

## CAPÍTULO 1 HISTORIA DEL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

318. Fuentes históricas: el principio del Calvin's Case. Los primeros establecimientos ingleses en lo que es actualmente el territorio de los Estados Unidos de América, se remontan al siglo XVII: la fundación de las colonias por los Ingleses en Jamestown, en Virginia (1607), en Plymouth, en Massachussets (1620), en Maryland (1632); la colonia de Nueva York, fundada inicialmente por los holandeses, pero que se convirtió en inglesa en 1664; la colonia de Pennsylvania, cuyo origen fue sueco, se convirtió en inglesa en 1681. Es en esta forma como emergen las trece colonias que fueron constituidas en 1722.

¿A qué derecho estaban sometidas estas trece colonias inglesas?<sup>1</sup> Si la interrogante se formula en la plaza de Londres la respuesta a esta pregunta se referirá al célebre caso Calvin,<sup>2</sup> resuelto en 1608, y consiste en la siguiente respuesta: el *common law* de Inglaterra es en principio aplicable; este derecho migra con los súbditos ingleses, quienes lo portan con ellos, en especial cuando los súbditos ingleses se establecen en territorios que no están sometidos a naciones civilizadas. Las colonias inglesas en América se encontraban en este supuesto. El *common law* en consecuencia fue el derecho que fue recibido, y con el *common law* la legislación (statutes) que, hubieren sido promulgadas con anterioridad a la colonización, y que pudieron haberlo completado o modificado. La fecha considerada es según Kant, para el conjunto de las trece colonias americanas, es 1607, año en el cual la primera colonia fue fundada. Esta opinión que es la generalmente aceptada, no por ello es cuestionable, en virtud de las pocas vinculaciones existentes entre las diversas colonias,

El principio del precedente Calvin, incluía una restricción: el *common law* de Inglaterra era aplicable, en las trece colonias “en la medida en que estas reglas fuesen apropiadas a las condiciones de vida prevaleciente en esas colonias”.<sup>3</sup>

319. El derecho norteamericano en el siglo XVII. De considerar “las condiciones de vida prevalecientes” en el territorio de las antiguas colonias americanas en el siglo XVII, la restricción más que el principio del precedente Calvin, fue la que prevaleció. Las reglas del sistema del *common law* de Inglaterra fueron en efecto poco apropiadas para las condiciones de vida de los colonos.

Íntimamente vinculada a un procedimiento muy antiguo, que requería de técnicos muy avezados, el *common law* era sencillamente inaplicable en territorios donde no existía prácticamente ningún jurista, sea cual hubiera sido la variedad de su población, y donde no existía la inquietud de hacerle venir a ningún jurista o de instruir a uno; las reglas del *common law*, por otra parte, habían sido elaboradas por y para una sociedad feudal, respecto de la cual los primeros asentamientos humanos americanos estaban e muy distantes. Los problemas que

---

1 R. Proud, *The formative era of American Law*, 1938; W. Wengler, “Die Anpassung des englischen Rechts durch die Judikatur in den Vereinigten Staaten”, *Festschrift für Ernst Rabel*, 1954, t. I, pp. 39-65.

2 7 Co. I, 17 b, 1608.

3 J. Bentham, *Works* vol. IV, 1843, pp. 459 y 460.

emergían entre los colonos americanos eran totalmente nuevos y respecto a los cuales *common law* no proveía de respuestas satisfactorias. El sistema de derecho del *common law* estaba muy lejos de agrandar a los colonos americanos; es innecesario recordar que en muchos casos los primeros colonos americanos se habían visto obligados a emigrar por su carácter de fugitivos, y por lo mismo poco preparados para percibir el *common law*, como los juristas ingleses, el bastión de las libertades de la persona. Por último, en suelo americano no se conocía el *common law*: conforme a la expresión del distinguido jurista americano Roscoe Pound: “...la ignorancia sería el principal factor de formación del derecho americano”.

¿Cual es el derecho que se aplicaba? Si se dejaba al margen las disposiciones particulares que emanaban de las autoridades locales, se aplicaba en la práctica un derecho bastante rudimentario, que se fundaba en algunas colonias en el texto bíblico y en donde campeaba la discrecionalidad de los jueces. Cómo una reacción en contra de la arbitrariedad de éstos, se inició en diversas colonias un movimiento de “codificación” del derecho; estos códigos sumarios que fueron promulgados, desde 1634 (en Massachussets) hasta 1682 (en Pennsylvania) conceptualmente se encontraba muy distante de la técnica moderna de la codificación. Su objetivo fundamental radicaba incuestionablemente, más que en su contenido, en el postulado que los inspiraba: los colonos americanos en el siglo XVII, consideraban favorable a sus intereses la ley escrita, contrariamente a los ingleses que, en la misma época, veían en la ley un síntoma de arbitrariedad, y una amenaza para sus libertades. Se observa desde el inicio, una divergencia fundamental entre la percepción inglesa y norteamericana, y una tendencia de los colonos norteamericanos hacia las fórmulas que no eran precisamente las que beneficiaban a los juristas ingleses.

320. El siglo XVIII. El estado de cosas cambiaría dramáticamente en el siglo XVIII, con la mejoría de las “condiciones de vida” de los colonos y la transformación de su economía y de sus percepciones. Se observa en este siglo la necesidad de proveerse de un derecho más evolucionado. El *common law* comienza por otra parte, gradualmente, a ser percibido de diferente manera; podía ser utilizado para defenderse en contra del absolutismo real, pero por otro lado era considerado como un vínculo con todo lo que era inglés, y un valladar en contra de la amenaza provenientes de la Lousiana francesa y del Canadá francés. No obstante lo expuesto se discute en qué medida era aplicable el *common law* y en qué medida fue realmente aplicado; aún se nota la carencia de juristas, y es raro que los jueces hayan recibido una formación jurídica. No obstante, se produce un movimiento que es favorable a una aplicación general del *common law*; las cortes americanas manifiestan su intención de aplicar diversas leyes inglesas, como el Statute of Frauds, de 1677 o bien los Comentarios sobre el *common law* de Blackstone son impresos en Filadelfia durante los años de 1771-1772.

321. La independencia norteamericana. La independencia americana, proclamada en 1776 y consumada definitivamente en 1783, creó para las antiguas colonias inglesas, convertidas en los Estados Unidos de América, condiciones completamente novedosas. La amenaza francesa, atemperada por la anexión por Inglaterra de Canadá en 1763, se desvaneció completamente con la adquisición por parte de los Estados Unidos de América de la Lousiana francesa en 1803. Francia se convirtió para Estados Unidos de América en un amigo y aliado; los sentimientos hostiles se reservaron para Inglaterra. El postulado de autonomía del derecho americano debía alinearse con la independencia política recientemente adquirida, y debía ser popular. El ideal republicano y el sentimiento de derecho natural debían por otra parte favorecer la codificación; hubiera resultado esperable que las Declaraciones de Derechos, y la Constitución de Estados Unidos (promulgada el 17 de septiembre de 1787), pudieron haber sido completadas por códigos.

El territorio de Nueva Orleans, desprendido de la vieja Lousiana, parecía dar un ejemplo cuando, después de su incorporación a la Unión Americana, adoptaba códigos a la francesa, particularmente un Código Civil (1808). Bentham ofrecía en 1811 sus servicios al presidente Madison para redactar un código de los Estados Unidos de América.

Así, hacia la mitad del siglo XIX, perduraban serias dudas en torno al modelo que debería prevalecer: de los defensores del *common law* o el de los defensores de la codificación. Una comisión legislativa solicitó en 1836, en Massachussets, la redacción de un código; la Constitución del Estado de Nueva York, en 1846, prevé la redacción de un código escrito y sistemático, comprensivo de la totalidad del derecho del Estado; en 1856 todavía el historiador del derecho inglés, sir Henry Maine, alcanzó a predecir la vinculación de Estados Unidos de América al sistema de derecho romano-germánico. Diversos eventos parecían anunciar, o favorecer, esta conversión; algunos Estados, después de la independencia, prohibieron referirse a las sentencias inglesas pronunciadas después de 1776; en numerosos territorios que fueron anexados a la Unión americana se aplicó, al menos en teoría, el derecho francés o el derecho español y en los cuales, en todo caso, no existía ninguna tradición del *common law*; los Estados Unidos de América se poblaron por una multitud de nuevos inmigrantes, provenientes de países donde el *common law* era desconocido o en los cuales, como los irlandeses, todo aquello que era originario de Inglaterra no resultaba bienvenido; Pothier y Domat fueron traducidos al inglés en los Estados Unidos de América; un poderoso movimiento, epitomado en Nueva York con el nombre de David Dudley Field reclamaba la codificación del derecho norteamericano e indujo a numerosas entidades federativas a adoptar códigos de procedimiento civil y penal y códigos penales.

322. Triunfo del *common law*. Los Estados Unidos de América sin embargo, terminaron por adoptar el *common law*, a excepción del territorio de Nueva Orleans, que se convirtió en 1812 en el Estado de Lousiana. Los otros territorios que se anexaron a la Unión americana bien podían, por lo menos en teoría, haber sido sometidos a las leyes francesas, españolas o mexicanas: en los hechos estas leyes eran totalmente desconocidas; en esa forma se adoptó en principio el *common law* vigente en Inglaterra, partir de 1840 para Texas, a partir de 1850 para California, que conservaron ciertas instituciones particulares (régimenes matrimoniales, régimen de la tierra). Por todas partes se impuso la preponderancia de las concepciones que habían sido admitidas en las viejas colonias inglesas, y estas concepciones permanecen, fundamentalmente vinculadas al *common law*.

Resulta ocioso interrogarse sobre las razones que explican el triunfo del *common law*. La lengua inglesa y la población originaria inglesa en los Estados Unidos de América mantuvieron a ese país en la familia del *common law*. Las obras magistrales de ciertos juristas, entre las cuales conviene citar en primer plano a Kent con sus Comentarios (1826-1830)<sup>4</sup> y a Story, aseguraron la adhesión de Estados Unidos de América a esta familia. A ello habría que agregar también la influencia de las escuelas de derecho que, es necesario admitirlo, no conocerían una verdadera expansión, sino hasta después de la guerra norteamericana de Secesión (1861-1865); pero que sin lugar a duda a partir del fin de la independencia, contribuyen a diseñar los marcos para una enseñanza fundada en el *common law*.

---

4 J. de Cazotte, *Une révolution réussie. Le juge James Kent, 1763-1847. À l'aube de la nation américaine*, 1995.

El *common law* triunfó en los Estados Unidos de América; este triunfo nadie lo discute. La legislación, en un gran número de entidades federativas, se pronunció por especificar que el *common law*, en la situación en la que se encontraba en una época determinada, era el que se encontraba en vigor. En otras entidades federativas no se consideró útil precisarlo. El conflicto que, después de la independencia de Estados Unidos de América se suscitó en ese país y que se prolongó durante más de medio siglo, entre los sistemas de derecho romano-germánico y el del *common law*, no fue sin embargo estéril. Este conflicto contribuyó justamente a darle al *common law* de los Estados Unidos de América, características particulares en relación al *common law* vigente en Inglaterra. Se puede asegurar que los Estados Unidos de América permanecen como un país de sistema de derecho de *common law*, al haber conservado de manera general los conceptos, las formas de razonar, y la teoría de las fuentes de derecho inglés. En la familia del *common law*, sin embargo, el derecho de los Estados Unidos de América ocupa un lugar particular; más que ningún otro derecho, se singulariza por características que lo destacan por su originalidad; son precisamente estas características las que con frecuencia parecieran aproximarlos a los derechos de la familia romano-germánica, por la que se ha visto atraído en un momento determinado de su historia.

323. Causas de la diferenciación. El triunfo del *common law* en los Estados Unidos de América ha sido difícil. Por otro lado tampoco ha sido completo; muchas de las reglas del *common law* nunca fueron recibidas en los Estados Unidos de América ya que no se adaptaban a las condiciones prevalecientes en territorio americano. Otras reglas del derecho inglés no fueron admitidas en los Estados Unidos de América porque su origen no era judicial: ha sido una regla generalmente aceptada que las leyes votadas en el Parlamento de Westminster no surtirían efecto más allá del territorio de Inglaterra, a menos que el Parlamento lo hubiera especialmente decretado. Desde entonces las leyes votadas por el Parlamento inglés antes de la Independencia de los Estados Unidos de América carecían de fundamento para su aplicación.

Lo más relevante, sin embargo, es lo siguiente: el derecho inglés que ha sido recibido en América es, en la medida que ha sido recibido, el derecho que era vigente en Inglaterra, en la época de la dominación inglesa en América. Jamás se imaginó aplicar en los Estados Unidos de América, leyes inglesas promulgadas con posterioridad a 1776. Nunca se consideró que los desarrollos jurídicos que pueden observarse en el *common law* en Inglaterra a partir de 1776, debieran fatalmente surtir sus efectos igualmente en los Estados Unidos de América. La evolución de los dos derechos, el inglés y el americano, fue en principio independiente, a partir de la soberanía americana. No obstante lo expuesto una cierta influencia inglesa continuó manifestándose después de la independencia americana.

Este postulado es incontrovertible; basta considerar por una parte la evolución del derecho inglés desde 1776, y por la otra, la transformación de la sociedad norteamericana desde esta fecha para percatarse que existe, a partir de este doble fenómeno una amenaza y graves limitantes para la unidad y la uniformidad del sistema. Inglaterra, y su derecho en la actualidad, son profundamente diferentes, desde múltiples enfoques de la Inglaterra y su derecho del siglo XVIII. Igualmente es válido sostener que los Estados Unidos de América, no son el mismo país. Aún desde el simple punto de vista geográfico, no hay identidad entre las antiguas 13 colonias que proclamaron su independencia y los Estados Unidos de América de nuestra época. Ese país de 240 millones de habitantes, fuertemente industrializado, convertido en la primera y más rica potencia del mundo, no tiene nada en común con la franja de su costera atlántica, poblada por menos de 3 millones de habitantes, que se independizó de Inglaterra hace doscientos años. Las costumbres de vida, los modos de pensar, las fuentes económicas, han hecho que la forma de

percibir los problemas sea completamente distinta a los de la época colonial y desde luego distinta al medio europeo al que pertenece Inglaterra. El sistema de derecho de Estados Unidos de América no puede asemejarse al derecho inglés; los separa la misma distancia que separa la vida y la civilización americanas y la inglesa.

324. Influencia inglesa. Es cierto que durante una buena parte de tiempo, Inglaterra representó para los juristas americanos un modelo. El avance que Inglaterra tenía sobre el doble plano económico y cultural, la falta del desarrollo de las universidades y la doctrina americanas, llevaron a los jueces y juristas de los Estados Unidos de América a inspirarse en el modelo inglés e intentar aproximar la evolución del sistema de derecho americano a la del derecho inglés, aún cuando éste ya no era vinculante. En perspectiva se puede observar en consecuencia cierto paralelismo inicial en la evolución de ambos derechos. Podría fácilmente pensarse que, una vez consumada la independencia, el derecho americano a medida que las condiciones de vida en los Estados Unidos de América se asemejaban a las condiciones de vida europeas, se aproximaba más al derecho inglés, como no había sucedido en la época colonial.

Las reformas de estructura que fueron realizadas en el derecho inglés, en el transcurso del siglo XIX, encontraron su equivalente de manera general en los Estados Unidos de América. A semejanza de Inglaterra, en diversas entidades federativas de la Unión americana, se desecharon las antiguas formas de acción para adoptar un procedimiento mucho menos formalista, de justicia, de tal forma que, mucho más que antaño, la atención de los juristas pudo verterse al fondo del derecho opuesto a la administración de justicia. Los vínculos entre el *common law* y la equity se reexaminaron, y cuya consecuencia, en la mayoría de las entidades federativas de la Unión culminó con la abolición de la dualidad de jurisdicciones del *common law* y la equity. Una tendencia se hizo patente, en las diversas entidades federativas de la Unión, favorable a una cierta racionalización; al igual que en Inglaterra se buscó extirpar del derecho, soluciones arcaicas abrogando leyes obsoletas; se buscó ante todo simplificar el conocimiento del derecho elaborando reglas, en múltiples ámbitos sistemáticamente, a través de una obra de consolidación.

La evolución que tuvo su inicio en el siglo XIX continuó durante todo el siglo XX. En el siglo XX es observable por otra parte, tanto en los Estados Unidos de América como en Inglaterra, una nueva tendencia a organizar y reformar, por medio del derecho, la sociedad. El derecho deja de ser visto como el simple medio para resolver una controversia y aparece cada vez más a los ojos de la ciudadana e incluso de los juristas, como el instrumento idóneo, en la creación de una nueva sociedad. Un “poder administrativo” desconocido antaño se desarrolla, tanto a nivel federal, como en el de cada Entidad Federativa, paralelamente al de los tres poderes tradicionales: legislativo, ejecutivo y judicial.

Los rasgos generales en la evolución de los dos derechos, el inglés y el americano, presentan en su conjunto grandes similitudes, a partir de la independencia de los Estados Unidos de América.

325. La originalidad del derecho americano. Los dos derechos inglés y norteamericano no obstante, no volvieron a convergir.<sup>5</sup> La diferencia de sustancia empero, se debe esencialmente, a

---

<sup>5</sup> R. Pound, “The Deviation of American Law from English Law”, *67 Law Quarterly Review*, 1951, pp. 46-66; A. Kahn-Freund, “English Law and American Law. Some Comparative Reflections”, *Essay in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, 1962, 862-409.

su mismo origen, a la imposibilidad de aplicar en los Estados Unidos de América el derecho inglés. Esta diferencia que resulta incluso en una franca oposición entre ambos modelos, se debe en la actualidad, abstracción hecha de las soberanías nacionales, a todo un complejo conjunto de factores; lo que en diversos niveles hacen de los Estados Unidos de América un Estado nacional y de los norteamericanos una nación, profundamente diferentes de Inglaterra y de los ingleses. Inglaterra es una isla europea; a diferencia de los Estados Unidos de América que son una masa continental, menos dependientes de los vecinos inmediatos. Inglaterra es un país de tradición; los Estados Unidos de América fieles a sus ancestros que repudiaron el yugo colonial y a sus inmigrantes, de múltiples razas, que fueron a buscar una nueva patria y que renegaron deliberadamente de sus viejas tradiciones. Inglaterra es una monarquía, y su régimen político es parlamentario; los Estados Unidos de América son una república, con un régimen presidencial. Inglaterra fue siempre una nación unitaria, muy centralizada en lo que concierne a la administración de la justicia; los Estados Unidos de América son un Estado federal, con una constante que busca conciliar los intereses nacionales con los particularismos de sus entidades federativas. La estructura económica de los dos países es profundamente diferente por su composición étnica, su pertenencia religiosa, su nivel de vida, sus aspiraciones y sus sentimientos. El American way of life no constituye ni la realidad, ni el ideal de los ingleses; la educación americana es diferente a la educación inglesa; la lengua americana incluso tiende a disociarse de la lengua inglesa.

En este país tan diferente de Inglaterra, la emergencia de sus problemas han sido considerados y resueltos de forma diversa que en Inglaterra. El derecho americano evolucionó bajo el gobierno de factores propios, y difiere profundamente del derecho inglés. Es una constatación que las diferencias enunciadas tengan implicaciones y que las reglas de los derechos, en cuanto al fondo, no sean las mismas. La oposición de ambos derechos sin embargo, es mucho más extensa, y es de una mayor envergadura.

Las diferencias no se agotan en las reglas de ambos sistemas. Las mismas nociones devinieron diferentes; ambos derechos no son idénticos por su estructura. Los juristas americanos son formados, y se organizan profesionalmente, diferentemente de los juristas ingleses; la actitud americana sobre el derecho no es la misma que la actitud inglesa;<sup>6</sup> la teoría de las fuentes de derecho difiere, así como la práctica del derecho en ambos sistemas.

No debe exagerarse, pese a todo, estas diferencias. No obstante ellas, existe un común denominador que puede identificarse en ambos derechos, que no se puede, ni se debe soslayar lo suficientemente importante para que prevalezca, incuestionablemente en el ánimo de los americanos la convicción que su derecho forma parte del *common law*. Resulta imprescindible destacar que frente a esa convicción, la realidad se caracteriza por una gran diversidad de ambos derechos. Si para un jurista norteamericano, educado y formado en los Estados Unidos de América, la comprensión del derecho inglés resulta relativamente sencilla, la situación inversa no es cierta: el jurista inglés no se mueve con facilidad en el derecho americano; para que pueda comprenderlo le es necesario un periodo de iniciación.

---

<sup>6</sup> Ph. Raynaud y E. Zoller (dir), *Le droit dans la culture américaine*, 2001.