

PRIMERO

INTRODUCCIÓN

En mi universidad (la Universidad de Stanford), imparto un curso a estudiantes de nivel licenciatura llamado *Introducción al derecho estadounidense*. Camino a clases, el primer día del curso —la clase se reúne a las nueve en punto y es un reto mantener a los estudiantes despiertos— compro una copia del *Chronicle*, un periódico matutino de San Francisco. Cuando comienzo la clase, después de los primeros avisos y demás, abro el periódico y leo algunos de los encabezados. El punto que quiero transmitir a los estudiantes es que cada una de las notas que aparecen en la portada del periódico, antes de llegar a las recetas, los *comics* y las páginas deportivas, tiene un matiz jurídico —tiene alguna conexión con el sistema jurídico—. Desde luego, no tengo control sobre el periódico pero el truco nunca falla. Casi invariablemente, cada nota sobre la vida pública en los Estados Unidos, o sobre cuestiones privadas lo suficientemente interesante para aparecer en el periódico, menciona una ley, una propuesta de ley, un proyecto de ley en el Congreso (federal) o en alguna legislatura estatal, o algo que un juez, un policía, un tribunal o un abogado hizo o dijo; o alguna declaración del presidente o de otro servidor público de alto nivel, siempre relacionada con algún asunto, situación o evento realizado conforme, mediante o en contra de la ley. En el mundo en que vivimos —en el país en que vivimos— casi nada tiene tanto impacto en nuestras vidas, nada esta más involucrado en nuestra vida diaria, como aquello que llamamos derecho. Este es un hecho asombroso que capta la atención de los estudiantes —tal y como debe ser—.

¿Por qué los periódicos están llenos de material relacionado con el sistema jurídico?, ¿a qué obedece que el derecho sea tan importante en la sociedad estadounidense?, ¿de dónde provienen todas estas normas?, ¿es todo este énfasis en el derecho y en los temas jurídicos bueno para el país, o es un síntoma de una patología profundamente arraigada?, ¿qué es el derecho estadounidense y cómo llegó hasta aquí? Estas preguntas son la materia de este breve libro. Lo que pretendo es proporcionar una introducción histórica al derecho estadounidense —o, quizás más específicamente, a la cultura jurídica estadounidense—; o, quizás, al espíritu del derecho estadounidense y la forma en que éste se ha relacionado, a través del tiempo, con la sociedad estadounidense en general.

Antes que vayamos más lejos, expondré un par de ideas en torno a la *definición* del término “derecho”. Existen muchas formas para definir este escurridizo término y muchas formas para describir lo que queremos expresar con el vocablo “derecho”. Para nuestros efectos, quisiera adoptar una definición sencilla, pero amplia y útil. Derecho es, principalmente, acción colectiva: acción a través de y por un gobierno. Cuando digo “derecho” realmente me refiero al “sistema jurídico”. El sistema jurídico incluye, en primer lugar, un cuerpo de normas —las “leyes” propiamente dichas—. Algunas de ellas son leyes federales expedidas por el Congreso, algunas provienen de las legislaturas estatales y otras son normas emitidas por los gobiernos de las ciudades. Existen, literalmente, decenas de miles de reglas y reglamentos —de la Administración de Alimentos y Medicamentos (*Food and Drug Administration*), de la Comisión del Mercado de Valores (*Securities and Exchange Commission*), del Servicio Forestal (*Forest Service*), del consejo que otorga licencias a los médicos en el estado de Minnesota, de los consejos de zonificación, de los consejos escolares, o de cualquiera de las docenas y docenas de agencias que existen en cada nivel de gobierno—. No obstante, todas estas disposiciones, por sí mismas, no son más que pedazos de papel. Lo que

las hace tener vida (cuando la tienen) son las personas y las instituciones que las crean, las interpretan y las ejecutan. Me refiero a la policía, las cárceles, los alcaldes, los tribunales, los jueces, los empleados del servicio postal, los agentes de la Agencia Federal de Investigación (*Federal Bureau of Investigation* o FBI, por sus siglas inglés), el secretario del Tesoro, los servidores públicos que trabajan para todas las dependencias gubernamentales en Washington, en las capitales de los estados y en los gobiernos de las ciudades; al igual que los inspectores que visitan las fábricas y los negocios, que verifican que los ascensores sean seguros, que ponen su sello de aprobación en los pedazos de carne. También comprende a los abogados (de los cuales tenemos casi un millón) que asesoran a las personas para apegarse a las normas, lidiar con ellas, darles la vuelta, o usarlas en su beneficio. Los abogados son una parte esencial del sistema jurídico, tal como los maestros son parte esencial del sistema educativo y los doctores y enfermeras son parte esencial del sistema de salud. Además, el “sistema jurídico” es la forma en que todas estas personas e instituciones interactúan entre sí y con el público en general.

Lo que esboqué anteriormente es, en mi opinión, una forma práctica de percibir al derecho y al sistema jurídico; aunque existen muchas otras formas. En general, hice referencia a aquello que el lector pueden identificar como “gobierno”; aquello que el gobierno hizo o hace y la forma en que las personas utilizan o reaccionan frente al gobierno (en sentido amplio), de forma tal que el policía que dirige el tráfico en una intersección es parte del sistema, al igual que el presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Existen formas aún más amplias de definir al derecho. Se le puede percibir como un proceso que no necesariamente está relacionado con el “gobierno”. Las universidades, fábricas, hospitales y grandes compañías —todas tienen cierta forma de “sistema jurídico”, de carácter interno y “privado”—. El derecho puede, en otras palabras, ser oficial o no oficial; gubernamental o privado. También puede ser formal o informal. Un juicio es un procedimiento formal regido por una

serie de reglas formales. Cuando un policía interrumpe una pelea entre dos ebrios y les manda a casa, esta es una acción “jurídica” —una acción realizada por un oficial a quien la ley otorga poder— pero es también bastante informal. No sigue reglas estrictas y no deja rastro de papel alguno. Todas las sociedades, en cierta forma, tienen un “sistema jurídico”. Todas tienen reglas y mecanismos para hacer que dichas reglas se cumplan. Las sociedades grandes y complejas tienen sistemas grandes y complejos. Dentro de las sociedades grandes y complejas existen subgrupos más pequeños, hasta llegar a los núcleos familiares; y aun las familias tienen formas para crear reglas y ejecutarlas (en algunas ocasiones, cuando los hijos son adolescentes, sin mucho éxito). El “derecho” dentro de una familia no está escrito y los “procedimientos” son bastante informales.

Sin embargo, los grandes grupos sociales necesitan formalidad; no pueden funcionar sin ella —sin reglas de carácter jurídico—. Esto obedece a que una sociedad está conformada por millones de personas que interactúan en formas complejas. Extraños coinciden con y afectan a otros extraños muchas veces al día: en la calle, ascensores, aviones, tiendas y lugares de trabajo. En gran medida, nuestras vidas están en manos de extraños. Supongamos, por ejemplo, tomar un avión de San Francisco a Chicago. Un avión de propulsión es una máquina sorprendente; vuela por encima de las nubes y, si algo no funciona correctamente, nuestra vida está en juego. ¿Qué garantía tenemos que el avión se encuentra en buenas condiciones o que su mantenimiento se encuentra al día?, ¿cómo podemos cerciorarnos que el piloto sabe lo que está haciendo?, ¿cómo podemos estar seguros que los controladores de vuelo hacen bien su trabajo? No tenemos conocimiento personal o control directo sobre estas personas —ni sobre el piloto, ni sobre los controladores de vuelo, ni sobre el equipo de mantenimiento, ni sobre los trabajadores de la fábrica que construyó el avión—. Por éste y otros centenares de eventos cotidianos, tenemos que apoyarnos en un elemento externo; ese elemento externo es el derecho. Existe una demanda social de reglas y regula-

ciones que se ocupan de la seguridad aérea, de la forma en que se fabrican los aviones, del control del tráfico aéreo y así sucesivamente. Desde luego, una sociedad puede funcionar sin estas reglas —las personas pueden tomar todo tipo de riesgos, si así lo desean—. Sin embargo, en el Estado moderno, la demanda social de regulación es un hecho y la seguridad aérea es uno de los campos en que dicha demanda es bastante fuerte. Después de la terrible tragedia del *World Trade Center* el 11 de septiembre de 2001, la demanda de reglas —en mayor cantidad y más estrictas— se volvió particularmente marcada.

En las sociedades simples, que implican relaciones estrechas entre sus miembros, las costumbres, los hábitos y las tradiciones juegan un papel fundamental en la ejecución de las normas. Pero en una sociedad compleja y heterogénea, en una sociedad donde las interacciones entre desconocidos son extensas y constantes, en una sociedad donde las personas compran alimentos y ropa en lugar de producirlos ellos mismos, en una sociedad formada por una gran cantidad de grupos y formas de pensar diferentes, las costumbres pierden su importancia, las tradiciones pierden fuerza y la sociedad depende de otros mecanismos para controlar aquellas fuerzas, objetos y personas que la ésta pretende controlar. Este mecanismo es lo que llamamos derecho. Sin embargo, el control social depende, en gran medida, de las costumbres, los hábitos y las tradiciones y el derecho no se genera espontáneamente —se construye a partir de dichos hábitos, costumbres y tradiciones— y añade a las reglas una fuerza coercitiva de carácter colectivo.

Desde luego, lo anterior es cierto para cualquier sociedad moderna. Es tan cierto para Italia o Japón como para los Estados Unidos. De hecho, todas estas sociedades (y sus sistemas jurídicos) tienen mucho en común; pero cada una tiene también características que la hacen diferente y única. ¿Cuál es el elemento distintivo del derecho estadounidense —comparado con el derecho de Italia o Japón, por ejemplo—?

Para empezar, nuestro sistema jurídico pertenece al sistema de *common law*. * El *common law* es una de las muchas familias de sistemas jurídicos que existen en el mundo. Los sistemas jurídicos se agrupan de acuerdo a su afinidad y son, en cierta forma, como los idiomas. El francés, el español y el italiano son lenguas romances: son idiomas independientes, pero tienen mucho en común dado que tienen un ancestro común: el latín. El inglés, el alemán y el holandés también tienen mucho en común, porque también comparten un ancestro (aunque nunca fue una lengua escrita). La mayoría de los sistemas jurídicos de Europa pertenecen a una gran familia, llamada *civil law* o derecho continental. Muchos conceptos y términos de la familia del derecho continental reflejan la influencia del derecho romano, que es el ancestro remoto de estos sistemas. En la Edad Media —acortando una larga historia— el derecho romano fue redescubierto, revisado y “recibido” por la mayoría de las sociedades europeas; comenzó a estudiarse en las universidades y se convirtió en la base de los distintos sistemas nacionales.¹

Existió en Europa una excepción importante: los ingleses. Éstos nunca fueron parte de la “recepción” del derecho romano. Por el contrario, los ingleses se mantuvieron leales a su sistema original, el llamado *common law*. Con el curso del tiempo los ingleses se convirtieron en amos y señores de un gran imperio y llevaron consigo su lengua y su sistema jurídico por todo el imperio. Por lo tanto, el *common law* se convirtió en la base de los

* *Nota del traductor*. Es importante señalar que la expresión *common law* tiene dos acepciones diversas: la primera (y más amplia) hace referencia al sistema jurídico también conocido como derecho anglosajón; la segunda (más restringida) hace alusión al derecho jurisprudencial del precedente (*case law*), en contraposición al derecho legislado (*statutory law*). En el contexto de la oración a que alude esta nota, la expresión *common law* se refiere a la primera de las acepciones.

¹ Para una visión general y concisa, véase Merryman, John Henry, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2a. ed., 1985.

sistemas jurídicos de las colonias de habla inglesa (aunque no únicamente en ellas). Era natural para los colonos de Massachusetts o de Australia, por ejemplo, utilizar el único sistema jurídico que conocían y les era familiar, al igual que era natural usar el único idioma que les era familiar, el inglés. Así como el sol nunca se ocultaba en el imperio británico durante su época cumbre, tampoco se ocultó para el viejo *common law*.

Así pues, el *common law* es la materia prima del derecho de Inglaterra, de sus colonias, de sus ex colonias y de las colonias de sus colonias. El *common law* es la base de los sistemas de Canadá (con excepción de Québec), Australia y Nueva Zelanda, Trinidad y Tobago, Barbados y las Bahamas, así como de muchos otros países que en algún momento formaron parte del imperio británico. El *common law* es también el núcleo del derecho de Nigeria, Gambia y Singapur. Sin embargo, ningún territorio fuera del círculo de dominación inglesa ha adoptado el *common law* como sistema jurídico. En tiempos modernos, algunos países no occidentales han salido en busca de un sistema jurídico occidental, el cual creyeron haría un mejor trabajo que sus sistemas jurídicos nativos para catapultarlos al mundo contemporáneo. Japón y Turquía son buenos ejemplos. En ninguno de estos casos el país eligió el modelo estadounidense o el inglés. En ambos casos la elección fue el sistema de *civil law* utilizado por los países de Europa continental. ¿Por qué? Una respuesta es porque dichos sistemas se encuentran codificados. Las reglas básicas toman la forma de códigos —extensas leyes racionalmente organizadas que constituyen las entrañas del derecho, los conceptos y doctrinas fundamentales—. Teóricamente los jueces no tienen facultades para sumar o restar al derecho, dado que éste se encuentra enteramente comprendido en los códigos; su única tarea es interpretar las normas. Por el contrario, el núcleo del *common law* fue esencialmente creado por jueces, a través de la resolución de casos reales. El *common law* creció, cambió, evolucionó y tomó matices a través de los años mediante la confrontación de litigantes en situaciones reales. Como resultado, encontrar e identificar

“el derecho” se volvió una tarea difícil. En cierta forma, el *common law* se encontraba en todos lados y en ninguno —era una abstracción esparcida entre miles de páginas de opiniones judiciales; en otras palabras, no estaba empaquetado para su exportación—.

En un sistema de *common law* los jueces que redactan y emiten opiniones son personajes de suma importancia. Para ser más precisos, el derecho es creado por los jueces de apelación: jueces que conocen de aquellos casos en los que se ha apelado la decisión de la corte de primera instancia (*trial court*). Por otro lado, en la corte de primera instancia el juez de *common law* juega un papel mucho menos relevante que el juez de derecho continental. El juez de derecho continental dirige gran parte de la preparación del caso y de la investigación de los hechos. En contraste, en un sistema de *common law* dichas labores son dirigidas por los abogados de las partes y el juez participa como un árbitro (poderoso, desde luego) durante el juicio. En los países de *common law* (como los Estados Unidos) los jueces son abogados (practicantes) con frecuencia elegidos y designados para dichos puestos debido a que han sido personas políticamente activas. Los jueces de derecho continental son, por el contrario, servidores públicos. La judicatura es una carrera en sí misma; los jueces casi nunca son reclutados de entre los abogados practicantes; al contrario, son adiestrados desde el principio para ser jueces y escalan o descienden exclusivamente dentro de la jerarquía judicial; nunca son designados por elección popular.

Existen muchas otras diferencias (grandes y pequeñas) entre los sistemas de *common law* y de derecho continental. Existen diferencias en sus procedimientos, instituciones y reglas sustantivas. Por ejemplo, los sistemas de derecho continental, en general, carecen de jurado. No obstante, existen quienes consideran que, en el mundo contemporáneo, los sistemas están convergiendo —acercándose más y más—. Una razón puede ser que la práctica jurídica se está globalizando: con mayor frecuencia los negocios y otros asuntos internacionales que trascienden las

fronteras requieren esfuerzos jurídicos. Sin embargo, la razón principal de dicha convergencia es simplemente que los sistemas jurídicos reflejan las sociedades a que pertenecen y dichas sociedades son cada vez más parecidas entre sí. Los países europeos, los Estados Unidos, Canadá, Japón, Australia y otros países, a pesar de sus diferencias, tienen también enormes similitudes en sus sociedades y su derecho. La modernidad ha llegado a todos lados y en abundancia. Un automóvil es un automóvil en Tokio y en Helsinki; una computadora es una computadora en Frankfurt y en Singapur. Todos los países modernos y desarrollados tienen sistemas de recaudación de impuestos, bolsas de valores, aeropuertos internacionales, rascacielos con ascensores y embottellamientos de tráfico vehicular. Todos enfrentan problemas de derechos de autor, contaminación, control aéreo y regulación bancaria. Problemas similares tienden a producir soluciones similares, y problemas y soluciones similares significan también leyes y sistemas jurídicos similares. De igual manera, las diferencias entre el *common law* creado por los jueces y el derecho continental codificado han perdido importancia. Actualmente los sistemas de *common law* tienen una gran cantidad de leyes y códigos —que llenan repisas y repisas de las bibliotecas de derecho—. Más y más el trabajo de los jueces de *common law* consiste en interpretar leyes aprobadas por el Congreso y por las legislaturas estatales. Por el otro lado, el papel de los jueces en los países de derecho continental está cobrando mayor relevancia —se está convirtiendo, de alguna forma, más parecido al trabajo de los jueces de *common law*—. Ciertamente, siguen existiendo muchas diferencias —especialmente en la forma en que los abogados tienden a pensar y en el lenguaje profesional que utilizan— pero el olor a convergencia es aún bastante fuerte.

La familia del *common law* consta de muchos miembros y cada uno de ellos, desde luego, tiene características propias. En muchos sentidos el derecho estadounidense, que es nuestra materia, se ha alejado del derecho de Inglaterra, donde el *common law* nació y floreció. Por un lado, Estados Unidos es una Repú-

blica *federal*; es un país formado por cincuenta estados, cada uno de los cuales tiene su propio sistema jurídico que coexiste con un sistema nacional, el cual se ubica por encima (o a un lado) de todos ellos. Los estados se encargan de la mayoría de los asuntos jurídicos del país. Ellos otorgan divorcios, juzgan ladrones, coordinan sistemas educativos y crean reglas de tránsito. Si demandamos a alguien que nos debe dinero, acudimos ante una corte estatal; si queremos una licencia de conducir o de cacería vamos ante una agencia estatal; si formamos una sociedad o queremos abrir una pizzería, los papeles y los trámites corresponden al estado. Es el estado el que arresta a quienes conducen en estado de ebriedad o abre sus cortes para que demandemos a “Electrodomésticos Acme” por vendernos un refrigerador defectuoso. Probablemente más del 90% del total de las demandas en los Estados Unidos son de competencia estatal. En el siglo pasado, como veremos, el federalismo se desgastó considerablemente pero conserva aún gran parte de su vitalidad.

El desgaste obedece a que el ámbito federal del sistema jurídico ha crecido sostenidamente. El volumen y la importancia de las cortes, las leyes, los reglamentos y los decretos federales han ido en ascenso por más de un siglo. El Congreso es un órgano poderoso y, después de todo, el gobierno federal tiene la bomba atómica, la cual Wyoming o Delaware (afortunadamente) no tienen. Las cortes federales conocen de asuntos federales: controversias que derivan de la Constitución o de leyes aprobadas por el Congreso —la Ley del Seguro Social (*Social Security Act*), el Código del Impuesto Sobre la Renta (*Internal Revenue Code*), las leyes de protección ambiental, las leyes contra la discriminación, las leyes antimonopolios, etcétera—. Conocen de quiebras y asuntos marítimos y conocen también de controversias entre ciudadanos de diferentes estados (los llamados *diversity cases*). El principio que rige para decidir si un asunto es de competencia estatal o federal no siempre es obvio. Lo relacionado con guerras y embajadores es, desde luego, competencia federal pero ¿por qué las quiebras son materia federal?, ¿por qué un contrato cele-

brado en Nueva York para embarcar dos toneladas de lápices a Florida por mar puede terminar ante una corte federal?

Estados Unidos no es el único país con sistema federal en el mundo del *common law*. Australia y Canadá también tienen sistemas federales. El mundo del *common law* tampoco tiene el monopolio del federalismo —Suiza y Alemania, países de derecho continental, son también Federaciones—. Por otro lado, el derecho de Inglaterra es unitario, no federativo (Escocia tiene un sistema jurídico propio e independiente). El federalismo hace del sistema jurídico de los Estados Unidos un animal sumamente complejo —una bestia con cincuenta cabezas, cuerpos y colas diferentes—. Desde luego, los sistemas estatales son (en su mayoría) bastante parecidos —tienen rasgos comunes—; sin embargo, distan de ser idénticos. Por lo tanto, no existe tal cosa como un “abogado estadounidense”; ya que los abogados obtienen licencia para practicar en cada estado. Por lo que concierne a New Hampshire, un miembro de la barra de Vermont no es más que un individuo común y corriente que sabe mucho de derecho (aunque no necesariamente de derecho de New Hampshire).

Existen más de cincuenta sistemas dentro del territorio controlado por los Estados Unidos. El sistema federal puede contarse como número cincuenta y uno; además, está Puerto Rico con su historia particular, su idioma español y sus tradiciones de derecho continental; también están Guam y las Islas Vírgenes; también están los sistemas jurídicos de los nativos que viven dentro de las fronteras estadounidenses. Los indios navajos, por ejemplo, tiene un sistema de cortes encabezado por la Suprema Corte navaja que se constituye, conoce casos y toma decisiones conforme a las leyes que gobiernan a dicho pueblo —incluyendo algunas normas que son específicas de la nación navaja.

Otra característica particular de la ley estadounidense es la revisión judicial (o *judicial review*). Desde fines del siglo XVIII hemos tenido una Constitución escrita (algo que los británicos nunca tuvieron). La revisión judicial es la facultad que tienen las cortes para evaluar, a la luz de los estándares constitucionales,

los actos de las otras ramas del gobierno. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha dicho a los estados que no pueden segregar escuelas; dijo a un presidente (Harry Truman) que no tenía facultades para incautar las fábricas de acero en una situación que el presidente consideraba de emergencia; dijo al Congreso que no tenía facultades para aprobar ciertas leyes y ha revisado toda clase de actos realizados por las distintas agencias administrativas. La Suprema Corte ha ordenado a ciertos estados redefinir sus divisiones distritales, ha indicado a ciertos distritos escolares el tipo de sistema financiero al que deben ajustarse, ha ordenado a algunos estados a limpiar sus inmundas y brutales prisiones —y la lista continúa—. Además, cada estado tiene su propia corte suprema² y su propia Constitución. Dichas cortes supremas tienen, dentro de sus estados, más o menos el mismo papel que la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene a nivel nacional; evalúan la labor de las legislaturas y las agencias estatales a la luz de los estándares de la Constitución estatal (como ellos la interpretan).

Éste ha sido un breve esbozo de la revisión judicial tal y como existe actualmente: un arma poderosa en manos de los jueces, un poder para vigilar, controlar y, en ocasiones, corregir a las otras ramas del gobierno. La situación no siempre ha sido así. La revisión judicial es tanto un factor cultural como un hecho estructural. En el famoso caso de *Marbury vs. Madison* (que fue la gran resolución de John Marshall en el año de 1803) se decidió si la Suprema Corte tenía o no facultades para revisar actos del Congreso.³ Probablemente esta sentencia resolvió el caso particular pero, de hecho, la Suprema Corte no invalidó algún otro acto del Congreso sino hasta que hubieran transcurrido más de cincuenta

² No siempre se le denomina suprema corte: la corte suprema en el estado de Nueva York se llama Corte de Apelación (*Court of Appeals*). En el estado de Nueva York, la Suprema Corte (*Supreme Court*) es, de hecho, una de las cortes de menor jerarquía— aun cuando la ilógica terminología sugiere lo contrario—.

³ 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803).

años (aunque sí revisó actos de los estados). No fue sino hasta finales del siglo XIX cuando la revisión judicial de la legislación pasó a ser parte natural del ciclo vital de toda ley importante. Fue hasta entonces que se convirtió en parte de la cultura política y jurídica de los Estados Unidos; o quizás sería más acertado decir que surgió a partir de la cultura política y jurídica de los Estados Unidos. La revisión judicial es un elemento estructural que responde a la conciencia que los estadounidenses tienen de sus derechos, al individualismo, al miedo a la concentración del poder, a la desconfianza a la centralización y a la tradición estadounidenses de un gobierno disperso y fragmentado. En este sistema “las demandas y las cortes proveerán” como ha dicho Robert Kagan, “mecanismos no estatizados mediante los cuales los individuos” —y los grupos— “puedan exigir elevados estándares de justicia” (como ellos la perciben) del gobierno.⁴

Ambos, la revisión judicial y el federalismo, son características formales y estructurales del derecho estadounidense y, a su vez, se encuentran profundamente arraigados dado que son realidades de la cultura jurídica estadounidense. Otros aspectos del derecho estadounidense son reflexiones más sutiles de la cultura jurídica estadounidense. Ciertamente los hábitos de comportamiento jurídico estadounidense parecen ser muy distintos de los hábitos de las personas que viven en Italia, Inglaterra o Japón. Se dice que los estadounidenses son más conscientes de sus derechos que los ciudadanos de otros países, son más inclinados a demandar por daños y litigan más. Supuestamente, es menos probable que los estadounidenses arreglen sus diferencias fuera de un tribunal o que simplemente las toleren, en comparación con personas de otras sociedades. Qué tan cierto es esto —y qué tanta es la diferencia— es un muy controvertido tema de investigación. En general, no podemos comprender el derecho estadou-

⁴ Robert A. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law* (2001), pp. 15 y 16.

nidense sin comprender la cultura jurídica estadounidense; y esa cultura es el tema que se extiende a lo largo de este libro.

En los Estados Unidos, como en muchos otros países, existe una especie de pirámide de cortes —de mayor y menor jerarquía—. Si demandamos a alguien con motivo de un contrato, por ejemplo, el caso irá a una corte de primera instancia. Podría o no haber jurado para este asunto; en algunos casos tenemos derecho a solicitarlo, en otros casos no. En cualquier caso, la parte vencida en juicio tiene derecho a apelar la decisión ante una corte de mayor jerarquía. En los estados, la Suprema Corte estatal es la última instancia; en las cortes federales, lo es la Suprema Corte de los Estados Unidos. Estas cortes supremas son importantes no sólo porque tienen la última palabra en las controversias, sino también porque generalmente publican sus resoluciones exponiendo las razones de su decisión. Dichas opiniones, que son publicadas en gruesos volúmenes de reportes (hoy disponibles en línea), realmente crean el derecho (o cuando menos algunos aspectos de éste). Estos casos son también las unidades básicas de estudio en el sistema de *common law*; son casos que los estudiantes de derecho leen en sus clases. La mente educada conforme al *common law* instintivamente busca “los casos”.

Desde luego, el sistema jurídico estadounidense es mucho más que dichos casos. Después de todo, la inmensa mayoría de los casos nunca son apelados ante una corte de mayor jerarquía —de hecho, la gran mayoría de las controversias nunca llegan ante una corte—. Existe una gran cantidad de “derecho” del que nunca se habla o se discute en los casos de apelación. Existen miles de leyes, decretos, reglas y reglamentos que nunca alcanzan ese tipo de atención. Ninguna clase en la escuela de derecho se ocupa de las disposiciones de tránsito, por ejemplo; es un tema demasiado sencillo y cotidiano para discutirse. No obstante, gran parte de la labor de los abogados —y gran parte de la labor del gobierno— es sencilla y cotidiana. El derecho jurisprudencial emanado de casos (*case law*) es interesante, importante e

ilustrativo, pero de ninguna manera constituye todo el “espectáculo”.

Los abogados tienen una tendencia —bastante natural— a tratar al derecho como si éste fuera más o menos “autónomo”, es decir, como un mundo en sí mismo. El derecho tiene su propio lenguaje profesional, tiene un núcleo sólido que (los abogados consideran) opone resistencia al cambio. La ley se mueve lenta e indolentemente como un caracol encasillado en su concha y se queda atrás de la sociedad. Va a su propio paso, responde a sus propias reglas y a su propio programa interno. En mi opinión, esta autonomía es principalmente una ilusión. La realidad es muy diferente: el derecho es, esencialmente, un producto de la sociedad y cuando la sociedad cambia, también cambia su sistema jurídico. Las sociedades feudales tienen sus sistemas jurídicos feudales, las sociedades socialistas tienen sistemas socialistas, las sociedades tribales tienen sistemas tribales, las sociedades capitalistas tienen sistemas jurídicos capitalistas. ¿Cómo podría ser de otra manera?

Desde luego, la tradición jurídica y los hábitos e ideas de los abogados tienen un impacto en la sociedad y la influencia no viaja sólo en una dirección. El sistema jurídico, especialmente en una sociedad como los Estados Unidos, no es algo distante, separado, remoto, una área reservada para especialistas como la física nuclear o las matemáticas avanzadas. El sistema jurídico hunde sus raíces en la cultura y contribuye a crear esa cultura. Después de todo, las personas tienden a aceptar aquello a lo que están acostumbradas. Viven en sociedades que dan por hecho; las normas, costumbres y formas de pensar son como el aire que respiran: vitales pero invisibles. Los estadounidenses, por ejemplo, difícilmente conciben un sistema de justicia penal sin jurado. Existen ideas aún más fundamentales que ni siquiera perciben como ideas jurídicas: la propiedad privada, por ejemplo, o la libertad contractual, o las nociones de matrimonio y divorcio o de adopción infantil.

La relación entre derecho y sociedad es complicada en una sociedad compleja. También es inestable: cambia con el tiempo. Me gustaría utilizar una parábola para ilustrar la relación —superficialmente al menos—. Imaginemos una comunidad que vive a orillas de un río caudaloso y profundo. La única forma de cruzarlo es por transbordador,* mediante un trayecto lento y engorroso. La comunidad exige un puente, los ciudadanos firman peticiones, cabildean y presionan a su gobierno. Finalmente el gobierno cede, asigna los recursos y el puente se construye. Una vez que el puente ha sido terminado, el tráfico fluye ágilmente en ambos sentidos. La esencia de la comunidad cambia. Ahora las personas pueden dividir y efectivamente dividen su vida entre ambos lados del río. Algunos viven de un lado y compran y trabajan del otro y viceversa. Muchos cruzan el puente diariamente. Las personas comienzan percibir el puente como algo natural e inevitable —incluso como algo a lo que tienen derecho—. El puente afecta su comportamiento, su forma de pensar, sus expectativas y su forma de vida.

El sistema jurídico es como el puente. El puente en sí mismo no era “autónomo”, era enteramente el producto de una demanda social. Sin embargo, una vez construido, comenzó a ejercer una influencia en el comportamiento y las actitudes de las personas. Se volvió parte del mundo de las personas que vivían en esa comunidad. Reordenaron sus vidas en torno al puente. El puente comenzó incluso a formar parte en sus procesos de pensamiento. El derecho estadounidense comparte esta naturaleza: es uno de los puentes de la sociedad.

Sin duda, la parábola es sumamente simple para describir la realidad: en el mejor de los casos es una descripción básica de la forma en que opera el sistema jurídico y su relación con la sociedad. La parábola ilustra un punto esencial pero obviamente deja fuera muchos otros. Un punto clave, implícito en la parábola-

* *Nota del traductor.* El transbordador o *ferry* es una embarcación utilizada para transportar personas, vehículos y/o mercancías entre dos puntos.

la, es que el derecho expresa la distribución del poder. Se requieren energía y fuerza sociales para crear, hacer cumplir y cambiar el derecho. El sistema jurídico de cualquier sociedad es un espejo que refleja, necesariamente, la estructura de poder en dicha sociedad. Si entendemos correcta y cabalmente cómo funciona el sistema jurídico de una sociedad, tendremos también una noción de quién cuenta o importa en dicha sociedad, quién tiene el poder, la influencia y la autoridad y quién no. Ciertamente, un sistema jurídico no es “la voluntad del pueblo”. Esto es evidente en una sociedad como la Alemania de Hitler o en cualquier dictadura o sociedad autoritaria. En dichas sociedades, lo que el derecho representa (en su mayor parte) es la voluntad, las necesidades y las aspiraciones del gobernante y su círculo inmediato—; y quizás de otras personas e instituciones de poder.

Sin embargo, vivimos en una más o menos sociedad democrática y la forma en que el derecho se relaciona con el poder es mucho más sutil que en un país como la Alemania de Hitler. Evidentemente “el pueblo” tiene mucha mayor importancia. No obstante, tendríamos que ser ingenuos para no percatarnos que la riqueza y el poder influyen profundamente la creación y la ejecución de las leyes. El sistema jurídico expresa, mediante palabras y hechos, las normas dominantes y las ideas prevalecientes. No es esto lo mismo que afirmar que las grandes empresas y las personas adineradas rigen el país. Desde luego, las grandes empresas y las personas adineradas ejercen influencia sobre el sistema, pero también es ejercida por la vasta clase media. Lo que la clase media piensa y siente acerca de la propiedad, del matrimonio y divorcio, del comportamiento sexual, de las demandas por accidentes, del derecho a demandar a las Organizaciones para la Preservación de la Salud (*Health Maintenance Organizations* o HMOs, por sus siglas en inglés) y de una lista interminable de temas, puede ser decisivo. Así como las costumbres cambian, las leyes también lo hacen.

El orden jurídico expresa también límites de poder. Esto se hace más evidente en el esquema constitucional —en la Declara-

ción de los Derechos Fundamentales (*Bill of Rights*) y en los comentarios que al respecto han emitido las cortes—. Las minorías y las personas comunes y corrientes estamos protegidos (o eso esperamos), en ciertos aspectos fundamentales, contra la tiranía de los ricos y poderosos. De cuánta protección gozamos y qué tanto se extiende es una pregunta sumamente debatida. Sin embargo, indiscutiblemente la ley expresa valores e ideales, al igual que poder; e indiscutiblemente estos valores e ideales se filtran en la conciencia de los ciudadanos, de las altas y bajas esferas, e influyen la manera en que éstos se comportan, los principios que persiguen y los candidatos por quienes votan. El comportamiento y las actitudes son influenciados pero es difícil decir en qué medida.

Después de todo, el derecho no sólo es autoridad; es autoridad que lleva consigo un sello de legitimidad. Es de la naturaleza del derecho basar su autoridad en algo más que el simple poder. El poder puede ser suficiente, pero quien lo detenta debe ser cuidadoso de no hacerlo demasiado evidente. Además, es difícil manejar una sociedad únicamente a través de terror y fuerza. Las dictaduras, especialmente en el mundo contemporáneo, son inherentemente inestables.

¿De dónde proviene la legitimidad?, ¿qué es lo que otorga autoridad legítima a una norma o a una institución?⁵ Esto varía en cada sociedad. En muchas sociedades las personas consideran que las reglas provienen de una fuente externa a cualquier autoridad humana: de Dios o de sus profetas. Esta es la legitimidad de las leyes de la Biblia, por ejemplo. Muchos sistemas aún utilizan este argumento: Irán y Afganistán, por mencionar un par de ejemplos, dicen apoyar gran parte de su derecho en los principios sagrados e intemporales del Corán. Sin embargo, en los sistemas democráticos modernos la legitimidad es más una cuestión

⁵ La forma clásica de abordar de este tema es, desde luego, la de Max Weber; véase Max Rheinstein, (ed.), *Max Weber on Law in Economy and Society* (1954); véase también Tyler, Tom R., *Why People Obey Law* (1990).

de procedimiento. Las leyes son hechas por el hombre y son instrumentales y aquello que las legitima, en general, es el hecho que emanan de una legislatura electa por el voto popular. En resumen, es el criterio mayoritario el que legitima las leyes emanadas del poder público; en primera instancia, la mayoría de votantes y, posteriormente, la mayoría de los miembros de la Cámara de Representantes y del Senado. Otras normas son legítimas porque emanan de una Constitución o se apoyan en un texto constitucional que, de manera más o menos precisa, fue y sigue siendo sancionada por alguna forma de consenso social. Otras normas obtienen fuerza porque las personas consideran que son “inherentes”, que todo el mundo tiene derecho a ellas, hayan o no sido aprobadas por una legislatura. Estas ideas resuenan en la mente de los ciudadanos comunes y corrientes e influyen sus actitudes y, por lo tanto, su comportamiento y su derecho —ya sea que las ideas tengan o no sentido, sean consistentes o inconsistentes, coherentes o incoherentes—. Las personas comunes y corrientes, grandes o pequeñas, no son filósofos, son... simplemente personas. Lo que importa de las normas es su fuerza, qué tan arraigadas y qué tan fuertemente sujetas se encuentran. Cuando dichas normas son lo suficientemente fuertes, actúan como pilares que sostienen el sistema y evitan que éste se colapse en anarquía y revolución.