y bajo ciertas condiciones, obtener un mandamiento judicial en contra de su adversario como protección de la injusticia generada por la aplicación estricta del *Common Law*. Jolowicz, J. A., *Derecho inglés*, Caracas, Editorial Venezolana, 1992, pp. 23-25.

<sup>28</sup> En el siglo XVII el canciller deja de ser una figura religiosa y pasa a ser una figura civil.

En 1873 se da primacía a las reglas de la *Equity* y después de la *Judicature Act* de 1875 se estableció que *Common Law* y *Equity* deberían ser administrados por los mismos tribunales pero siempre dando preferencia a la Equidad en caso de conflicto. De hecho, ambas leyes, unifican la organización judicial del Reino Unido. Todos los tribunales pasan a llamarse *Courts of Law*, aplicándose, como dijimos, una veces el *Common Law* y otras la *Equity*.

## 2. Fuentes del derecho inglés <sup>29</sup>

Como primera fuente del derecho inglés tenemos, dado que es un derecho hecho por los jueces (*Judge Made Law*), a la jurisprudencia (*Case Law*), en el que su autoridad deriva de la regla de la obligatoriedad del precedente judicial (*Stare Decisis*). Para que esta regla sea operativa, es necesario que jueces y abogados conozcan los casos y éstos se pueden consultar en los reportes judiciales (*Year Books*), estos reportes judiciales cambiaron de nombre a partir de 1870, y se denominaron *Law Reports*, creándose un organismo, compuesto por abogados, que se encargan de su publicación.

La obligatoriedad del precedente en el derecho inglés (*Stare Decisis*) es a través de las siguientes reglas:

1. Las decisiones de la Cámara de los Lores constituyen precedentes obligatorios, a cuya doctrina deben atenerse todas las jurisdicciones.
2. Las decisiones de la *Court of Appeal* constituyen precedentes vinculantes para todas las jurisdicciones, inferiores jerárquicamente a este tribunal, incluida la propia *Court of Appeal*.
3. Las decisiones de *High Court of Justice* se imponen sobre las decisiones inferiores y, sin ser estrictamente obligatorias, gozan de un

<sup>29</sup> Hay una parte de la doctrina que a la hora de establecer las fuentes del derecho inglés, establece lo siguiente: 1. Fuente histórica, en el que incluye el *Common Law*, la *Equity*, derecho normando, derecho romano, derecho canónico, etcétera; 2. Fuente como lugar de consulta, y marcan la actualidad en las páginas web y así diferencian entre jurisprudencia (*Law Reports*) y el derecho escrito (*Statute Book*); 3. Fuente como institución creadora del derecho, y así establecen que son tres: a. Parlamento que aprueba el derecho escrito (*Statute Book, Act Book*), b. El derecho judicial, *Judge Made Law*, aprobado en los tribunales; c. La normativa emanada del gobierno, de la administración (*Statutory Instruments*).

alto valor de persuasión, y a ellas se atienen, por regla general, las diferentes divisiones de la propia *High Court of Justice*.<sup>30</sup>

Se considera que los precedentes de los tribunales superiores son obligatorios o vinculatorios para ellos mismos, así como para los tribunales jerárquicamente inferiores, y que son los jueces de estos últimos los que al invocar el fallo anterior, le confieren la calidad de precedente judicial.<sup>31</sup> De hecho, se habla de que una de las grandes funciones de la jurisprudencia es, precisamente, ser creadora del derecho, a través de su vinculatoriedad.

Los jueces de los sistemas anglosajones, y concretamente del derecho inglés, en la actualidad siguen creando derecho a través de los precedentes vinculantes. En cualquier resolución judicial de los tribunales superiores se contiene siempre la *ratio decidendi* e incluyen diversos aspectos: 1. Las normas legales; 2. Los precedentes vinculantes que se aplican, *Binding Precedent*; 3. El razonamiento que el juez ha seguido para llegar a esa concreta resolución.

Si sigue este precedente vinculante, se originará inmediatamente un precedente más. Puede ocurrir que el juez emita una opinión que se aleje del *Binding Precedent* y será por lo tanto un *Persuasive Precedent*.

Los jueces siempre están obligados a seguir el precedente y de hecho la mayor parte de los recursos se basan en la errónea interpretación del precedente.

Hay una fórmula de innovación conocida como *Distinguishing* y permite a un juez apartarse de un precedente vinculante alegando la existencia de particularidades que diferencian a un caso del anterior. Esta es, de hecho, la principal vía para actualizar el *Common Law*.

Como segunda fuente del derecho inglés, tenemos la ley (*Statute, Act, Law*). La Ley emana del Parlamento a través de los *Act of Parliament*.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Quiroz Acosta, Enrique, "El precedente en México y en Estados Unidos", *Lex, Difusión y Análisis*, México, año IV, abril de 1998, núm. 34, p. 34.

<sup>31</sup> Morineau Iduarte, Marta, *Una introducción...*, cit., nota 16, pp. 23 y 24.

<sup>32</sup> Véase los cambios producidos por el Parlamento, Ferrer, Isabel, "Escocia marca distancias con la reina Isabel en la inauguración de su Parlamento autonómico", *El País*, Madrid, 2 de julio de 1999, Sección Internacional, pp. 3 y 4; Ramos, Carlos, "Fin de los Lores hereditarios", *El País*, Madrid, 28 de octubre de 1999, Sección Internacional, p. A25. En el siglo XVII, cuando se dieron los conflictos entre los reyes Estuardo y el Parlamento, los tribunales apoyaron la causa de este último (supremacía como órgano legislador).

En la actualidad cobra más importancia la ley, de hecho las instituciones de nueva creación tiene su origen en el derecho legislado.<sup>33</sup>

La tercera fuente del derecho inglés es la costumbre, que se puede referir a:

1. Costumbre general, como aquella costumbre general inmemorial, costumbres de los antiguos reinos anglosajones.
2. Costumbre mercantil, creadas en la Edad Media y que se formaron con las prácticas adoptadas por comerciantes y mercaderes.
3. Costumbre local, que la puede hacer valer una persona ante un tribunal, buscando se le reconozca y declare un derecho que ha venido ejerciendo por algún tiempo. Se invoca y si el tribunal la acepta es derecho local, además debe reunir ciertos requisitos: a) debe existir desde tiempo inmemorial. Un Estatuto de Westminster de 1275 determinó la calidad de inmemorial de la costumbre a aquella que se practicaba desde 1189; b) debe circunscribirse a una región determinada y su contenido ha de ser preciso; c) ejercicio continuado, razonable, público y sin vicios; d) no debe contrariar ninguna norma jurídica vigente, jurisprudencial o legislada.

Otra de las fuentes consideradas en el derecho inglés es la razón, dado que ésta es, en ausencia de reglas jurisprudenciales o de legislación, a la que recurren los jueces a efecto de emitir una decisión del caso.<sup>34</sup> De hecho, René David expresa que “la costumbre general inmemorial del reino” invocada por los primeros jueces de las cortes reales del *Common Law* era tan sólo una “ficción”, una imaginaria norma sancionada por la *opinio iuris su necessitatis*, a efecto de legitimizar sus sentencias carentes de cualquier otro fundamento más que el de la razón, de esta manera René David considera que la razón es una fuente inagotable que permite a los jueces ingleses llenar las lagunas de derecho, e incluso orientar la evolución de su

<sup>33</sup> Una cuestión que queda más de relieve en el derecho de Estados Unidos, como veremos con posterioridad.

<sup>34</sup> David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10a. ed., París, Dalloz, 1992.

sistema jurídico a través de “soluciones razonables” que deben armonizar con las normas jurídicas ya existentes.<sup>35</sup>

Por último, la doctrina es la quinta fuente del derecho inglés, también denominada libros de autoridad,<sup>36</sup> aceptados universalmente por jueces y abogados.

Son libros de autoridad algunos textos antiguos, en torno a los que la práctica judicial ha establecido una tradición en cuanto a considerarlos como fuentes originarias del derecho inglés, pero no todos los libros de textos antiguos son ubicados como tal sino a un número limitado de obras de prestigio que así han sido reconocidos por la práctica profesional; obras escritas generalmente por jueces y entre las que podríamos enumerar a Glanvill, *De Legibus et Consuetudinibus Anglica* (ca. 1189); Coke, *Institutes of the Laws of England* (1629); Blackstone, *Commeritaries on the Laws of England* (1765).

De Blackstone en adelante los autores de textos legales son autores de textos recientes, son autores de segunda categoría y ello es debido a dos razones, la primera porque desde la época de Blackstone los principios del *Common Law* quedaron establecidos en forma definitiva y en segundo lugar, porque en la actualidad, los reportes de los casos son más accesibles y confiables.<sup>37</sup>

### III. EN TORNO AL DERECHO DE ESTADOS UNIDOS

#### 1. *La penetración del derecho inglés en Estados Unidos*

El nacimiento de Estados Unidos forma parte de un cúmulo de circunstancias que dan como detonante final el surgimiento de una nueva nación con peculiaridades muy distantes del país que originariamente le transmite o hereda su derecho, nos referimos a Inglaterra obviamente.

La recepción del derecho inglés se debió a la colonización ya que los ingleses trasplantaron su derecho a los diferentes lugares en donde ejercie-

<sup>35</sup> David, René, *Los grandes sistemas jurídicos...*, cit., nota 6, pp. 300, 302 y 303, cit., por Zárate, Jose Humberto, Martínez García, Ponciano Octavio, Ríos Ruiz, Alma de los Angeles, *Sistemas jurídicos contemporáneos...*, cit., nota 42, pp. 115 y 116.

<sup>36</sup> Morineau Iduarte, Marta, *Familias jurídicas contemporáneas*, México, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Porrúa, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, *Anuario*, 2004, pp. 476-479.

<sup>34</sup> Morineau Iduarte, Marta, *Una introducción...*, cit., nota 16, p. 28.

ron su dominio, tanto en las islas británicas como fuera de ellas como es el caso de Estados Unidos, pero reiteramos que existen diferencias muy profundas entre los sistemas jurídicos de estos dos países debido, fundamentalmente a que el derecho americano recibió influencias ajenas a las inglesas y además porque después de su independencia, Estados Unidos se convirtió en una república federal, adoptando una organización político-constitucional diferente de la inglesa, apareciendo así un derecho federal y un derecho local,<sup>38</sup> circunstancia que no encontramos en Inglaterra.<sup>39</sup>

Así tenemos como en el continente americano, las antiguas colonias británicas comienzan a rechazar el dominio inglés, el dominio de la matriz.

Los primeros establecimientos del Reino Unido en el territorio del actual Estados Unidos proceden del siglo XVII y son las colonias independientes de Virginia (1607);<sup>40</sup> Maryland (1632); Plymouth (1620); Massachusetts (1630); Nueva York (1664), Pensilvania (1681) y las restantes hasta constituir las primeras trece colonias en 1772.<sup>41</sup>

De esta manera tenemos que no sólo se organizaron los famosos peregrinos del *Mayflower*<sup>42</sup> sino todos los colonos de las trece colonias origi-

<sup>38</sup> De hecho, no todos los sistemas jurídicos locales, en cada uno de los estados de la Unión americana, son iguales entre sí. Luisiana, por ejemplo, confluyen dos tradiciones jurídicas, la del *Common Law* y la del *Civil Law* o Romano-germánico; en el resto de los estados predominan genuinamente el *Common Law* que se ha dado en denominarse una versión constitucionalizada del *Common Law* inglés. Morineau Iduarte, Marta, *ibidem*, p. 69.

<sup>39</sup> Cruz, Peter de, *Comparative Law in a Changing World*, Gran Bretaña, Cavendish Publishing Limited, 1995, p. 109, *cit.* por Morineau Iduarte, Marta, *Una introducción al Common Law...*, *cit.*, nota 16, p. 69.

<sup>40</sup> El primer asentamiento inglés en lo que hoy es Estados Unidos, fue con la fundación de la ciudad de Jamestown, Virginia, en 1607.

<sup>41</sup> Márquez Piñero, Rafael, "El sistema jurídico de Estados Unidos", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 13, México, UNAM-Corte Constitucional de Guatemala, 1994, pp. 12 y ss.

<sup>42</sup> El *Mayflower Compact* del 11 de noviembre de 1620, celebrado entre 41 inmigrantes del Nuevo Mundo, es demasiado vago en sus aspectos jurídicos como para considerarlo como inicio del derecho estadounidense. Más interesante es, al respecto, el *Charter de la Massachusetts Bay Company* de 1629. Margadant, Guillermo Floris, *Los sistemas jurídicos contemporáneos. Antecedentes y panorama actual*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1996, pp. 78 y ss. Véase, asimismo, las lecturas de López Monroy, José de Jesús, *Sistema jurídico del Common Law*, México, Porrúa, 2003; Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Porrúa, 2001; Zárata, José Humberto, Martínez García, Ponciano Octavio, Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Mc Graw-Hill, 1997.



nales, a través de una patente, o sea una carta dada a un individuo o empresa particular, normalmente metida en tráfico marítimo, en la primera parte del siglo XVII. Estas cartas otorgaron una autorización para una especie de autonomía, pero con base al ordenamiento legal establecieron que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se depositaran en manos de un consejo real nombrado por la corona inglesa; al mismo tiempo se formó una asamblea representativa y en el año 1624, se celebraron asambleas y se elaboraron leyes.

Por regla general, las asambleas coloniales adoptaban el derecho común inglés como la base general de su jurisprudencia con la condición de que fuera posible una modificación en caso de ser necesario o por las condiciones locales.

Acerca del derecho que regía en las trece colonias inglesas, René David afirma que Londres hubiera señalado que, de acuerdo con el principio del Caso Calvino de 1608, la respuesta es la siguiente: “El *Common Law* de Inglaterra, en principio, es aplicable; los súbditos de la corona británica lo llevan consigo cuando se establecen en territorios no sometidos a naciones civilizadas”.<sup>43</sup> Esa es la razón principal de recibir América el derecho inglés, otra cuestión diferente es que se adaptase el derecho inglés a una nueva realidad como la norteamericana; de hecho, el principio del caso Calvino tenía una limitación y es que el *Common Law* británico sólo resultaba factible de aplicación en las colonias “en la medida en que sus normas se adaptan a las condiciones de vida existentes en dichas colonias”,<sup>44</sup> pero no fue así, ya en el transcurso del siglo XVII se constataba claramente que el *Common Law* inglés se adaptaba escasamente a las condiciones de vida de los colonos ante problemas nuevos que surgen en una tierra por colonizar, el desconocimiento del propio *Common Law* inglés, un derecho primitivo basado en la Biblia, y una discrecionalidad absoluta por parte de los magistrados que administraban la justicia,<sup>45</sup> entre muchas de las razones.

En 1700, cada colonia norteamericana ya tenía una asamblea elegida y su propio gobierno, excepto Carolina del Sur. Los colonos estaban seguros de que los ingleses no intentarían manipular sus cartas, es decir, las Cons-

<sup>43</sup> David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos...*, cit., nota 6, pp. 310 y ss.

<sup>44</sup> Márquez Piñero, Rafael, *El sistema jurídico de Estados Unidos...*, cit., nota 41, p. 13.

<sup>45</sup> *Idem.*

tituciones, y de que ni siquiera intentarían abolir las asambleas elegidas. No obstante, los colonos tenían sus diferencias con la madre patria.

Los juristas de la nueva nación soberana se revelaron contra la antigua tradición legal, e inclusive prohibieron la cita de decisiones judiciales inglesas en documentos oficiales. Dicha separación permitió también un acelerado desarrollo del derecho estadounidense, proceso tal que ya resultaba evidente en la peculiar problemática nacional planteada durante la guerra civil en 1861, y en sus consecuencias jurídicas, consistentes en el fortalecimiento de los poderes federales, principalmente del Ejecutivo, y en la abolición de la esclavitud.<sup>46</sup>

En 1775 se inicia la guerra de revolución en contra del dominio inglés, y un año más tarde se aprobó por el Congreso Continental la Declaración de Independencia de las Trece Colonias.<sup>47</sup>

En el siglo XVIII, en Estados Unidos,<sup>48</sup> hay un importante desarrollo económico y por lo tanto la necesidad de un derecho más evolucionado<sup>49</sup> que no podía decantarse en acoger entre el sistema jurídico del *Common Law* o el sistema continental, con una fuerte influencia de la codificación,<sup>50</sup> inclinándose finalmente en un sistema propio del *Common Law* con características propias.<sup>51</sup> No obstante, debemos puntualizar y co-

<sup>46</sup> Quiroz Acosta, Enrique, “El precedente en México y en Estados Unidos”, *Lex, cit.*, nota 30, p. 35.

<sup>47</sup> Durante la guerra, varias colonias promulgaron sus Constituciones, entre cuyos documentos destacamos la de Virginia (1776) por su *Bill of Rights*, su lista de derechos individuales inviolables, obra de Jefferson; Margadant, Guillermo Floris, *Los sistemas jurídicos contemporáneos...*, *op. cit.*, nota 42, p. 80. Véase al mismo autor en referencia en las páginas 77-90 al recorrer los orígenes y evolución del derecho norteamericano.

<sup>48</sup> Sobre la independencia de Estados Unidos véase Morineau Iduarte, Marta, *Una introducción al Common Law...*, *cit.*, nota 16, pp. 74-81 y toda la selecta bibliohemerografía que la autora señala.

<sup>49</sup> En ese desarrollo debemos señalar que ante un interés por el estudio propio de un *Common Law* y su desarrollo en el continente americano, se publicaron en Filadelfia, en los años 1771 y 1772, los *Comentarios de Blackstone*.

<sup>50</sup> De hecho, con el fin de evitar que la discrecionalidad que imperaba en las colonias inglesas provocara una aplicación arbitraria del derecho, algunas colonias emprendieron la tarea de codificarlo. Sin embargo, los códigos que aparecieron entonces, como el de Massachusetts, en 1634, o el de Pensilvania, en 1682, no tienen mucha relación con un código moderno por lo que toca a la técnica y sistematización. Morineau Iduarte, Marta, *Una introducción al Common Law...*, *cit.*, nota 16, pp. 73 y 74.

<sup>51</sup> En un epígrafe posterior se analizarán las diferencias derecho inglés-derecho de Estados Unidos.

mentar que la independencia política de los territorios no significa independencia jurídica.<sup>52</sup>

A pesar de todas las influencias mencionadas a lo largo del texto, no debemos desdeñar que la lengua también es un elemento determinante para englobar a los países que forman parte de esta familia jurídica del *Common Law*. Fiedman, cuando nos habla de los angloparlantes, coincide con René David y Camille Jauffret-Spinosi cuando afirma que la familia jurídica del *Common Law* incluye, salvo muy raras excepciones, a los derechos de todos los países de habla inglesa.<sup>53</sup>

Es importante comentar que tanto para Inglaterra como para Estados Unidos es 1900 el año en el que surge el derecho comparado,<sup>54</sup> sin embargo no resultó trascendental en su momento el estudio de dicha disciplina en virtud de que muchos años antes algunos juristas, tanto en los tribunales como en las universidades, habían analizado los sistemas legales neogermánicos.

En 1869 se designa en Inglaterra a sir Henry Maine para impartir la primera clase de derecho comparado en la universidad de Oxford. De manera simultánea, en Estados Unidos comienzan a desarrollarse dichos estudios, al establecerse las cátedras de derecho romano en las universidades de Yale en 1876 y Columbia en 1880.<sup>55</sup> Realmente hubo un importante desarrollo de la cultura, lo cual motivó la fundación de prestigiosas universidades como Harvard en 1636; Yale, 1701 y Princeton, 1747, entre otras.

## 2. Fuentes del derecho en Estados Unidos:<sup>56</sup> Especial referencia a los Restatement of the Law

Antes de iniciar con el orden de prelación de las fuentes del derecho en Estados Unidos, queremos realizar una sencilla apreciación y es que ac-

<sup>52</sup> En la actualidad se puede dictar una sentencia en la India con precedente judicial de Estados Unidos.

<sup>53</sup> David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit*, cit., nota 34, p. 18, por Morineau Iduarte, Marta, *Una introducción al Common Law...*, cit., nota 16, p. 71

<sup>54</sup> En torno a los orígenes del derecho comparado, véase el interesante estudio que nos dejó Marta Morineau, como parte de su tesis doctoral, y que a título póstumo se publica en esta obra colectiva como homenaje.

<sup>55</sup> Quiroz Acosta, Enrique, "El precedente en México y en Estados Unidos", *Lex...*, cit., nota 30, p. 26.

<sup>56</sup> Hay un sector doctrinal que divide las fuentes del derecho norteamericano en las siguientes: 1. Fuente histórica, en la que se parte del derecho colonial, la Declaración de

tualmente la bibliografía más importante estadounidense no expone de manera clara cuáles son las fuentes de su derecho; simplemente las referencias a las fuentes no han sido actualizadas con respecto a los cambios más importantes en Estados Unidos y por lo tanto no disponemos de un material que nos refiera de manera exacta cuál es el papel y la preponderancia de cada una de dichas fuentes.

Marcando un orden de prelación de las fuentes del derecho americano tenemos que situar en primer lugar la jurisprudencia y posteriormente la ley, destacando entre una y otra los *Restatement of the Law*.

La jurisprudencia como un sistema u ordenamiento, el norteamericano, hecho por los jueces, que cumple un papel primordial, aludiendo al conjunto de decisiones judiciales, el *Case Law*.

Por lo que se refiere a la regla del *Stare Decisis*, la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, no encontramos en Estados Unidos el mismo rigor, en su aplicación, como el que existe en Inglaterra lo que hace más fácil que un tribunal norteamericano desconozca sus propios precedentes.<sup>57</sup> De hecho, “lo anterior tiene diferentes explicaciones, así René David y Camille Jauffret-Spinosi señalan que como consecuencia del sistema federal, los estados de la Unión son soberanos en relación con su régimen interno y por ello cuentan con su propia organización judicial. Es así, entonces, que en el país existen tribunales federales y tribunales locales y, como las cortes superiores de los estados pueden establecer precedentes, esta circunstancia provocaría diferencias irreductibles entre los derechos de los estados, si la regla del *Stare Decisis* no se aplicara de una manera más flexible”<sup>58</sup>

La sociedad norteamericana es una sociedad dinámica y en consecuencia con ello tenemos una actuación de la Suprema Corte con infinidad de cambios que se pueden detectar en sus criterios, especialmente cuando aborda temas constitucionales y políticos. De esta manera tenemos que las

Independencia de 1776, la Constitución norteamericana de 1789; la Declaración de Derechos, los famosos Bill of Rights; 2. Fuentes como lugar de consulta, en donde la jurisprudencia se contienen en los Law Reports y en Restatement, el derecho escrito se contiene en el llamado U.S. Code, que recoge las leyes vigentes aprobadas por el Congreso desde 1873; 3. Fuentes como institución creadora del derecho, dividida a su vez en: a. Parlamento Federal y Parlamentos Estatales; b. La jurisprudencia, dividida en Federal, U.S. Courts, y Estatal, State Courts; c. La Administración Central es U.S. Administration.

<sup>57</sup> Morineau, Marta, *Una introducción al...*, cit., nota 16, p. 87.

<sup>58</sup> *Idem*.

sentencias de los tribunales americanos se publican tanto en repertorios oficiales como en colecciones privadas. Entre las colecciones privadas tenemos los *American Reports*, *Annotated Reports System* y el *National Reports System* o los importantísimos *Restatement of the Law* que abordaremos de manera muy especial.

Los pronunciamientos de los jueces pueden tener un gran efecto sobre la sustancia del derecho en Estados Unidos, pero no todos esos pronunciamientos tienen la capacidad para lograrlo. Solamente cuando la situación de hecho, particular del caso, requiere una declaración del derecho con el fin de poder resolver la controversia planteada al tribunal (*Holding*), es que el pronunciamiento de derecho que haga éste, sin importar su profundidad, resulta determinante respecto del derecho que debe ser aplicado en otros casos. Aquello que el tribunal declara, pero que no es necesario para la resolución de la cuestión controvertida ante él, son meramente *Obiter Dicta*, y si bien estos pronunciamientos pueden poseer alguna fuerza de persuasión, particularmente ante los tribunales inferiores en la jerarquía judicial, no se les otorga el *status* de *Stare Decisis*.

Realmente para el derecho norteamericano, el análisis de la jurisprudencia constituye el núcleo de la actividad del jurista. Ni los veredictos de un jurado ni las resoluciones de los jueces que atañen a los hechos, forman parte de la jurisprudencia.<sup>59</sup>

Tenemos, entonces, que el sistema jurídico estadounidense ya no es un sistema de derecho consuetudinario tal y como se heredó originariamente del derecho inglés, sino que es un sistema de normas positivas, legisladas, donde cobra un interés especial, precisamente, una fuente del derecho hasta ahora poco destacada por la doctrina como son los *Restatement of the Law*.

Hoy en día en Estados Unidos, los casos se deciden por normas concretas y escritas donde cobra un sentido realmente amplio el término legislación. La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Uniformes Estatales), NCCUSL por sus siglas en inglés, redacta muchas leyes pero éstas no tienen ninguna vigencia fuera de su promulgación en los estados; sin em-

<sup>59</sup> McKeever, Kent, "Métodos para la investigación del derecho", en Molloy, John F. y Kozolchyk, Boris (eds. en inglés), Morineau, Marta y López-Ayllón, Sergio (eds. en español), *El derecho de Estados Unidos en torno al comercio y la inversión*, vol. I, *National Law Center for Inter-American Free Trade*, UNAM, 1999, pp. 408-500.

bargo los *Restatement del American Law Institute* (Instituto del Derecho Americano), ALI por sus siglas en inglés, creado en 1923 por un grupo de juristas compuestos por personalidades eminentes del profesorado universitario, del foro y de la magistratura,<sup>60</sup> declaran principios del derecho americano, respondiendo a la preocupación de la abogacía norteamericana de perder orden en su *Common Law*, dispersado entre los estados y aplicado de manera diversa entre sus tribunales independientes.<sup>61</sup>

Realmente fue con la *Association of American Law Schools* (Asociación Americana de Escuelas de derecho), celebrada en Chicago en diciembre de 1921 la que decide utilizar los recursos intelectuales de las escuelas de jurisprudencia para llevar a cabo una “mejoría de la ley”. Desde este encuentro en el cual el gran protagonista fue William Draper Lewis, presidente de la escuela de derecho de la Universidad de Pennsylvania, surge un comité permanente, cuya presidencia le fue ofrecida a Elihu Root, presidente de la *American Bar Association*, con el objeto de involucrar a todas las fuerzas organizadas de la profesión. De hecho, según las palabras de Cardozo: “La perplejidad del juez se convierte en oportunidad para el académico”.<sup>62</sup>

Entre 1923 y 1944 el ALI, aprovechando la fuerza y aceptación de los *Restatement* como fuente derivada del prestigio e influencia de sus miembros,<sup>63</sup> redactó normas que comprendían los principios del derecho ameri-

<sup>60</sup> No cabe duda que el *Restatement* está encuadrado como un producto eminentemente doctrinal. El ALI nació con carácter interprofesional, en el que el principal protagonista es el asistente, a pesar de que la mayoría de sus consejeros son profesores universitarios de tiempo completo y que la presencia de los prácticos es activa aunque limitada a los momentos de aprobación final de los consejos. La razón de esta aparente segregación es intuitiva, si se considera, tan sólo, que el tiempo de preparación y de estudio para cada uno de los *Restatements* variaron entre dos y dieciocho años.

<sup>61</sup> Fue una tarea ardua, dada la existencia de millares de casos y sentencias, el realizar un resumen o síntesis del derecho común en vigor en Estados Unidos. Comité Jurídico Interamericano. *Estudio comparativo del Código de Bustamante, los Tratados de Montevideo y el Restatement of the Law of Conflict of Laws*, Washington, D. C., Unión Panamericana, Departamento Jurídico, 1954, p. 9.

<sup>62</sup> Cardozo, B.N., *The Growth of the Law*, New Haven, 1921, p. 188.

<sup>63</sup> Tal y como expone Mattei, Ugo, “Restatement” en *Dig. IV, disc. Priv. Civile*, 1994, pp. 417 y ss., se reconoce unánimemente que el *Restatement* lleva el sello del formalismo langdelliano, no tanto por los nombres de los personajes que estuvieron involucrados en su redacción sino por el ambiente jurídico destinado a recibir la propuesta. En la redacción del *Restatement* junto a los verdaderos alumnos de Langdell como Willinston, o Beale, por citar a los más notables, fueron involucrados con un papel activo, desde el

cano en el campo civil y mercantil, fundamentalmente, todo ello apoyado en una actitud positiva hacia la codificación,<sup>64</sup> incluso buscando un *Common Law* global cuya característica sea la homogeneidad, armonización,<sup>65</sup> del *Common Law* de una jurisdicción a otra.<sup>66</sup>

Surge entonces el *Restatement* como respuesta al caos normativo y de hecho en los análisis del comité Root se lee:

Entre las causas de incertidumbre del derecho tenemos: falta de acuerdo entre los miembros de la profesión jurídica sobre los principios fundamentales del *Common Law*; falta de precisión en el uso de la terminología jurídica; leyes contradictorias y mal redactadas; tentativas de distinguir entre dos de ellas casi cuando de hecho no justifica la aplicación de diversos principios del derecho; gran volumen de decisiones publicadas; ignorancia de los jueces y de los abogados; cantidad y naturaleza de nuevos casos, falta de un desarrollo sistemático del derecho; multiplicación innecesaria de la reglamentación administrativa.<sup>67</sup>

inicio, los “inventores” de la jurisprudencia sociológica como Roscoe Pound; pioneros del realismo como Corbin y activistas judiciales como Cardozo.

<sup>64</sup> Sobre los antecedentes de la codificación norteamericana remitimos al lector a David Dudley Field y sus códigos, 1847-1889 y los ataques al mismo de Carter y otros opositores que rebatieron los Códigos Field en Nueva York, haciendo un daño permanente al concepto de codificación en Estados Unidos.

<sup>65</sup> González Martín, Nuria, “Sobre la unificación del derecho internacional privado en materia de protección de menores: La Haya y las CIDIPs”, *Memorias del XXVIII Seminario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Pachuca, Hidalgo, 10-13 noviembre de 2004, Disco Compacto; “Reflexiones sobre la utilidad de la comparación y sus efectos en la codificación en derecho internacional privado”, Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004 (en prensa). “La protección internacional del menor en el ámbito americano: especial consideración a las CIDIPs”, *Memorias del XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, del 18 al 22 de octubre de 2004, Sevilla y Huelva, España, organizado por la Universidad Nacional de Educación a Distancia y el Instituto de Desarrollo y Análisis del derecho de Familia en España (en prensa).

<sup>66</sup> En cuanto al conflicto de leyes, Rosset, Arthur, “Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, vol. 40, núm. 3, verano de 1992; Bonell, Michael Joachim, “A ‘Restatement’ of Principles for International Commercial Contracts. An Academic Exercise or a Practical Need?”, *Homenaje a Barrera Graf*, México, UNAM, 1989, t. I, pp. 227-245.

<sup>67</sup> La Piana, “A Task of No Common Magnitude”, *The Dounding of American Law Institute*, Nova Law Review, 1987, p. 1104.

El modo para obtener este resultado, superando las causas de incertidumbre y complicación, no es otro que la redacción de una obra doctrinal, que goce de una dosis de prestigio y autoridad particularmente alto.

Para conseguir tal autoridad parecía que debían seguirse dos vías; por una parte, era necesario obtener la aseveración de la práctica y para tal fin fueron elaborados los complejos procedimientos de aprobación del trabajo doctrinal; por la otra parte el *Restatement* no podría ser pensado como una obra de carácter prescriptivo, pero debía limitarse a describir las reglas del derecho desarrollada en las cortes, y obtener así la legitimación.

El texto del *Restatement* de modo uniforme para todas las materias, debía presentarse al mismo tiempo: analítico, crítico e interpretativo. Analítico porque debe enunciar el estado del derecho y no su evolución; crítico al dar cuenta de las razones de cada regla individual porque “el *Restatement* debe ser más que una colección o comparación de leyes y decisiones, más que una enciclopedia jurídica de mejor calidad, es una verdadera obra de doctrina jurídica”<sup>68</sup> e interpretativo al no basarse únicamente en aquello que las cortes habían ya decidido o en aquellos que las leyes habían dispuesto, sino enfrentando también aquellos problemas que presumiblemente habrían hecho surgir controversias en el futuro.

Por otro lado, otra vía iniciada a través del ALI es precisamente canalizar los *Restatement* en la enseñanza del derecho.<sup>69</sup>

Definitivamente, 1938 fue un año crucial para el derecho de Estados Unidos. Cambiaron las condiciones básicas del derecho norteamericano y los *Restatement* cobraron fuerza en ese nuevo ambiente de principios del

<sup>68</sup> *Idem*.

<sup>69</sup> Una revisión del método de casos en Estados Unidos, desde su introducción por Langdell en 1870 en la Universidad de Harvard, lo podemos encontrar en Serna de la Garza, José María, “Apuntes sobre las opciones de cambio en la metodología de la enseñanza del derecho en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pp. 1047-1082; Montaña i Mora, Miquel, “Harvard y la enseñanza del derecho en Estados Unidos”, *Cuadernos Jurídicos*, España, núm. 8, pp. 21-30 espec. pp. 23-24. Aunque el método socrático continúa siendo una técnica fundamental para la enseñanza del derecho en Estados Unidos, está en franco retroceso. Ya en 1975, en su informe anual al presidente de la Universidad, el decano de la Escuela de Derecho de Cornell afirmó que uno de los mayores cambios producidos en la enseñanza del derecho era el declive del método socrático o método de casos. Byse, C., “Fifty Years of Legal Education”, *Iowa Law Review*, Estados Unidos, vol. 71, 1986, p. 1064.



siglo XX,<sup>70</sup> reformulándose la función del ALI y la función de los *Restatement* a finales del XX y principios del XXI por su función científica y su sobresaliente influencia en la práctica.<sup>71</sup>

El éxito del *Restatement* estaba claro desde la Comisión Root en el que se daba la bienvenida a cualquier esquema que prometa ayudar o aliviar al práctico desorientado. La estructura y procedimiento del *Restatement* eran tales que garantizaban una “evidencia *prima facie*”, de cualquiera que fuera el derecho y de otorgar un ahorro extremo en el trabajo de investigación y una buena probabilidad de que la Corte se atuviese a cuanto era recomendado en el *Restatement*.

El *Restatement of the Law*, aunque no hay un acuerdo en la forma correcta de su traducción, ya que no existe en el argot jurídico propio del *Civil Law*, podríamos traducirlo como “Recopilaciones jurídicas”, y son una serie de volúmenes publicados por una asociación privada, la citada ALI, en el que para una determinada rama del derecho se señalan los criterios vigentes o la forma en que el derecho debería ser.<sup>72</sup> Existen, por ejem-

<sup>70</sup> Véase las lecturas correspondientes a Herbert Wechsler y la orientación moderna del ALI y los Restatements.

<sup>71</sup> De hecho, en diferentes reuniones del Comité Jurídico Americano, como la de Río de Janeiro de 1950, se hablaba que la tentativa de armonizar los diferentes grupos de codificación existentes en América Latina debía comprender el *Restatement* norteamericano. La razón fundamental siempre ha sido la conveniencia de incorporar a Estados Unidos en el movimiento jurídico americano en pro de la codificación y así conseguir que el campo de aplicación de este nuevo instrumento jurídico fuese más extenso, buscando siempre cordialidad y cooperación.

Aceptar, Estados Unidos, de esta manera un Código de Derecho Internacional Privado que tenga fuerza legal en su territorio representaría ir en contra de la Constitución que no permite al gobierno federal celebrar tratados sobre cuestiones civiles y comerciales que son competencia legislativas de los estados que forman la Unión.

Sobre el comparativo véase Comité Jurídico Interamericano. *Estudio comparativo del Código de Bustamante, los Tratados...*, cit., nota 61, pp. 11-180.

<sup>72</sup> Hay serias críticas en el intento que se realiza, mediante una traducción del *Restatement*, concretamente del conflicto de derechos, para que éste sea más accesible al mundo latino; se aconseja, por parte de ciertos autores, que los juristas del *Civil Law* eviten recurrir al *Restatement*, el cual ya ha ejercido excesiva atracción sobre ellos como un recurso simplificador de su labor de investigación, en definitiva el *Restatement* no ofrece un resumen correcto del derecho americano. Véase Ehrenzweig, Albert, “El *Restatement* americano del conflicto de derechos: Historia de un fracaso. Una réplica”, *Cuadernos de Derecho Angloamericano*, Barcelona, núms. 7-8, julio-diciembre de 1956, enero-junio de 1957, pp. 35-38; Ehrenzweig, Albert, “American Conflicts Law in its Historical Perspective: Should the Restatement be Continued”, *University of Pennsylvania*

plo, *Restatement of the Law of Contract*,<sup>73</sup> *Restatement of the Law of Property*, *Restatement of the Law of Trust*, *Restatement of the Law of Partnership*, *Restatement of the Law of Torts*,<sup>74</sup> *Restatement of the Law Third. The Law Governing Lawyers*,<sup>75</sup> *Restatement of International Law*, *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*,<sup>76</sup> *Restatement of Conflict of Law*,<sup>77</sup>

*Law Review*, 103, 1954. Rheinsetein, Max, Recensión bibliográfica, 10, *University of Chicago Law Review*, 466, 1943.

<sup>73</sup> Ferris, Susan V., "Liquidated Damages Recovery under the Restatement (Second) of Contracts", *Cornell Law Review*, Ithaca, Nueva York, vol. 67, núm. 4, abril de 1982; Braucher, Robert, "Interpretation an Legal Effect in the Second Restatement of Contracts", *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 81, núm. 1, enero de 1983; Kull, Andrew, "Disgorgement for Breach, the 'Restitution Interest' and the Restatement of Contracts", *Texas Law Review*, Austin, Texas, vol. 79, núm. 7, junio de 2001.

<sup>74</sup> Bernstein, Anita, "Restatement (Third) of Torts: General Principles and the Prescription of Masculine Order", *Vanderbil Law Review*, Nashville, Tennessee, vol. 54, núm. 3, abril de 2001; Hylton, Keith N., "The Theory of Tort Doctrine and the Restatement (Third) of Torts", *Vanderbil Law Review*, Nashville, Tennessee, vol. 54, núm. 3, abril de 001; Kolar, Jordan K., "Is this Really the End of Duty?: The Evolution of the Third Restatement of Torts", *Minnesota Law Review*, Minneapolis, vol. 87, núm. 1, noviembre de 2002; Rue, John D., "Returning to the Roots of the Bramble Bush: The 'But For' Test Regains Primacy in Causal Analysis in the American Law Institute's Proposed Restatement (Third) of Torts", *Fordham Law Review*, Nueva York, vol. LXXI, núm. 6, mayo de 2003.

<sup>75</sup> Berlinguer, Aldo, "Il 'Restatement of the Law sugli avvocati: Primer osservazioni di un giurista civilian", *Rassegna Forense*, Roma, año XXXIV, núm. 3, julio-septiembre de 2001, pp. 491-539; Wendel, W. Bradley, "Regulation of Lawyers Without the Code, the Rules, or te Restatement: Or, what do Honor and Shame Have to do with Civil Discovery Practice?", *Fordham Law Review*, Nueva York, vol. LXXI, núm. 4, marzo de 2003.

<sup>76</sup> Ramsey, Stephen D., "State Responsibility under the Restatement", *Proceedings American Society of International Law*, Washington, D. C., abril 5-8, 1989, pp. 232-239; The American Law Institute, *Restatement or the Law Seconda, Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, Minn, American Law Institute Publishers, 1965; Schachter, Oscar, "The Revised Draft Restatement of the Foreign Relations Law of the United State and Customary International Law", *American Journal of International Law Proceedings*, Washington, D. C., núms. 25-27, abril de 1985; Kessedjian, Catherine, "Le Restatement or the Foreign Relations Law of the United States: un nouveau Traite de Droit International?", *Journal du Droit International*, París, 117, año, núm. 1, enero-febrero-marzo de 1990.

<sup>77</sup> La parte relativa a los conflictos de leyes se encomendó en 1923, al profesor J. H. Beale de la Universidad de Harvard, con quien colaboraron varios representantes del profesorado y de la judicatura. En 1929 el profesor Beale presentó un anteproyecto y en 1930 y 1931 los textos fueron revisados por el ALI. Después de una segunda revisión los textos fueron aprobados y adoptados por el Instituto en 1934. Comité Jurídico Interamericano. *Estudio comparativo del Código de Bustamante, los Tratados de...*, op. cit., nota 61, p. 9.

entre otros.<sup>78</sup> Los *Restatement* son frecuentemente citados por jueces en sus sentencias, inclusive en los casos en que deciden no seguir lo expuesto en el *Restatement*. Existen *Restatement* que han sido revisados y nuevamente publicados<sup>79</sup> dado su carácter evolutivo. La idea de una actualización periódica necesaria del primer *Restatement* estuvo siempre presente y fue preferido en la elaboración del segundo *Restatement* más que enmendar al primero, para no correr el riesgo de anquilosar la evolución del derecho. El ALI sigue todavía activo y en diversos sectores se ha producido ya un tercer *Restatement*, mientras en otros campos los trabajos de preparación, están siempre confiados a los doctrinarios más prestigiosos del momento.

Para David y Jauffret-Spinosi son una especie de Digesto, de cada rama del derecho, ya que contienen las decisiones judiciales, ordenadas sistemáticamente, por materia.<sup>80</sup>

El *Restatement* trata de exponer, en forma tan exacta como sea posible, las soluciones que son más armónicas con el sistema el *Common Law* americano y que, por tanto, han sido sancionados de forma general por los tribunales americanos.<sup>81</sup>

El *Restatement* se completa con dos series de volúmenes. La serie de *Restatement in the Courts* indica los casos en que un artículo del *Restatement* ha sido citado, sea para observar su doctrina, sea para rechazarla o matizarla, en las sentencias de los diferentes tribunales americanos. La serie de *State Annotations* muestra en qué medida las normas recopiladas por el

<sup>78</sup> En esa enumeración, podemos incluir el interesante artículo de Neuborne, Burt, "Notes for the Restatement (First) of the Law of Affirmative Action. An essay in Honor of Judge John Minor Wisdom", *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 64, núm. 6, junio de 1990, pp. 1543-1556.

<sup>79</sup> Hernany Veytia cuando nos habla de la importancia de los principios de UNIDROIT nos hace una llamada de atención al comentar que éstos, los principios, son más que generalidades y algo menos que una ley y han venido a "desenmascarar a la llamada *lex mercatoria* y tal parece que la figura del *Restatement* norteamericano ha llegado al sistema de tradición jurídica romano-canónica-napoleónica". Veytia, Hernany, "El capítulo uno de los principios de UNIDROIT: Disposiciones generales" en varios autores, *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, México, UNAM-Universidad Panamericana, 1998, p. 34.

<sup>80</sup> David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit...*, cit., nota 34, p. 353.

<sup>81</sup> Sin embargo, no olvidemos que los *Restatements* no entran en vigencia formal por la aprobación y promulgación del poder Legislativo, pero sí se aplican por los tribunales.

*Restatement* son observadas en los diversos estados. También bajo el nombre de *Supplements*, se han agregado correcciones y aclaraciones a los diversos volúmenes del *Restatement*. En definitiva, cada texto se presenta en forma de un esquema de los principios fundamentales del derecho establecidos en ese campo, junto con un importante análisis académico y anotaciones textuales.<sup>82</sup>

Es un hecho, tal y como venimos comentando, que el *Restatement of the Law* está siendo muy bien acogido en los países habituados a la técnica de codificación ya que se cuenta con la posibilidad de disponer de una exposición sistemática del derecho de Estados Unidos, de forma semejante a los códigos a los que estamos acostumbrados a manejar. No obstante, *Restatement* y Código tienen sus diferencias, el *Restatement* es una obra privada y la autoridad que se reconoce a sus fórmulas no es otra que la que pueden tener sus compiladores y en concreto la persona que ha dirigido la preparación de cada volumen y por lo tanto esta autoridad es variable, dependiendo de la calidad y reputación de los autores. En ningún caso el *Restatement* se utiliza en Estados Unidos como un código. Sí se citan en los fallos judiciales pero la solución escogida por lo jueces o juristas americanos como más conforme con la justicia no se deduce del *Restatement* sino de los principios que en ellos se recogen pero que emanan del precedente jurisprudencial. En algunas circunstancias, las resoluciones locales pueden haber rechazado los principios señalados en algún *Restatement*, de modo que en la práctica resulta preciso revisar la jurisprudencia sobre el tema de que se trate en una jurisdicción determinada. En algunas jurisdicciones estatales, el tribunal de mayor jerarquía ha declarado que si no existe una resolución anterior de *Common Law* sobre la materia en dicha jurisdicción, el tribunal se apegará al derecho según haya sido declarado en el *Restatement* pertinente.<sup>83</sup>

Es una especie de Digesto en el que pueden hallarse, ordenadas sistemáticamente, las decisiones jurisprudenciales importantes recaídas en los casos de la especie.<sup>84</sup>

En definitiva, los *Restatement* constituyen la tentativa de proporcionar un panorama coherente del derecho en las materias cuyas fuentes depen-

<sup>82</sup> McKeever, Kent, "Métodos para la investigación del derecho...", *op. cit.*, nota 59, p. 512.

<sup>83</sup> *Idem.*

<sup>84</sup> Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos...*, *cit.*, nota 12, pp. 205 y 206.

den principalmente del *Common Law*, es decir, del derecho de creación judicial.

El derecho consuetudinario y el método por caso, o método socrático, con respecto a la enseñanza del derecho, han desaparecido prácticamente del derecho norteamericano contemporáneo. El sistema jurídico de Estados Unidos ha madurado, y los *Restatement* forman una fuente importante y concreta del derecho estadounidense.

Continuando con las fuentes, por lo que respecta a la ley como fuente del derecho americano, tenemos que como consecuencia del régimen federal americano, existen en Estados Unidos, leyes federales y leyes de los estados.

En el ámbito federal, la Constitución de Estados Unidos, la Constitución más antigua que data de 1787, es la que ocupa el lugar más alto en la jerarquía. Después de la Constitución siguen las leyes federales, emanadas del Congreso de Estados Unidos y al lado de ellas los tratados internacionales. A continuación están, en el mismo escalafón, las reglas de los diferentes procedimientos, establecidas por la Suprema Corte y dotadas de fuerza legal por el Congreso. Además, existen las leyes que expiden los departamentos administrativos, en virtud de facultades delegadas del Congreso.<sup>85</sup>

Con respecto a la legislación local se reitera el orden de prelación mencionada con respecto a la legislación federal señalando, por otra parte, que las leyes federales prevalecen sobre las leyes de los estados.<sup>86</sup>

Como vemos, en Estados Unidos hay una variedad importante de leyes y por ello no es fácil estar al corriente de toda la legislación que se encuentra en vigor. Así, las leyes que aprueba el Congreso se publican en forma oficial primero como *Slips Laws*, que son folletos sin encuadernar que aparecen casi de inmediato cuando la ley es promulgada por el presidente. Al final de cada periodo de sesiones se publican todas las leyes aprobadas durante las sesiones, recopiladas en orden cronológico en el *United States Statutes at Large*. En el caso de los estados todas las leyes aprobadas en el

<sup>85</sup> Márquez Piñero, Rafael, *El sistema jurídico...*, *cit.*, nota 41, pp. 27-51. En torno al control de constitucionalidad de las leyes, véase el caso *Marbury vs. Madison* (1803) *ibidem*, pp. 32 y ss.

<sup>86</sup> Wilson, Woodrow, *El gobierno congresional. Régimen político en Estados Unidos*, México, UNAM, 2002.

periodo de sesiones, se publican bajo el nombre de *Session Laws*, ordenadas cronológicamente.<sup>87</sup>

El derecho legislado es la fuente principal en Estados Unidos, dependiendo, eso sí, siempre este cuerpo legal de la interpretación judicial; por ello, buscar y encontrar una ley no es suficiente, si no se examina la interpretación judicial que se haya hecho de la misma; por ello, además de los *Statutes at Large*, también se envían éstos para su publicación a la editorial que depende del Congreso, donde se reestructuran en forma temática para formar el *United States Code* (USC).

Este USC divide todo el derecho legislado vigente en 50 áreas temáticas o títulos. Estos títulos se subdividen en partes lógicas de la materia jurídica de que se trate. Como nos comenta McKeever, un orden de este tipo resulta indispensable, ya que el derecho federal es muy amplio. La cita estándar del USC comprende primero el número del título; en segundo lugar señala que se trata del USC, y luego lista el número de sección; debe incluir también la fecha de publicación del volumen del USC y la fecha de cualquier modificación posterior.<sup>88</sup>

Este orden temático de las leyes federales es una herramienta básica para el jurista que ejerce la profesión, por ello, y ante un proceso de edición bastante lento, se han emprendido dos versiones de publicación independiente: el *United State Code Annotated* (USCA) y el *United State Code Service* (USCS). Ambas reproducen el USC con bastante información adicional. Esta información contenida en el USCA y USCS se mantiene actualizada de dos maneras: como publicaciones de bolsillo y como suplementos provisionales. Las primeras son cuadernillos que se publican una vez al año (*Pockets*) e incorporan en forma acumulativa toda modificación al texto del USC, y los suplementos provisionales siguen el mismo esquema respecto de la serie completa, comprendiendo el periodo entre la publicación de las partes de bolsillo de un año y las del año siguiente.<sup>89</sup>

Sin quitarles la importancia que realmente tiene este tipo de publicaciones, tenemos que ser conscientes de que en la actualidad hay un desplazamiento hacia la publicación electrónica, nos referimos a las dos principales

<sup>87</sup> Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos...*, cit., nota 42, pp. 129 y 130.

<sup>88</sup> McKeever, Kent, "Métodos para la investigación del derecho"..., op. cit., nota 59, pp. 496 y 497.

<sup>89</sup> *Idem*.

bases de datos jurídicas: *Lexis* y *Westlaw*. Consultar cualquiera de las dos bases de datos es caro y se cobra en función del tiempo en uso.

Otro servicio computarizado más especializado, en el que se puede consultar cuestiones más particulares, lo tenemos en el *National Law Center for Inter-American Free Trade*, con sede en Tucson, Arizona, el cual publica un sumario semanal de los cambios jurídicos sucedidos en el hemisferio que afectan al comercio y la inversión específicamente.<sup>90</sup>

No queremos finalizar este apartado correspondiente a las fuentes del derecho norteamericano sin hacer mención expresa a la doctrina dada la importancia que tiene ésta, en definitiva, con los *Restatement* tal y como los estamos comentando. Reiterar que la Doctrina, constituida por los más prestigiosos doctos en la materia que han formado parte tanto de la academia, de la judicatura, como del ejercicio en la práctica, congregados en fuertes asociaciones, como el que constituye la ALI, tiene un elemento más que comentar que es la importancia que tiene lograr publicar en las revistas más prestigiosas de Estados Unidos en el que podemos destacar, *Harvard Law Review* y *Yale Journal*, o cualquiera de las revistas de las mejores escuelas de derecho.

No debemos finalizar sin agregar que dada la compleja sociedad norteamericana, con una compleja sociedad industrial y el crecimiento de su gobierno, ha propiciado la necesidad de instaurar una gran red de juntas y comisiones con sus propias reglas de procedimiento, nos referimos a la instauración de un derecho administrativo, realmente preponderante, considerado, por parte de la doctrina, como una fuente más del derecho norteamericano.

El presidente de Estados Unidos emite *Executives Orders*, órdenes ejecutivas, en gran número y de gran importancia, pero no son suficientes para agotar las necesidades de un derecho administrativo realmente en alza; de ahí la creación, para realizar este tipo de normativa, de las *Administratives Agencies*, agencias administrativas. Las reglas de procedimiento y las resoluciones dictadas en el derecho administrativo tienen efectos similares a los pronunciamientos del *Stare Decisis* de los órganos judiciales, en el que se necesita un buen acceso a dichas reglas procesales y resoluciones administrativas, registradas diariamente en el *Federal Register* y posteriormente estas reglas definitivas se codifican en el *Code of Federal Regulations*.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 514.

V. CARACTERÍSTICAS DEL *COMMON LAW*.  
DIFERENCIAS Y ANALOGÍAS ENTRE EL DERECHO INGLÉS  
Y EL DERECHO ESTADOS UNIDOS

*Características del Common Law:* 1) La plasticidad de sus fuentes. 2) El espíritu realista y práctico de sus métodos jurídicos. 3) Concepción empírica del mundo, frente a la concepción racionalista europea. 4) Pensamiento concreto, enemigo de las ideas generales. 5) Carácter judicial eminentemente. 6) Caso real y práctico. 7) Derecho hecho por los jueces, derecho jurisprudencial.

Diferencias derecho inglés-derecho Estados Unidos: 1) Inglaterra, con una Constitución no escrita, flexible;<sup>91</sup> Estados Unidos, con una Constitución escrita federal. 2) Inglaterra una monarquía parlamentaria; Estados Unidos una República Federal.<sup>92</sup> 3) Estados Unidos recibió influencias ajenas a la inglesa (noruegos —Delaware—, suecos —Hudson—, etcétera). 4) Estados Unidos recibió una multiculturalidad, diferencias sociales y culturales. 5) Estados Unidos, conceptos jurídicos nuevos ante una nueva realidad, una realidad distinta a la ínsula inglesa —derecho mercantil, bancario, etcétera—. 6) Los colonizadores desconocían el *Common Law* y aplicaron sus costumbres locales, un derecho arcaico inspirado incluso en la Biblia. 7) Estados Unidos, en sus orígenes nombraron jueces legos con una gran discrecionalidad. 8) Inglaterra, al adquirir su autonomía y consolidación el poder judicial se separó de los demás poderes. 9) Inglaterra un derecho eminentemente procedimental. 10) Estados Unidos un precedente jurisprudencial más suave; ley escrita cobra importancia —comienzo codificación—; destaca los *Restatement*. 11) Enseñanza del derecho: USA método socrático. 12) Ejercicio profesional:<sup>93</sup> *Inglate-*

<sup>91</sup> Bagehot, Walter, *La Constitución inglesa*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2005.

<sup>92</sup> En específico sobre el derecho estatal estadounidense, recomendamos el reciente libro de Barceló Rojas, Daniel Armando, *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2005.

<sup>93</sup> En el ámbito anglosajón hay una multitud de denominaciones del abogado, así en términos generales tenemos al *Lawyer*, *Attorney at Law* (*Attorney in Law* —con poderes judiciales—, *Attorney in fact* —con poderes extrajudiciales—, *District Attorney* —fiscal en los Estados Unidos—, *State Attorney* —abogado del Estado—), *Counsel* (abogado, consejero, normalmente se refiere a la representación letrada que actúa ante los tribunales: *Counsel for Defense* —referido al abogado defensor en materia penal—, *Counsel for*



rra nos encontramos con *Barristers* y *Solicitors*;<sup>94</sup> Estados Unidos, *lawyer* y *paralegals*.<sup>95</sup>

*Analogías derecho inglés-derecho Estados Unidos*: 1. Identidad en la división del derecho. 2. Identidad en la concepción de la norma jurídica;

*Prosecution* —abogado de la acusación—, *Home Counsel* —abogado en exclusiva para un cliente—, *Leading Counsel* —abogado director de un asunto—, *Off Counsel* —abogado colaborador externo—, *Queen's Counsel* —abogado de la reina, como título de honor después de 20 años de ejercicio como *Barristers*—), *Legal Practitioner* (el abogado dedicado a la práctica —*Advocacy, Counselling and Drafting*—) *Solicitors* (término utilizado exclusivamente en Inglaterra, en el que el abogado trata directamente con el cliente, redacta documentos, asesora e interviene en los *Lower Courts*), *Barrister* (término utilizado, asimismo, exclusivamente en Inglaterra, y se refiere al abogado que interviene en exclusiva ante los *Higher Courts* —an *exclusive Right of Audience*—), *Public Prosecutor* (Fiscal en Inglaterra), *Advocate* (nombre que recibe el abogado en Escocia —comprende al *Lawyer, Solicitor* y *Barrister*—), *Consellor* (término utilizado en Estados Unidos — término técnico de origen francés para referirse al abogado y consejero—).

<sup>94</sup> En Inglaterra y Gales, hay dos cuerpos en la profesión de abogados: *Barristers* y *Solicitors*, en los que hay una división de atribuciones. Desde la década de los noventa, hay una discusión sobre si conviene mantener esta división. Una ley del Parlamento enunció que en ciertos casos los *Solicitors* pueden actuar ante la *High Court*.

El *Barristers* tiene su origen en la Inglaterra medieval donde los tribunales estaban separados del público mediante una barra (*Bar*) y sólo la podían traspasar los *Barristers*. *The Bar Council* fue creado en 1895, constituido por cuatro colegios de abogados que representan a la profesión (*Inns of Courts*); a dichos colegios de *Barristers* se tienen que afiliar todos los *Barristers* y los jueces. Para ingresar como *Barristers*, se tiene que poseer el título de derecho. Hay que estudiar cuatro años una carrera general (Ciencias y Humanidades) y después en una escuela de derecho; someterse a un examen e inscribirse en una de los cuatro colegios y un año de pasantía con un *Barristers*. Para el ejercicio de *Barristers*, sólo pueden ejercer individualmente, no pueden constituir sociedades con otros *Barristers*; sí se pueden agrupar en un edificio para compartir gastos. Los *Clerks* organizan las agendas de los *Barristers*, negocian los honorarios, etcétera. Se calcula que en la actualidad hay aproximadamente unos 12,000 *Barristers* entre Inglaterra y Gales.

El *Solicitors*, por otra parte, tiene como principal cometido asesorar a los clientes, preparar documentos e investigar para obtener pruebas, principalmente. Se agrupan en *The Law Society*, creada en 1839. Entre sus funciones destacamos que redactan testamentos, escrituras de compra-venta, quiebras divorcios, etcétera. Para actuar ante la *High Court* necesitan una certificación especial (*ad casum*, para el caso concreto). Para ingresar como *Solicitors* se necesita ser licenciado en derecho, practicar un examen que organiza el colegio de *Solicitors*, y se necesita una pasantía con un *Solicitors* durante un año. Actúan individualmente pero pueden actuar a través de sociedades mercantiles, son los despachos más famosos. Se calcula que en la actualidad hay aproximadamente unos 60,000 *Solicitors* entre Inglaterra y Gales.

<sup>95</sup> En Estados Unidos, el abogado —*Lawyer*— es el que practica la abogacía, asiste al cliente, asesora y prepara los documentos para la demanda. Para ingresar como *Lawyer* es necesario poseer una carrera de cuatro años en un *College* (Ciencias o Letras) y así conseguir el grado de *Bachelor*. Posteriormente es necesario ingresar en la *School of Law*

Identidad conceptual, aunque el USA se introducen conceptos nuevos. 3. Idéntico manejo del *Common Law*, *Equity*, *Trust*, etcétera. 4. derecho jurisprudencial. 5. Reglas legislativas sólo asimiladas una vez aplicadas e interpretadas por los tribunales. 6. No hay una referencia directa a las normas sino a las decisiones judiciales que la han aplicado.

## V. REFLEXIÓN FINAL

En general los derechos del grupo del *Common Law* son una combinación del derecho judicial y el derecho legislado.

El juez para realizar su función de hacer justicia, ha de atenerse a los principios fundamentales de razón y de derecho natural, aunque los aplique a través de las resoluciones de casos anteriores y tomando en consideración las características de las situaciones particulares que se le presenten. Si bien no se debe negar que el *Common Law* es un derecho judicial, en cuanto constituye un derecho creado, en gran medida, por el juez que tiene poderes normativos bastantes más amplios que los que le reconocen los sistemas continentales o de *Civil Law*; no debemos considerar a dicho derecho como desligado de toda clase de normas objetivas de derecho sustancial.

El principio del valor obligatorio del precedente judicial no deja de tener en la propia Inglaterra, adecuados límites. Ya Blackstone observaba que el juez debía acomodarse a la regla *Stare Decisis* sólo en el caso de que el precedente no sea contrario a la razón; y en la actualidad, los tribunales ingleses admiten excepciones a la aplicación de dicha regla cuando pueda apreciarse un cambio en los conceptos de orden público o de la política social que afecten a la cuestión decidida.<sup>96</sup>

En definitiva lo que queremos llegar a expresar es que los mismos derechos del grupo del *Common Law* no son solamente derecho judicial, sino

(actualmente existen 185 escuelas de derecho en Estados Unidos) mediante una prueba de acceso y se mide así si tiene capacidad de lectura y comprensión, si llegas a conclusiones razonables y si tiene capacidad de síntesis y crítica. Cuando se obtiene el título, pasados tres años en la escuela de derecho, necesitan estar acreditados en la *American Bar Association* (entidades privadas) y después superar el examen —*Bar Examination*— en el Estado que pretenda centrar sus actividades. En la actualidad pueden realizar un *MultiState Bar Examen*. El ejercicio se puede realizar personal o conjuntamente. Sobre el tema en general véase Meador, Daniel John, *Los tribunales de Estados Unidos*, México, Perezniето editores, 1995, pp. 83 y ss.

<sup>96</sup> Sereni, *Studi di diritto comparato. I. Diritto degli Stati Uniti*, Milán, 1956, pp. 15-17, cit. por Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos...*, cit., nota 12, pp. 87 y 88.

una combinación de éste y el derecho legislado. Según Lipstein, con cierta frecuencia se llegan a conclusiones erróneas sobre las fuentes formales del derecho inglés cuando en algunas ramas, como en el derecho de contratos, predomina el precedente, en otras, como en el derecho de propiedad y el de sucesiones, ambas fuentes se hallan más o menos equilibradas, e incluso hay partes del ordenamiento jurídico que descansan por completo en el derecho legislado como la compra-venta mercantil, las letras de cambio y cheques, las sociedades personalistas y capitalistas, patentes, derechos de autor, modelos y marcas.<sup>97</sup>

Actualmente, hay una tendencia al acercamiento de las fuentes de los sistemas del *Common Law* y del *Civil Law*,<sup>98</sup> o sea, de los sistemas que encuadramos dentro de la tradición jurídica de occidente. Así lo manifiesta René David cuando nos dice que más bien que en la teoría de las fuentes, la diferencia fundamental entre el sistema del *Common Law* y el *Civil Law* la encontramos en la estructura que la doctrina ha dado a cada uno de ellos, en la profunda diversidad de nociones jurídicas, de los conceptos y de la ordenación de las normas de derecho que manejan sus respectivos juristas.<sup>99</sup>

<sup>97</sup> Lipstein, "Las categorías fundamentales del derecho privado inglés", *Cuadernos de derecho angloamericano*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, julio-diciembre de 1955, p. 18. Sereni, *Studi di diritto...*, *cit.*, nota 96, p. 89.

<sup>98</sup> No obstante, siempre hay sectores de opinión contraria y de hecho, muchos juristas anglosajones consideran que es preferente, que es mejor el sistema del *Common Law* frente al *Civil Law* y así manifiestan que: 1. Es más seguro porque el abogado puede informar al cliente de forma más exacta, se dirigen al *Law Report* y rápidamente constatan qué dice y en qué sentido se manifestará el juez; 2. Es más flexible porque la modificación del derecho no hace falta la mayoría parlamentaria; y 3. Es una fórmula más actualizada porque el derecho se actualiza constantemente y más aún con la mencionada fórmula de innovación conocida como *Distinguishing* que permite a un juez apartarse de un precedente vinculante alegando la existencia de particularidades que diferencia a un caso del anterior.

<sup>99</sup> David, René, *Tratado de derecho...*, *cit.*, nota 12, pp. 276 y ss., *cit.* por Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos ...*, *cit.*, nota 12, p. 89.