

CAPITULO I

EL COMMON LAW

SECCION I

HISTORIA DEL COMMON LAW

§ 2. *El derecho inglés en América y la formación del  
"Common Law" americano*

70. "Transporte" del derecho inglés . . . . .	167
71. Implantación del derecho inglés . . . . .	172
72. Autonomía del derecho colonial . . . . .	175
73. "Adopción" del derecho inglés . . . . .	178
74. El derecho adoptado . . . . .	184
75. El <i>common law</i> bajo su aspecto constitucional y como conjunto de reglas jurídicas, y los precedentes de las jurisdicciones inglesas de <i>common law</i> .	184

## § 2. EL DERECHO INGLÉS EN AMÉRICA Y LA FORMACIÓN DEL COMMON LAW AMERICANO

70. "Transporte" del derecho inglés.
71. Implantación del derecho inglés.
72. Autonomía del derecho colonial.
73. "Adopción" del derecho inglés.
74. El derecho adoptado.
75. El *common law* bajo su aspecto constitucional y como conjunto de reglas jurídicas, y los precedentes de las jurisdicciones inglesas de *common law*.
76. La *equity*, el derecho mercantil, el *admiralty*, el derecho de las jurisdicciones eclesiásticas, el derecho judicial, el derecho penal y el procedimiento criminal.
77. Las leyes inglesas.
78. El cristianismo.
79. Transformación de la naturaleza del derecho inglés, por el hecho de su adopción.
80. La excepción de Luisiana.
81. El derecho norteamericano durante los siglos XIX y XX.

70.—La historia del derecho norteamericano no ha sido escrita nunca, ni lo será jamás, tanto a causa de la dificultad intrínseca de la materia, resultante de la división del derecho entre las colonias o Estados y de la falta de documentación sobre ciertos períodos, al menos en ciertas colonias, como por la falta de un suficiente número de investigadores interesados en los estudios históricos.<sup>1</sup> Continúa, pues, siendo en gran parte conjetural.

### 70.—

1. Esta constatación, que los propios autores americanos son los primeros en hacer (cf., entre otros, Daniel J. BOORSTIN, *The Humane Study of law*, "Yale Law. J.", vol. 57 (1948), pp. 960-975), aunque la historia del derecho se enseñe en una docena de facultades, no debe suponer, desde luego, ningún demérito para lo que ha sido publicado al respecto; monografías, a veces excelentes, y obras generales que, sin resolver todos los problemas, dan una visión interesante del tema.

Entre las obras generales se pueden citar: Mark Dewolf, HOWE, *Readings in American Legal History* (1949); *Select Essays in Anglo-American Legal History* (4 vols. 1907-1909); Charles WARREN, *History of the Harvard Law School and of Early Legal Conditions in America* (3 vols. 1908) y *History of the American Bar*, (1911); Roscoe POUND, *The Formative Era of American Law* (1938), sobre el período que va desde la Independencia hasta la Guerra Civil; así como *The Spirit of the Common law* (1921), pp. 112-138; *The History and System of the Common Law* (1939), y *Common Law*, en *The Encyclopædia of the Social Sciences* (1931), t. 4, pp. 50-56; Herbert POPE, *English Common Law in the United States*, "Harv. L. R." (1910), vol. 24, pp. 6-30; Roscoe POUND and Theodore F. T. PLUCKNETT, *Readings of the History and System of the Common Law* (3rd ed. 1927); *Studies in History, Economics and Public Law* (1910); *Two*

No hemos de presentar aquí más que una exposición a grandes rasgos, desdeñando las teorías extremas que puedan haber sido sostenidas en otro tiempo, para atenernos a las tesis moderadas que, de todas maneras, parecen ser las que tienen todas las posibilidades de estar mejor fundadas.<sup>2</sup>

El derecho inglés pasó de Inglaterra a Norteamérica de la forma más sencilla: es un principio de *common law*, establecido por el *Calvin's Case*,<sup>3</sup> que las gentes de habla inglesa "transportan" su derecho con

*Centuries' Growth of American Law* (1901); Julius GOEBEL, Jr., *Cases and Materials on the Development of Legal Institutions* (1930, 3rd ed. 1937), *Chapter on American Colonial Heritage*. V. en francés, René DAVID, *Cours de dr. civ. comp. 1951-1952, Intr. au dr. des Etats-Unis d'Amérique*, pp. 151-172; Edouard LAMBERT, *Common Law et droit civil. Leurs branches américaines. L'étude comparative de ses branches*. "Bull. Inst. Dr. comparé", Lyon, 1941, pp. 1-89.

Entre las monografías hay que citar, muy especialmente, Zechariah CHAFEE, *Records of the Suffolk County Courts, 1671-1680* (1933); Daniel J. BOORSTIN, *Delaware Cases, 1792-1830* (3 vols. 1943) (relativo al período posterior a la Independencia, muestra por lo menos el estado del derecho de Delaware, poco tiempo después de la terminación del período colonial); Zechariah CHAFEE, reseña de la obra precedente, "Harv. L. R." (1944), vol. 57, pp. 399-430; Julius GOEBEL, Jr. and Raymond NAUGHTON, *Law Enforcement in Colonial New York. A Study in Criminal Procedure 1664-1776*, (1944); Susie M. AMES, *County Court Records of Accomack-Northampton, Virginia*, pp. 1632-1640, prefatory note by Francis S. PHILBRICK (1954). V. igualmente, Richard A. POWELL, *The Law of Real Property* (6 vols. 1949, perm.), vol. 1, cap. 4, que traza la historia del derecho de cada Estado. Además, la historia del derecho de cada Estado se relata, muy brevemente, en un prefacio de su *Code* o de sus *Compiled Laws*.

Se puede señalar la existencia de una *Society of American Legal History*, así como de una *American Historical Association*, que publica, entre otras revistas, la "American Historical Review"; y un "Institute of Early American History and Culture", que publica *The William and Mary Quarterly*. Estas dos últimas revistas contienen a veces estudios jurídicos y estudios de otra índole, útiles para los juristas; lo mismo que la *Louisiana Historical Quarterly*, editada por la *Louisiana Historical Society*. La *Maryland Historical Society* y la *Colonial Society of Massachusetts*, han publicado también documentos o estudios jurídicos.

2. Para una exposición sumaria de las tesis extremas y el valor que actualmente se les reconoce, v. CHAFEE, reseña antes citada, especialmente, pp. 411-413 y 413-415.

3. *Calvin's Case* (1680), 7 Co. I, 17 b. Cf. KENT, *Commentaries*, t. 1, pp. 473; STORY, *Constitution*, t. 1, § 156-157 (2nd ed. 1851); DAVID, *Introduction*, p. 329; AMOS, *The Common Law and the Civil Law...*; Max RADIN, *The Rivalry of Common Law and Civil Law Ideas in the American Colonies*, 2 *Law. A Century of Progress* (1937), pp. 404-431; R. H. GRAVESON, *De l'influence de la Common Law sur les systèmes de droit civil existant dans le Commonwealth Britannique*, "Rev. Int. dr. comp.", 1953, pp. 658-671, 659-662. Múltiples sentencias norteamericanas (entre ellas la mayor parte de las citadas en las notas de esta sección), han adoptado esta doctrina; v. principalmente, entre las más antiguas, *United State vs. Worrall* (1798), 2 Dallas 384, 1 L. ed. 426; *Pawlet vs. Clark* (1815), 9 Cranch 292, 3 L. ed. 753; *Van Ness vs. Pacard* (1829), 2 Pet. 137, 7 L. ed. 374; *Commonwealth vs. Knowlton* (1807), 2 Mass. 530 (citada también en *Clement vs. Graham* (1906), 78 Vt. 290, 63 A. 146 Am. Cas. 1913 E. 1208); *State vs. Buchanan* (1821), 5 Har. and J. 317, 9 Am. Dec. 534.

ellas, cuando se instalan sobre un territorio en el que ningún derecho civilizado está en vigor, por lo menos en la medida en que aquél es aplicable a sus nuevas condiciones. El derecho inglés es para ellas un derecho innato (*birthright*) y una herencia (*inheritance*).<sup>4</sup>

Bastó pues que los colonos de la *Virginia Company of London* fueran a establecerse en la desembocadura del Chesapeake, en 1607, para que el derecho inglés fuese “importado” a Norteamérica. Además, la mayor parte de las Cartas de establecimiento de las colonias preveían la aplicación del derecho inglés.<sup>5</sup> Y, en estas condiciones, el derecho inglés no tenía que ser “recibido”; era, sencillamente, “transportado”.

Era transportado, en realidad, con ciertas reservas. En primer lugar, su aplicación estaba subordinada a las condiciones sociales y, más simplemente, materiales de la vida en las colonias. Pero basta evocar las condiciones precarias de la vida de los primeros colonos de Virginia —una centena de pioneros bajo un clima agotador y sobre un terreno pantanoso, expuestos a la hostilidad de los indios y al hambre— para comprender la importancia de esas reservas<sup>6</sup> y su definitiva influencia<sup>7</sup> probablemente beneficiosa,<sup>8</sup> sobre el derecho norteamericano.

Incluso en los establecimientos más favorecidos, o cuando las condiciones de vida se hicieron más “civilizadas”, los problemas jurídicos no se plantean, a menudo, de la misma manera en las colonias que en la metrópoli. La tierra, por ejemplo, es abundante. Aun cuando la concesión de la colonia es de tipo feudal, esta feudalidad, destinada por otra parte a ser precaria, no afecta profundamente a la tierra, y no se hace necesario aplicar las complicadas reglas del régimen de tierras y de la sucesión en las mismas, impregnadas de feudalidad.<sup>8 bis</sup>

4. Cf. la frase del *Attorney General for the Board of Trade* en 1720, referida por WIGMORE en *The Future of the Common Law*, p. 61: “Un inglés, donde quiera que vaya, transportará con él la cantidad de derecho y libertad que la naturaleza de las cosas le permita.”

5. Sobre la historia de los establecimientos ingleses en América, v. *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 10 y ss.

6. Cf. Paul Samuel REINSCH, *The English Common Law in the Early American Colonies, 1 Select Essays...*, precitada, pp. 367-415; Charles J. HILKEY, *Legal Developments in Colonial Massachusetts, 1630-1686, Studies in History*, citada antes, vol. 37, pp. 157 y ss.

7. Cf. Charles Mc. Lean ANDREWS, *The Influence of Colonial Conditions as Illustrated in the Connecticut Intestacy Law, Select Essays...*, antes citada, vol. 1, pp. 431-463; POUND, *The Formative Era*, p. 108; LAMBERT, *op. cit. supra*, N° 18, nota 1, pp. 22-25.

8. Cf. State vs. Saunders (1889), 66 N. H. 39, 25 A. 588, 18 LRA 646.

8 bis. Cf. Edouard LAMBERT, *L'enseignement du droit comparé. Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine*, 1919, pp. 56-62. Las consideraciones de Eduardo LAMBERT se refieren, por lo demás a un período más amplio que el que consideramos aquí y si bien no estamos conformes con todas sus afirmaciones, es preciso destacar dos frases particularmente agudas, aunque algo exageradas: “Si ha existido, en de-

Por otro lado, el derecho inglés, siendo aplicable en teoría, no lo fue, de hecho, en la mayor parte de las colonias. Era un derecho muy técnico, cuyas reglas eran difíciles de conocer y que no podían ser aplicadas más que en el cuadro de ciertas instituciones. En las colonias faltaba todo lo necesario para su aplicación: jueces y abogados competentes, colecciones de sentencias e incluso obras de doctrina. Sólo la colonia de la Bahía de Massachusetts habría podido disponer inmediatamente de un personal suficiente; pero es probable que ese personal no habría contado con la documentación necesaria y, además, vamos a ver su hostilidad al *common law*.

La ignorancia del *common law* trajo consigo una radical simplificación del derecho inglés aplicado en las colonias,<sup>9</sup> principalmente en materia procesal<sup>10</sup> y en ocasiones también la adopción, más o menos voluntaria, de costumbres locales inglesas que el *common law* no había borrado completamente aún.<sup>11</sup>

Y hay más: un gran número de establecimientos, entre los fundados por minorías religiosas más o menos perseguidas, parecen, no sólo al principio, sino durante una gran parte del siglo XVII, rechazar deliberadamente el derecho inglés para fundar sus relaciones sociales únicamente sobre los principios de la religión, revelados por las Escrituras, o sobre el derecho natural y la razón adaptados a las condiciones mate-

---

finitiva, una recepción de conjunto, el objeto de ella ha estado formado por la técnica jurídica y no por las realidades sociales que pone en ejecución." (P. 56.) "La jurisprudencia americana... ha realizado así, con mayor lentitud y timidez, un trabajo similar al que nuestra Revolución llevó a cabo en unos cuantos años..." (P. 57. La frase se refiere, en realidad, sólo al régimen de la propiedad inmobiliaria).

9. Se ha dicho algunas veces, bromeando, que el principal factor de la formación del derecho norteamericano ha sido la ignorancia (cf. POUND, *The Formative Era*, p. 11). V. también, congratulándose de que el *common law* haya sido aplicado por no juristas y afirmando que por ello ha perdido mucho de su arcaísmo y de su tecnicidad, RICHARD RUSH, *American Jurisprudence* (1815), citado por HOWE, pp. 268, 273; *State vs. Saunders* (1889) antes citado.

10. Cf. CHAFEE, reseña citada anteriormente, p. 422.

11. Cf. JULIUS GOEBEL, Jr., *King's Law and Local Custom in Seventeenth Century New England*, "Col. L. R." (1931), vol. 31, pp. 416 y ss.; así como GOEBEL and NAUGHTON, AMES y PHILBRICK, *op. cit. supra*, nota 1; GEORGE LEE HASKINS, *The Beginnings of the Recording System in Massachusetts*, "Boston Un. L. R." (1941), vol. 21, pp. 281 y ss.; *The Beginnings of Partible Inheritance in the American Colonies*, "Yale L. J." (1942), vol. 51, pp. 1280 y ss., 1302-1306, y *Court Records and History*, "The William and Mary Quarterly" (1948), vol. 5, pp. 547-549. Igualmente, *Commonwealth vs. Lehigh Valley R. Co.* (1865), 165 Pa. 162, 30 A. 836, 27 LRA 231.

riales de su vida.<sup>12</sup> Tal es el caso de Massachusetts, Connecticut, New Haven y New Jersey.<sup>13</sup>

Estos diversos factores, pero, al parecer, sobre todo el último, explican el movimiento de codificación del derecho que se inicia en Massachusetts desde 1634 —cuatro años después del establecimiento de la Colonia— y gana casi a todas las otras colonias.<sup>14</sup> Como más tarde los “filósofos” y los revolucionarios franceses, los colonos quieren códigos sencillos, donde el derecho sea expuesto para todos en reglas claras y cuyo respeto pueda ser garantizado por jueces populares, no técnicos. Estos códigos dan a las colonias un cuerpo de derecho que, inspirado, por supuesto, en el derecho inglés, en la medida en que una persona no puede prescindir de sus hábitos de pensamiento, se quiso fundar esencialmente en las Sagradas Escrituras o en el derecho natural.

Dos reservas debemos hacer todavía en relación con el transporte del derecho inglés a las colonias de América. En primer lugar, algunos colonos, los peregrinos del *Mayflower* por ejemplo, procedían directamente de los Países Bajos tanto como de Inglaterra. De igual forma, algunas colonias fueron establecidas sobre territorios ya ocupados por colonias o establecimientos extranjeros: holandés, por ejemplo, en lo concerniente a Nueva York; sueco, como en Pennsylvania; holandés y sueco como en Delaware. En todos estos casos, el derecho inglés era, quizá, aplicable en principio; pero es probable también que los colonos venidos de los Países Bajos, introdujesen, quizá involuntariamente, elementos de derecho holandés,<sup>15</sup> y que, además, el derecho inglés que debía sustituir en principio al derecho holandés o sueco aplicado en el territorio, se limitase a superponerse a ellos, absorbiendo algunas de sus reglas.

12. Sobre el derecho natural en los Estados Unidos, v. Benjamín F. WRIGHT, *American Interpretation of Natural Law* (1931); POUND, *The Formative Era*, pp. 3-37; *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 45 y 53. En cuanto al lugar actual del derecho natural, v. *infra*, N° 127, nota 4. (V. en español: *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, CAIRNS, HALL, PEKELIS, FRANK, PATTERSON, KELSEN, CHROUST. (Trad. de Rafael Lozada de Ayala Torales.) Ed. Losada, S. A. Buenos Aires, 1952, 329 pp.

13. Cf. REINSCH, *op. cit.* Las colonias que no llegan a rechazar el *common law* no dejan de manifestar, con frecuencia, cierto desprecio por el derecho y los hombres de leyes. Maryland deja a sus tribunales en libertad de aplicar o no el *common law* (aplicable, no obstante, según la carta de fundación). Virginia adopta, en 1645, una ley por la que expulsa “a los abogados mercenarios”; y dos años más tarde prohíbe el cobro de honorarios. En Rhode Island, la Asamblea General de 1729 prohíbe a los abogados ser diputados. En la colonia de Nueva York, la consigna popular es: “Nada de abogados a la Asamblea.” William Penn quiso instituir los *peace-makers*, para reconciliar a los ciudadanos y evitar los procesos.

14. Cf. *infra*, N° 168.

15. Cf. George Lee HASKINS, *The Beginnings of the Recordings System in Massachusetts*, “Boston Un. L. R.” (1941), vol. 21, pp. 281 y ss., 289-291.

El mismo fenómeno se produjo después de la Independencia, cuando la expansión de los Estados Unidos sobre el Continente americano. Absorbieron los Estados Unidos, por ejemplo, a California; pero ésta conservó como régimen matrimonial de derecho común la comunidad de bienes, practicada por los españoles. En Luisiana, los Estados Unidos encontraron incluso un sistema jurídico completo y satisfactorio, que dejaron subsistir.<sup>16</sup>

Por último, si el derecho inglés es aplicable en principio en las colonias, cada una de ellas lo aplica, primeramente por lo menos, con absoluta independencia de hecho. Los sistemas judiciales de las colonias, cuando existían, eran independientes entre sí y ni siquiera estaban ligados inicialmente con la metrópoli. El derecho inglés, en tales circunstancias, se fragmenta; cada una de las colonias da su versión de él y de la adaptación que debe experimentar en razón de las condiciones sociales y materiales.<sup>17</sup> Basta pensar en las condiciones en que se instalan los colonos de Virginia, por un lado, y los de Massachusetts por otro, para darse cuenta de que las diferencias tenían que ser muy profundas entre los derechos de las distintas colonias. Además, cada colonia posee, desde un principio, cierto poder reglamentario, e incluso un verdadero poder legislativo —poderes que estaban subordinados, por otra parte, al principio según el cual las colonias no pueden adoptar ninguna ley contraria al *common law*— y todo el derecho escrito emanado de esos poderes será particular y propio de cada colonia, salvo las limitaciones frecuentes entre ellas, cuando las relaciones intercoloniales se desarrollaron.<sup>18</sup>

71.—El estudio del período colonial nos muestra una instalación más firme y más profunda del derecho inglés en Norteamérica.

La mayor parte de los factores que impedían su aplicación pura y simple, tienden, en efecto, a perder importancia, aun cuando nuevos factores hacen su aparición.

Las condiciones de vida no son ya, normalmente, las de los primeros colonizadores de Virginia. La colonia de la Bahía de Massachusetts está compuesta de gentes acomodadas, cultas y bien organizadas. En general, el conjunto de las colonias no cesa de desarrollarse y muchas de ellas alcanzan cierta prosperidad. La principal reserva a la adopción del derecho inglés, es decir, la subordinación de su aplicación a las condiciones sociales, pierde, consecuentemente, gran parte de su justificación. Sin embargo, la posibilidad que proporciona al

16. Cf. *infra*, N° 80.

17. Cf. ANDREWS, *op. cit. supra*, nota 7.

18. Cf. Stefan A. RIESENFELD, *Law Making and Legislative Precedent in American Legal History*, "Minn. L. Rev." (1949), vol. 33, pp. 103-144, 134-139.

juez de pronunciar el derecho en la forma que estime que debe ser, le asegura siempre un amplio lugar en la teoría del derecho de las colonias.<sup>1</sup>

Por otra parte, también llegan a las colonias técnicos del derecho. La colonia de la Bahía de Massachusetts incluye abogados, que no van, es cierto, a practicar el derecho; pero son aptos para exponerlo y aplicarlo, como abogados o como jueces, si se presenta la ocasión. Es cierto que al principio quieren rechazar el *common law*; pero cuando su hostilidad hacia el *common law* se atenúa o cuando la metrópoli trata de imponer su aplicación, después de la revocación de la Carta de Massachusetts, se encuentra en la colonia todo el personal necesario: abogados viejos y abogados más jóvenes, llegados con posterioridad a los primeros colonizadores, y los hijos de éstos, intelectuales aptos para convertirse en abogados.

En el Sur, la prosperidad atrae a abogados y médicos de la metrópoli —muchos charlatanes sin duda, como parece deducirse de sus anuncios—, pero también, probablemente, jóvenes que, deseando abrirse camino más rápidamente que en Londres, no estaban desprovistos de valor. Después, los colonos se dedican a la profesión de abogado. Se forman en el país, trabajando con otro abogado en ejercicio, lo que constituye la formación natural en la época, o incluso en Londres, adonde van a pasar algunos años en los *Inns of Court* y junto a un práctico. Los buques que unen la metrópoli con las colonias han traído ya a éstas bastantes objetos esenciales como para poder traer también obras doctrinales; las de Coke por ejemplo, y después, hasta recopilaciones de sentencias. Blackstone,<sup>2</sup> a fines del período colonial, tiene en Norteamérica un éxito casi tan grande como en Inglaterra.<sup>3</sup> En 1775, diez años después de la aparición del primer volumen, Burke declara que ha vendido en Norteamérica 2,500 ejemplares de los *Commentaries* — casi tantos como en Inglaterra. La obra, además, se reimprimió en Filadelfia en 1771<sup>4</sup> y era enseñada y comentada en el *William and Mary College* cuando la Independencia.

Un factor se oponía, no obstante, a una extrema tecnicidad del derecho: parece que hasta fines del período colonial, la mayor parte

#### 71.—

1. Quedan, además, por supuesto, las diferencias geográficas y geológicas que distinguen a Norteamérica de Inglaterra, aun estimando que tales diferencias no pueden influir sobre el derecho más que de una forma excepcional.

2. Cf. *supra*, N° 68.

3. Cf. Jerome N. FRANK, *A Sketch on an Influence*, en *Interpretations of Modern Legal Philosophies (Essays in Honor of Roscoe Pound, 1947)*.

4. Cf. Eldon Revare, JAMES, *A List of Legal Treatises Printed in the British Colonies and the American States before 1801*, *Harvard Legal Essays* (1934), pp. 159-211, 170. V. la totalidad del artículo sobre la literatura jurídica en las colonias.

de los magistrados —a reserva de ciertas diferencias entre Estados y tribunales— no han sido juristas.<sup>5</sup>

El prestigio del derecho natural deja también de ser un obstáculo para la aplicación del *common law*. Cuando disminuye la hostilidad que se experimentaba hacia éste, se escuchan las alabanzas que le dirigen los jueces y autores ingleses, que lo consideran como la simple adaptación del derecho natural y la razón a las circunstancias sociales. Poco a poco se empieza a sentir en las colonias, como en Inglaterra, que el *common law* es el baluarte de las libertades públicas contra el absolutismo real. Las dificultades entre las colonias y la metrópoli dan entonces al *common law* una popularidad comparable a la que gozó en Inglaterra en ciertas épocas. La *equity*, por el contrario, toma en las colonias el color político que también había adquirido en Inglaterra; aparece como instrumento del absolutismo real y tropieza, a su vez, con una fuerte oposición de los colonos.<sup>6</sup>

La atenuación o desaparición de los factores que se oponían a la aplicación del *common law*, produce la paralización del movimiento de codificación, que, por sí mismo, perjudicaba a esa aplicación. El último código adoptado en las colonias es el *Body of Laws* de William Penn, de 1682.

En cuanto al fondo holandés y sueco que los ingleses habían encontrado en ciertos lugares, su importancia desaparece poco a poco por la implantación del *common law* y sólo subsisten aquellas instituciones extrañas al *common law*, cuando son aplicadas en un territorio bastante extenso.

La evolución es más compleja en cuanto concierne a la fragmentación del derecho inglés entre las diversas colonias, pues encuentra, a la vez, elementos que la atenúan y elementos que la agudizan. Se habría podido atenuar, en la medida en que la posibilidad de apelar

5. Cf. POUND, *The Formative Era*, p. 92, ó *The Spirit*, p. 113: En Massachusetts, de los 33 magistrados que han formado parte de la Suprema Corte desde 1692 a 1776, sólo tres fueron abogados; dos de los tres magistrados de la Suprema Corte de Nueva Jersey durante la Revolución tampoco eran juristas; entre los tres magistrados que componen la Suprema Corte de Nueva Hampshire después de la Independencia, figuran un pastor y un físico; un herrero fue miembro también de la Suprema Corte de Rhode Island de 1814 a 1818 y un granjero, *Chief Justice* de esa misma Corte, de 1819 a 1826. V. no obstante, sobre la magistratura y la abogacía durante el período colonial, las indicaciones un poco diferentes de CHAFFEE, reseña antes citada *supra*, N° 18, nota 1, pp. 407-409.

Quizá cierto obstáculo a la tecnicidad del derecho residió en la incertidumbre y confusión entre los Poderes, lo que da lugar, por ejemplo, a que los divorcios sean pronunciados, no sólo por los legisladores, sino por los gobernadores coloniales. Cf. *Burtis vs. Burtis* (1825), *Hopk Ch.* (N. Y.) 557, 14 Am. Dec. 563.

6. POUND, *The Formative Era*, p. 155; Samuel, WILLISTON, *Some Modern Tendencies in the Law* (1929), pp. 37 y ss. V. sin embargo, Solon Dyke NILSON, *Courts of Chancery in the American Colonies. Select Essays...* antes citado, vol. 2, pp. 779-809.

de las decisiones dictadas por las jurisdicciones supremas de cada colonia ante el *Privy Council*, tendía a imponer en todas partes el respeto riguroso al derecho inglés,<sup>7</sup> y en la medida también en que la autoridad de Coke o de los autores anteriores, reclama por igual una misma solución. De hecho, sin embargo, estos elementos no impiden que la fragmentación se acentúe. Y es que, en efecto, las apelaciones ante el *Privy Council* son raras, y si los autores, incluso Coke, establecen los principios y exponen las decisiones inglesas, las circunstancias de los asuntos son tan cambiantes siempre, que raramente consigue un autor imponer una solución. Diversos factores, en fin, continúan oponiéndose a una aplicación rigurosa del *common law*. Se construyen pues sistemas jurídicos ligeramente diferentes en las distintas colonias, partiendo todos del derecho inglés. Sus normas son, en todos lados, más simples y flexibles, menos técnicas que las del derecho inglés;<sup>8</sup> pero difieren entre sí, y las divergencias se cristalizan en la misma medida en que la vida judicial se organiza en cada colonia; en la medida en que las decisiones son registradas y van a constituir precedente.<sup>8 bis</sup> Se observa, de hecho, desde esta época, el desarrollo de doctrinas específicamente americanas,<sup>9</sup> así como el deseo de desarrollarlas.

El *common law*, además no es el único elemento que tiende a diferenciar unas colonias de otras. El derecho legislado contribuye aún en mayor medida al particularismo de cada una, por que si bien el código de William Penn es el último que se promulgó, fue seguido de leyes, algunas muy importantes, y, por supuesto, siempre especiales de cada colonia, aun cuando la inspiración inglesa no hubiera estado ausente,<sup>10</sup> o cuando la ley de una colonia se hubiere inspirado en las de otras.<sup>11</sup>

72.—Si durante el período colonial un número tan grande de factores han tendido a dar fuerza al derecho inglés, un importante problema de teoría del derecho se plantea: ¿cuál es el derecho inglés que regía: el de 1607; el de la fecha de establecimiento de la colonia; o el que era aplicado en Westminster en el momento en que el juez resolvía?

La cuestión es importante. Se trata de saber si el derecho aplicable en las colonias de América seguía estando unido al derecho de la metrópoli, evolucionando bajo la influencia de los nuevos precedentes

7. Cf. Joseph Henry SMITH, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations* (1950).

8. Cf. CHAFEE, reseña antes citada, *supra*, N° 70, nota 1. pp. 427-428.

8 bis. Cf. CHAFEE, reseña precitada, p. 400.

9. Cf. Ex parte Bornee (1915), 76 W. Va. 360, 85 SE 529, LRA 1915 F. 1093.

10. Cf. PLUCKNETT, reseña "New Eng. Q." (1930), vol. 3, pp. 157 y ss.

11. Cf. RIESENFELD, *op. cit. supra*, N° 70, nota 18.

y las leyes nuevas o, por el contrario, era una rama que, arrancada del derecho inglés, cesaba no obstante de alimentarse directamente del tronco. Tal cuestión, que en el aspecto general del derecho aplicable a las colonias británicas no está resuelta en el derecho actual,<sup>1</sup> parece no haber sido, en lo que concierne a América, verdaderamente estudiada, ni en su época, ni en el momento presente, aun cuando interese a un período de más de siglo y medio.

Probablemente es imposible, en realidad, responder a tal cuestión de una manera tan precisa como quisiera un jurista francés. Si, en efecto, se concluye que nuevos precedentes y leyes nuevas eran aplicables en América, lo eran, en todo caso, sólo en la medida en que los tribunales, mediante una apreciación soberana, los juzgaban adaptados a las condiciones de vida del país.<sup>2</sup> En cuanto a los precedentes, por otra parte, la doctrina según la cual obligan al juez, todavía estaba lejos de haber alcanzado todo su rigor.<sup>3</sup> Si, por el contrario, eran inaplicables en principio, los tribunales, por medio de una apreciación igualmente soberana, tenían siempre la posibilidad de ver en ellos la expresión de lo que era una verdadera regla del *common law*, superior a la que hasta entonces había estado disimulada bajo sentencias poco claras o erróneas.<sup>4</sup> En derecho, por lo tanto, la cuestión no tiene el mismo rigor ni la misma importancia que parece a primera vista, incluso cuando se considera la parte de este período en que funcionan tribunales regulares, compuestos y asistidos por técnicos, que estaban al corriente, aunque con retraso, de los desenvolvimientos del derecho inglés.

De hecho, es probable que las diversas jurisdicciones no hayan tenido la misma actitud y que, incluso las de una misma jurisdicción, haya variado durante este período de más de ciento cincuenta años. Y es infinitamente probable, también, que en la medida en que han tenido una idéntica actitud, se han considerado facultadas, pero no obligadas, a introducir las nuevas reglas resultantes de las decisiones y de las leyes inglesas.<sup>5</sup> En todo caso, constituye un hecho incontestable que ciertas reglas nuevas, pero no todas, resultantes de las decisiones y de las leyes inglesas, fueron aplicadas en América.

En lo que se refiere a las leyes, el principio del *common law*, expresado por Blackstone,<sup>6</sup> era el de que no se aplicaban a las colonias

---

72.—

1. Cf. DAVID, *Introduction*, p. 330.

2. Cf. *supra*, N° 70.

3. Cf. *supra*, N° 64. Sobre la actitud de las jurisdicciones de esta época, v. CHAFEE, reseña citada *supra*, N° 70, nota 1, pp. 418-421.

4. Cf. *infra*, Núms. 100 y 132.

5. *Commonwealth vs. Knowlton* (1807), 2 Mass. 530 (citada también en *Clement vs. Graham* (1906), 78 Vv. 290, 63 A. 146, Ann. Cas. 1913 E., 1208).

6. BLACKSTONE, *Commentaries*, t. 1, p. 108.

salvo que el Parlamento lo hubiera expresamente declarado.<sup>7</sup> Sin embargo, las legislaturas coloniales tenían el poder de acoger una ley inglesa, votando un texto idéntico, o casi idéntico, al votado en el Parlamento de Westminster. Además, parece que ese principio del *common law* no fue siempre respetado por las jurisdicciones de las colonias americanas. Cuando se investiga la forma en que fue introducida determinada ley en las colonias, el *Statute of Frauds*, por ejemplo, se llega con frecuencia a pensar que muchas jurisdicciones se limitaron a aplicarla, pura y simplemente, sin disposición legislativa especial.<sup>8</sup> Se encuentran también numerosas decisiones antiguas que hablan de leyes de esa época "adoptadas por los tribunales", como si éstos hubiesen optado libremente por aplicar o dejar de aplicar una ley, cuando la cuestión se les planteaba.<sup>9</sup> En fin, resulta de documentos de la época, que ninguna verdadera oposición se estableció entre leyes anteriores y leyes posteriores al primer establecimiento definitivo en América, o al establecimiento de la colonia en que el juez actuaba.<sup>10</sup> La introducción de las nuevas leyes no fue, en verdad, general y gran número de ellas quedaron inaplicables.<sup>11</sup>

Esta incertidumbre sobre su valor en las colonias, explica que ya en el período colonial mismo o, más frecuentemente, a su terminación, haya sido necesario poner orden en la legislación vigente, bien diciendo qué leyes eran las aplicables,<sup>12</sup> bien, cuando se adoptaba el *common law*, agregando que se adoptaban, al mismo tiempo, las leyes que, de hecho, se habían estado aplicando.<sup>13</sup>

---

7. V. igualmente, la Declaración de Derechos del Primer Congreso Continental, del 14 de octubre de 1774 (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 31), afirmando el derecho de las colonias "al beneficio de las leyes inglesas existentes al tiempo de su colonización y que, por experiencia, han encontrado aplicables respectivamente, a las circunstancias de su vida".

Cf. St. George Leakin SIOUSSAT, *The Theory of the Extension of English Statutes to the Plantations, Selects Essays*... antes citado, vol. 1, pp. 416-430.

8. Roscoe POUND, *Sources and Forms of Law* (1946), p. 35; CHAFEE, reseña citada, p. 425.

9. V. por ejemplo, *Commonwealth vs. Knowlton* (1807), 2 Mass. 530. Cf. *Chisholm vs. Georgia* (1793), 2 Dall. 419, 1 L. ed. 440.

10. V. *infra*, N° 73, la Sección 3 de la *Maryland's Original Declaration of Rights* (1776).

11. Cf. notas a los Ann. Cas. 1913 E. 1222-1228, principalmente 1225-1226 y a los 22 LRA 502-511, principalmente, 508-511; esta última nota contiene un cuadro de las decisiones pronunciadas respecto a diversas leyes inglesas.

12. Cf. las leyes o actos mencionados en *Vidal vs. Philadelphia* (1844), 2 How. 127, 11 L. ed. 205; *Bloomfield vs. Brown* (1942), 67 R. I. 452, 25 A (2d) 354, 141 ALR 170; *Hornsby vs. Smith* (1941), 191 Ga. 491, 13 SE (2d) 20, 133 ALR 648.

13. Delaware, Const. 1776 sec. 25. Cf. *Wilmington Housing Authority vs. Fidelity and Deposit Co.* (Del. 1946), 170 ALR 1288, 47 A (2d) 524.

Sobre la fuerza de las leyes inglesas durante el período colonial, v. también, John Chipman GRAY, *The Nature and Sources of the Law* (1909; 2ª ed.

En lo que concierne a las decisiones judiciales, su autoridad era mayor, en la medida en que llegaban a América, por el hecho de ser la expresión más directa del *common law*: el juez sólo podía declarar el derecho; mientras que el legislador podía declararlo y modificarlo.<sup>13 bis</sup> Un juez colonial podía, entonces, rechazar la autoridad de una decisión de la metrópoli, estimando que la regla que imponía no estaba adaptada a la vida local o, incluso, por juzgarla errónea; pero no se puede concebir que la rechazase simplemente porque la sentencia hubiera sido dictada en la metrópoli. De hecho, no se encuentra, durante el período colonial al menos,<sup>14</sup> ninguna sentencia que haya rechazado un precedente inglés por ese motivo,<sup>15</sup> y se encuentran por el contrario, al día siguiente de la Revolución, sentencias que buscan, en las sentencias inglesas de la época, la expresión de las reglas de su *common law* común.<sup>16</sup> La introducción en Norteamérica de las recopilaciones de sentencias y de los comentarios doctrinales fundados en ellas, supone que se reconoció<sup>17</sup> la autoridad de las mismas.

Tales son los diversos elementos del problema; pero, repetimos, no parece que éste haya sido apreciado con claridad durante el período colonial. La incertidumbre sobre el particular, a fines de este período, era tal, que la adopción formal del derecho inglés, a la que procedieron después de la Revolución los Estados, queriendo en general conservar el derecho que aplicaban, se ha referido tanto al derecho de 1607, como al derecho de la fecha de su formación como colonia, o al derecho de 1776, fecha de la Independencia.<sup>18</sup>

73.—“Transportado” y en cierta medida impuesto a las colonias, el derecho inglés fue objeto de una verdadera adopción por parte de los Estados independientes que sucedieron a aquéllas después del 4 de julio de 1776.<sup>1</sup>

1921), pp. 196-197, y, sobre todo, CHAFEE, reseña citada, pp. 425-426, confirman enteramente los resultados de nuestras investigaciones personales.

13 bis. Cf. *infra*, N° 100 y Núms. 85 y ss.

14. Para las sentencias modernas, v. *infra*, N° 130, texto y nota 7.

15. Cf. *State vs. Buchanan* (1821), 5 Har. and J. 317, 9 Am. Dec. 534, expresando la opinión (9 Am. Dec. 567) de que si los lazos políticos no hubiesen sido rotos entre Norteamérica e Inglaterra, la aplicabilidad de las decisiones inglesas de este período no hubiera sido jamás puesta en duda.

16. Cf. *infra*, N° 81 y N° 130, texto y nota 6.

17. Sobre la fuerza de las sentencias en la época colonial, v. también GRAY, pp. 244-248; CHAFEE, reseña citada, p. 410.

18. Cf. *infra*, N° 73. Sobre el estado del derecho en la época de la Independencia y en 1787, v. igualmente CROSSKEY, t. 1, pp. 563-577 y 578-609.

73.—

1. Respecto a esta adopción, se pueden consultar las notas siguientes: Am. Cas, 1913 E, 1222-1228 y 1232-1246 (con, pp. 1241-1246, un breve estudio por

Esta adopción no fue, en verdad, ni absolutamente general, ni uniforme.

Pese a la importancia, entre los reproches que los habitantes de las colonias de América dirigían a la metrópoli, de aquéllos relativos a la formación y aplicación del derecho —reproches que constituían los dos tercios de la parte justificativa de la Declaración de Independencia—, ni este documento, ni los artículos de la Confederación de 1777, ni la Constitución de 1787, hablan del derecho que será aplicable a los nuevos Estados independientes.<sup>2</sup> Este silencio podría explicarse por el hecho de que cada Estado quedaba como único dueño de su derecho privado; pero, en realidad, se explica por la inutilidad de declarar la preferencia de cada Estado por “el libre Sistema de Leyes de Inglaterra” — para usar los términos de la Declaración de Independencia. Todos los Estados tenían, en verdad, el deseo de conservar el derecho que aplicaban en aquella fecha,<sup>3</sup> aun cuando la cuestión de saber cuál era ese derecho no estaba muy clara.<sup>4</sup> En consecuencia, todos los Estados recién formados y todos los que se unieron a la Federación, con la única excepción de Luisiana,<sup>5</sup> adoptaron el derecho inglés; pero la manera en que lo hicieron es extremadamente variable, al menos en cuanto a su forma.

En el fondo, parece natural que los Estados que ya estaban sometidos al derecho inglés quisieran mantener, pura y simplemente, su derecho vigente,<sup>6</sup> y que los Estados que aún no lo practicaban hayan querido adoptar el derecho corrientemente practicado en los Estados Unidos,<sup>7</sup> a reserva, en ocasiones, de conservar su propio derecho an-

Estado); 22 LRA 502-511 (con indicación de las decisiones adoptadas respecto de diversas leyes inglesas, pp. 509-511); 13 Am. St. Rep. 291. V. igualmente, 11 Am. Jur., *Common Law*, par. 8 y par. 12, texto correspondiente a las notas 10 y ss.

2. Por el contrario, la Declaración de Derechos del Primer Congreso Continental (cf. *Le syst. const.*, t. 1, N° 31), había afirmado el derecho de las colonias “al *common law* de Inglaterra y más especialmente, al grande e inestimable privilegio de ser juzgado por sus iguales, en cuanto a los hechos, conforme a las reglas de este *common law*” (cf. *supra*, N° 69).

3. V. en este sentido, Dana, uno de los abogados en el célebre asunto *Swift vs. Tyson* (1842), estudiado *supra*, Núms. 46 y ss.

4. Cf. *supra*, N° 72.

5. V. *infra*, N° 80.

6. Cf. *State vs. Finch* (1929), 128 Kans. 665, 280 P. 910, 66 ALR 1369; *Ketelsen vs. Stilz* (1916), 184 Ind. 702, 111 NE 423, LRA 1918 D, 303; *Horace Waters and Co. vs. Gerard* (1907) 139 N. Y. 302, 82, NE 143, 24 LRA (NS) 958; *Clement vs. Graham* (1906), 78 Vt. 290, 63 A. 146, Ann. Cas. 1913 E. 1208; *Commonwealth vs. Knowlton* (1807), 2 Mass. 530. V. también CHAFEE, reseña citada, p. 411.

7. Cf. *Gas Products Co. vs. Rankin* (1922), 63 Mont. 372, 207 P. 993, 24 ALR 294; *State ex rel. Metcalf vs. District Court* (1916), 52 Mont. 46, 155 p. 278, LRA 1916 F, 132; *Grisby vs. Reib* (1913), 105 Tex. 597, 153 SW

terior como fuente secundaria de derecho.<sup>8</sup> Este derecho que conservaban o que adoptaban, no era, por supuesto, el puro derecho inglés y hasta difería profundamente de él.<sup>9</sup> Era el derecho inglés modificado por las leyes y las decisiones judiciales del período colonial, e incluso por prácticas locales cuyo origen había sido ya olvidado, y hasta por reglas religiosas adoptadas al principio de la época colonial, a veces en un momento en que se rechazaba el *common law*.<sup>10</sup>

El derecho en vigor en un territorio en el momento en que se incorporaba a la Unión y adoptaba el derecho de los Estados Unidos, era también, con frecuencia, el derecho inglés, modificado en ocasiones por costumbres locales, por ejemplo las de los buscadores de oro;<sup>11</sup> pero podía ser el derecho español,<sup>12</sup> o, incluso, un derecho

1124, Ann. Cas. 1915 C, 1011, LRA 1915 E, 1; Sayward vs. Carlson (1890), 1 Wash. 29, 23 P. 830.

En favor de la adopción de un *common law* más puramente inglés, V. no obstante, Lux vs. Haggin (1886), 69 Cal. 255, 10 Pac. 674. V. también, Martin vs. Superior Ct. (1917), 176 Cal. 289, 168 P. 135, LRA 1918 B, 313, según el cual la sección 4468 del *Political Code* de California (1850), al adoptar "el *common law* de Inglaterra", habría tenido por objeto adoptar el derecho inglés en su integridad y tal como estaba en el momento en que el Código entró en vigor.

Disposiciones parecidas reciben normalmente una interpretación contraria; en la sentencia arriba citada, Grisby vs. Reib (1913), la Suprema Corte de Texas declara que las palabras "el *common law* de Inglaterra", empleadas por el legislador en 1840, se refieren al *common law* declarado por los tribunales de los diversos Estados de los Estados Unidos.

8. Sobre la transmisión del *common law* al Territorio del Noroeste, v. HOWE, pp. 419-432; RIESENFELD, *op. cit. supra*, N° 70, nota 18, pp. 139-143.. (Sobre el propio Territorio, v. *Le syst. const.*, t. 1, Núms. 35 y 36.)

9. Cf. Jeece Root, *The Origin of Government and Laws in Connecticut*, prefacio de Root's Reports, t. 1 (1798), reproducido por Howe, pp. 16-24.

10. Cf. Commonwealth vs. Knowlton (1807), 2 Mass. 530; Commonwealth vs. Lehigh Valley R. Co. (1895), 165 Pa. 162, 30 A. 836, 27 LRA 231; Bloomfield vs. Brown (1942), 67 R. I. 452, 25 A (2d) 354, 141 ALR 170.

11. Cf. GRAY, pp. 296-297.

12. El derecho español fue aplicado en los territorios actuales de Texas, Arizona, Nuevo México y California. Todos estos Estados han conservado la comunidad matrimonial de bienes, que también adoptaron Nevada, Idaho y el Estado de Whashington, vecinos de California; v. George W. STUMBERG, *Le regime de communauté aux Etats-Unis*, "Rev. int. dr. comp." 1953, pp. 267-271. El derecho de Texas y el de California conservan todavía algunas particularidades de origen español, principalmente cuanto concierne a California, en relación con el régimen de la propiedad inmobiliaria.

Los actuales territorios de Michigan y de Wisconsin, estuvieron regidos anteriormente por la costumbre de París, pero no subsiste traza alguna de ello en el derecho actual.

Se puede obtener una cierta idea de lo que ocurría cuando un territorio español pasaba al control norteamericano, observando la actitud de los tribunales de las Islas Filipinas, que utilizan a menudo sentencias norteamericanas para interpretar o complementar las leyes españolas. Cf. In re Shoop. (1920), 41 Phil. 213; GAMBOA, *An Introduction to Philippine Law* (1939).

fundado esencialmente sobre las normas dictadas por una comunidad religiosa y sobre el cual el *common law* estaba meramente superpuesto.<sup>13</sup> Así se mantuvieron en Norteamérica reglas extrañas al derecho inglés y aun contrarias a sus principios.<sup>14</sup>

En la forma, sin embargo, la adopción del derecho inglés ha sido más variada. Algunos Estados lo adoptaron implícitamente.<sup>15</sup> La mayor parte, no obstante, dictaron una disposición expresa, ya en su Constitución, ya en una ley posterior. Citemos, a título de ejemplos: la Sección 3 de la *Maryland's Original Declaration of Rights* (1776), según la cual "Los habitantes de Maryland tienen derecho al *common law* de Inglaterra y al juicio por jurado, conforme a ese derecho, y al goce de las leyes inglesas que, existentes al tiempo de su primera emigración, se han manifestado, por la experiencia, adaptadas a las circunstancias geográficas y de otra índole; así como a cualesquiera otras leyes que hayan sido puestas en vigor en Inglaterra o Gran Bretaña después de esa época, y que hayan sido introducidas, utilizadas o aplicadas por las jurisdicciones de *common law* y de *equity*...";<sup>16</sup> el artículo 35 de la Constitución del Estado de Nueva York de 1777, adoptando "las partes del *common law* de Inglaterra y de la Gran Bretaña, y de las leyes de la legislatura de la colonia de Nueva York, que formaban, en conjunto, el derecho de esta colonia el 19 de abril de 1775";<sup>17</sup> y, finalmente, la ley de Kansas de 31 de octubre de 1868, que mantiene en vigor el *common law* "tal como está modificado por

13. Cf. *Church of Jesus-Christ L. D. S.-vs. United States* (1890), 136 U. S. 1, 34 L. ed. 478, 10 S. Ct. 792.

14. Cf. *Copper vs. Seaverns* (1909), 81 Kan. 267, 105 P. 509, 25 LRA (NS) 517, 135, Am. St. Rep. 359; *Kansas City M. and B. R. Co. vs. Smith* (1895), 72 Miss. 667, 17 So. 78, 27 LRA 762, 48 Am. St. Rep. 579.

V. por ejemplo Joseph BEALE, *What Law Governs the Validity of a Contract*, "Harv. L. R." (1909-1910), vol. 23, pp. 1-11, 79-103, 194-208, 262-272.

15. Sobre el principio según el cual el *common law* se aplica en defecto de ley especial, v. principalmente, *State vs. Calhoun* (1893), 50 Kan. 523, 32 P. 38, 18 LRA 838, 34 Am. St. Rep. 141.

16. THORPE, *American Charters, Constitutions and Organic Laws*, (1909), t. 3, pp. 1686-1687; *District of Columbia Code* (1940 ed.), p. xxvi. Esta disposición ha sido interpretada en el sentido de que las decisiones inglesas posteriores a la primera emigración, no tienen más fuerza en Maryland que las posteriores a esa fecha: *Gertman vs. Burdick* (D. C. Cir. 1941), 75 App. D. C. 48, 123 F (2d) 924, 152 ALR 645, writ of certiorari denied in 315 U. S. 824, 86 L. ed. 1220, 62 S. Ct. 917.

17. N. Y. Const. art. 35 (1777). Cf. *Cutting vs. Cutting* (1881), 86 N. Y. 522. Esta disposición estaba destinada a tener una vida muy agitada. En 1788, la Legislatura que había adoptado una serie de leyes inglesas y coloniales que mantenía en vigor, declaró que a partir del 1º de mayo de 1789, "ninguna de las leyes de Inglaterra o de la Gran Bretaña sería aplicada o considerada como ley del Estado". Cf. *Lessee of Levy y al. vs. M'Carter* (1832), 6 Peters 102, 8 L. ed. 334. Del mismo modo, la Constitución de 1821, art. 7, Sec. 13, adopta el 19 de abril de 1775, como ley del Estado, "las partes del *common law* y las leyes de

la Constitución y las leyes, las decisiones judiciales y las condiciones y necesidades del pueblo".<sup>18</sup>

Pero éstos son sólo ejemplos y la variedad de las leyes de adopción es, en realidad, mucho más grande. Los Estados adoptan "el derecho en vigor", o "el *common law* tal como ha sido practicado y entendido en los Estados de Nueva Inglaterra",<sup>19</sup> o el *common law* en vigor en el cuarto año del reinado de Jacobo I (es decir, en 1607), en la medida en que sea compatible con las condiciones materiales y sociales prevalecientes en el Estado y tal como ha sido modificado por las decisiones y leyes posteriormente dictadas, promulgadas o aplicadas en el Estado, o el *common law* en vigor cuando la Declaración de Independencia (es decir, parece, el derecho practicado en el Estado en ese momento), o, todavía, el derecho "en vigor en los Estados Unidos" en el momento en que el Estado en cuestión se incorporaba a la Unión,<sup>20</sup> o, en fin, por parte de un Estado que se integra en la Unión ya constituida, "el *common law* de Inglaterra", sin referencia a fecha, lo que se ha entendido que incluye, de una manera permanente, "todas las mejoras y modificaciones aportadas judicialmente al *common law* en este país y en Inglaterra, en la medida en que ellas son aplicables a nuestras condiciones de vida".<sup>21</sup>

Otros Estados se han referido, igualmente, a diversos momentos del establecimiento inglés o, sobre todo, a diversos acontecimientos que señalaron la separación de las colonias de la metrópoli. Además, numerosas leyes tienen por objeto, ya rechazar el derecho inglés en un cierto ámbito, generalmente muy limitado, ya, por el contrario, adoptar una ley inglesa posterior a la fecha en que el derecho inglés debe considerarse como derecho del Estado. Con frecuencia, la interpretación de estas disposiciones suscita grandes dificultades.<sup>22</sup>

La cuestión de saber cuál es el derecho de Inglaterra que ha sido adoptado: el de 1607; el de la fecha de establecimiento de la colonia de la que salió posteriormente el Estado en cuestión; el de 1776, o de

la Legislatura de la colonia de Nueva York, que en conjunto forman el derecho de esta colonia"; pero no menciona para nada las leyes inglesas.

18. Rev. Stat. 77-109 Cf. State vs. Finch (1929), 128 Kan. 665, 280 P. 910, 66 ALR 1369, y Cooper vs. Scaverns (1909), 81 Kan. 267, 105 P. 509, 25 LRA (NS) 517, 135 Am. St. Rep. 359.

19. Vermont. Cf. Re Heaton (1915), 89 Vt. 550, 96 A. 21, LRA 1916 D, 201, o Clement vs. Graham (1906), 78 Vt. 290, 63 A. 146, Ann. Cas. 1913 E, 1208.

20. Nuevo México, Act of January 7, 1876. Cf. entre muchas otras sentencias cuyo razonamiento es semejante, State ex rel. Metcalf vs. District Court (1916), 52 Mont. 46, 155 P. 278, LRA 1916 F, 132, buscando lo que era la regla de *common law* en tiempos de la Revolución.

21. William vs. Miles (1903), 68 Nebr. 463, 93 NW 682, 94 NW 705, 96 NW 151, 4 Ann. Cases 306, 110 Am. St. Rep. 431.

22. V. por ejemplo, las diversas sentencias citadas por HOWE, *op. cit. supra*, N° 70, nota 1, pp. 39-71.

cualquier otra fecha, si ella no puede ser determinada de una manera general y si dentro de cada Estado tampoco se puede resolver con precisión, conserva, no obstante, una cierta importancia práctica.

Con bastante frecuencia se presenta la cuestión de saber si tal o cual precedente del derecho inglés se impone en principio,<sup>23</sup> o, de una manera más general, la de saber cuál es el marco dentro del cual se aplican las leyes de un Estado. La mayor parte de las veces, puesto que se ha querido conservar el derecho que estaba en vigor, la cuestión se identifica con la de saber cuál era exactamente el derecho aplicable en las colonias;<sup>24</sup> pero la decisión de adopción se ha referido a veces a una fecha determinada, y esta cuestión es, a menudo, también difícil de resolver.<sup>25</sup>

La reserva, constantemente enunciada, según la cual el derecho inglés se adoptó sólo en la medida en que se mostraba de acuerdo con las condiciones geográficas, económicas, políticas y sociales de la vida americana, presenta también una gran importancia práctica.<sup>26</sup> En diversas notas de recopilaciones de sentencias, se encuentran cuadros de reglas de derecho inglés declaradas aplicables o inadecuadas a la vida americana.<sup>27</sup> Entre estas últimas figuran no sólo numerosas reglas referentes al régimen de aguas y de pastos, sino reglas relativas a las relaciones entre propietario y arrendatario, o de abogado y cliente; al derecho de autor; a la naturaleza jurídica del perro o del gobierno del

23. Cf. *Gertman vs. Burdick*, citado en la nota 16.

24. Cf. *supra*, N° 72.

25. Así es, en particular, para el derecho de Oklahoma (v. *McKennon vs. Winn* (1893), 1 Okla. 327, 22 LRA 501), o en el de Kansas, (v. un resumen de la historia del sistema judicial de Kansas, ocupando muchas páginas, en *Clark vs. Allaman* (1905), 71 Kan. 206, 70 LRA 971, 80 P. 571); pero muchos otros derechos dan lugar a las mismas incertidumbres.

26. Cf. *KENT, Commentaries*, t. 1, p. 473. Entre las decisiones que pueden ofrecer un interés especial, v. principalmente, *Wheaton vs. Peters* (1934), 8 Pet. 591, 659, 8 L. ed. 1055; *Van Ness vs. Pacard* (1829) y *Pawlet vs. Clark* (1815), citadas *supra*, N° 70, nota 3; — *Big Cottonwood Tanner Ditch Co. vs. Moyle* (1946), 109, Ut. 213, 174 P. (2d) 148, 172 ALR 175; *Hawkinson vs. Johnston* (1941), 122 F. (2d) 724, 137 ALR 420; *Hornsby vs. Smith* (1941), 191 Ga. 491, 13 SE (2d) 20, 133 ALR 648; *Katz vs. Walkinshaw* (1902 y 1903), 141 Cal. 116, 70 P. 663 y 74 P. 766, 64 LRA 236; *Seeley vs. Peters* (1848), 10 III. 1304. — V. en contra, *Meng vs. Coffee* (1903), 67 Neb. 500, 93 NW 713, 108 Am. St. Rep. 697, 60 LRA 910, según la cual la facultad de rechazar una regla de derecho inglés debe ser utilizada con la mayor discreción, cuando una regla es verdaderamente inaplicable a todo el Estado o, al menos, a la mayor parte de su territorio; *Chilcot vs. Hart* (1896), 23 Col. 40, 45 P. 391 y *Lux vs. Haggin* (1836), 69 Cal. 255, 10 P. 374, según las cuales, se debe presumir que una regla de derecho inglés bien conocida en el Estado en la época de adopción de ese derecho, se impone y obliga aun cuando parezca poco adaptada a las modernas y locales condiciones de vida, desde el momento en que el legislador no la ha rechazado expresamente.

27. V. *Ann. Cas.* 1913 E, 1232-1246 y 22 LRA 501-511, pp. 505-506.

hogar... De otra parte, al lado de reglas rechazadas por todos o por casi todos los Estados, por considerarlas inadecuadas a las condiciones de la vida americana, figuran las numerosas reglas que son rechazadas por uno o varios Estados, por inadecuadas a las condiciones geográficas del Estado en particular, o de la región; el régimen de aguas, para no poner más que un ejemplo, no puede ser el mismo en la costa atlántica, en la región de los Grandes Lagos y en las regiones desérticas o semidesérticas del interior.<sup>28</sup> En la medida en que una regla de derecho inglés se juzga inaplicable a las condiciones de vida americana, del Estado o de la región, los tribunales no se limitan, por supuesto, a rechazarla, sino que la sustituyen por otra que estiman más oportuna.

74.—Resulta pues, por la forma en que el derecho inglés se implantó en Norteamérica, que, pese a los términos corrientemente empleados, que designan el todo por su parte principal, lo que se fijó no fue solamente el *common law*, sino, más ampliamente, el derecho inglés. Y aunque al principio todo este derecho haya sido introducido en Norteamérica, parece necesario aportar ciertas precisiones sobre la cuestión.

75.—Lo que se introdujo en Norteamérica fue, en principio, el *common law of England* bajo su aspecto, en cierta forma, constitucional;<sup>1</sup> es decir, el sistema tradicional de Inglaterra, caracterizado tanto por su espíritu como por su contenido,<sup>2</sup> y fijando la jerarquía y las relaciones de las diversas fuentes del derecho. Es en este sentido en el que el *common law* se opone corrientemente al derecho de los países codificados, el *civil law system*, también llamado, por sus orígenes, *Roman-law system*.

Según algunas sentencias que, a decir verdad, desconocen indudablemente la realidad, es sólo en este primer sentido del término en el que el *common law* inglés habría sido adoptado.<sup>3</sup>

28. Cf. Roscoe POUND, *The Development of American Law and Its Deviation From English Law*, "L. Q. R.", (1951), vol. 67, pp. 49-66, 53.

75.—

1. Cf. *supra*, N° 69.

2. Cfr. *supra*, N° 82.

3. *Ketelsen vs. Stiliz* (1916), 184 Ind. 702, 111 NE 423, LRA 1918 D, 303; *Williams vs. Miles* (1903), 68 Neb. 463, 4 Ann. Cas. 306, 94 NW 705, 96 NW 151, 110. Am. St. Rep. 431, 62 LRA 383.

En cuanto a la cuestión de saber en qué sentido fue adoptado el *common law* inglés y cómo ha continuado en vigor en los Estados Unidos, v. Herbert POPE, *The English Common Law in the United States*, "Harv. L. Rev." (1910), vol. 24, pp. 6-30.

Es indiscutible, en efecto, que lo que se adoptó fue también, en la medida en que convenía a las condiciones de vida americanas,<sup>4</sup> el contenido de ese sistema jurídico, es decir, el conjunto de reglas surgidas de aquéllas que formaron el derecho común de Inglaterra cuando la conquista normanda.

Algunas sentencias declaran limitada a la adopción de estas reglas el alcance de la adopción del *common law* inglés,<sup>5</sup> lo que equivale a oponer las reglas del *common law* a las decisiones judiciales que pretenden aplicarlas<sup>6</sup> y, por consiguiente, hay que asimilarlas a las sentencias que rehusan expresamente el considerarse ligadas, en principio, por los precedentes ingleses<sup>7</sup> y, en cierta medida, a las que rechazan la autoridad de todo precedente, aunque sea americano.<sup>8</sup>

Se admite no obstante, normalmente, que la adopción del *common law* de una determinada época supone la adopción, en conjunto, de las decisiones dictadas en ella por las jurisdicciones inglesas de *common law*. Suponiendo, en efecto, que el *common law* haya existido o exista por sí mismo, su contenido no puede encontrarse más que en las decisiones judiciales que, al aplicarlo, lo declaran.<sup>9</sup> Adoptar el *common law*, para rechazar las decisiones judiciales que lo exponen, es una actitud paradójica. Se admite, pues, salvo excepciones, que el conjunto de los precedentes ingleses anteriores a la fecha de la adopción del *common law* hacen autoridad. La autoridad de cada uno de estos precedentes, sin embargo, o de cada una de las reglas que establecen, está debilitada, no sólo por el principio según el cual el *common law* no puede aplicarse más que en la medida en que convenga a las condiciones de vida americanas,<sup>10</sup> sino también por la idea de que los "escasos precedentes" de principios del siglo xvii constituyen sólo una exposición, a menudo insuficiente, del *common law* y, en fin, por la afirmación, frecuentemente repetida, de que los precedentes son sólo una enunciación del *common law*, no el *common law* mismo, lo que permitiría a cualquier jurisdicción estimar errónea la regla enunciada por una sentencia anterior y decir cuál es, a su parecer, la verdadera regla del *common law*.<sup>11</sup>

4. Cf. *supra*, N° 73.

5. Re Heaton (1915), 89 Vt. 550, 96 A. 21 LRA 1916 D. 201; Kansas City, M. and B. R. Co. vs. Smith (1895), 72 Miss. 677, 17 So. 78, 27 LRA 762, 48 Am. St. Rep. 579. Cf. (un poco diferente) Lyle vs. Richards (1823), 9 Serg. and Rawle 322.

6. Cf. *infra*, N° 85.

7. Cf. *infra*, nota 11.

8. Cf. *infra*, Núms. 104 y 107.

9. Cf. *infra*, Núms. 85 y ss.

10. Cf. *infra*, N° 73.

11. Cf. *infra*, N° 85. Respecto a la actitud de las jurisdicciones americanas con relación a los precedentes ingleses, v. notas a los Ann. Cas. 1913, E, 1222-1224 y 1232-1246, y a los 22 LRA 502. Se encuentra también una buena exposi-

ción de esta actitud general (exposición citada con bastante frecuencia y aprobada en las decisiones judiciales) en *Ruling Case Law*, t. 5, pp. 819 y ss.: "Las decisiones judiciales de los tribunales de Inglaterra no se considera que formen un elemento del *common law*, sino un simple enunciado de lo que es el *common law*. En consecuencia, las jurisdicciones de este país, para determinar los principios y las reglas del *common law*, pueden tomar en cuenta las decisiones de otros Estados de esta Unión, así como las decisiones de los tribunales ingleses; por otro lado, las jurisdicciones de este país no están obligadas a seguir las decisiones de las jurisdicciones inglesas de *common law*, ya sea que hayan sido dictadas antes o después de la Revolución. Esto no significa, sin embargo, que tales decisiones y otras autoridades no puedan ser tomadas, propiamente, como reveladoras de lo que era el *common law* en un momento dado o lo que el mismo pueda ser actualmente".

V. más especialmente:

—reconociendo autoridad a los precedentes ingleses anteriores a la emigración: *Gertman vs. Burdick* (D. C. Cir. 1941), 75 App. D. C. 48, 123 F. (2d) 924, 152 ALR 645, writ of certiorari denied in 315 U. S. 824, 86 L. ed. 1220, 62 St. Ct. 917. Cf. *People ex rel. German Ins. Co. vs. Williams* (1893), 145 Ill. 573, 24 LRA 492;

—reconociendo autoridad a los precedentes ingleses anteriores a la Revolución: *Ex parte Beville* (1909), 58 Fla. 170, 50 So. 685, 27 LRA (NS) 273, 19 Ann. Cas. 48 (a condición de que los precedentes sean claros e inequívocos);

—reconociendo autoridad a los precedentes ingleses sin precisar su fecha (pero excluyendo implícitamente las sentencias posteriores a 1607 o, por lo menos, a 1776): *Lasier vs. Wright* (1922), 304 Ill. 130, 136 NE 545, 28 ALR 647; *Kreitz vs. Behrensmeyer* (1894), 149 Ill. 496, 24 LRA 59 ("Las decisiones judiciales de los tribunales de *common law* son la prueba más autorizada y de mayor peso acerca de lo que es el *common law*"... "El *common law* de Inglaterra, vigente en Illinois por disposición de una ley, no puede ser hallado más que en las decisiones de los tribunales de *common law* de Inglaterra"); *Horace Waters and Co. vs. Gerard* (1907), 189 N. Y. 302, 82 NE 143, 24 LRA (NS) 958 (adoptando la misma teoría y precisando que a falta de precedente inglés anterior a 1775, las decisiones dictadas posteriormente, sea en Norteamérica, sea en Inglaterra, se presumirá que declaran lo que era una regla anterior del *common law*);

—considerándose, por el hecho de la adopción del *common law* sobre un territorio anteriormente regido por otro derecho, ligada por los precedentes ingleses, incluso modernos, "así como por los precedentes de otros Estados de la Unión" y rechazando las reglas anteriormente aplicadas sobre el territorio: *Lux vs. Haggin* (1886), 69, Cal. 225, 10 P. 674; considerándose igualmente ligada por los precedentes ingleses modernos, "en la medida en que estén adaptados a las instituciones, la naturaleza y el carácter de América": *Chilcott vs. Hart* (1896), 23 Col. 40, 45 P. 391;

—considerándose estrictamente ligada por los precedentes ingleses anteriores a la emigración o a la Revolución, incluso si su doctrina se encuentra caducada o deplorable: *Powel vs. Brandon* (1852), 24 Miss. 343;

—rechazando la autoridad de los precedentes ingleses: *Ketelsen vs. Stiltz* (1916), *William vs. Miles* (1903), *Re Heaton* (1915), citados *supra*, notas 3 y 5; *Hawkinson vs. Johnston* (1941), 122 F. (2d) 724, 137 ALR 420; *State vs. Wilson* (1931), 162, S. C. 413, 161 SE 104, 81 ALR 580; *Dickey vs. Volker* (1928), 321 Mo. 235, 11 SW (2d) 278, 62 ALR 858; *Leyson vs. Davis* (1895), 17 Mont. 220, 42 P. 775, 31 LRA 429. Cf. *Loudon vs. Loudon* (1933), 144 N. J. Eq. 242, 168 A. 840, 89 ALR 904 (muy mitigado); *Wilson vs. Leary* (1897), 120 N. C. 90, 38 LRA 240. V. además, *supra*, N° 21 texto y notas 26 y ss.